VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

TESIS DOCTORAL

EL REGLAMENTO DE NECESIDAD

Presentada por:

GUILLERMO VILLAR CRESPO

Dirigida por:

PROF. DR. D. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Administrativo

Valencia, octubre de 2023

«Auf den ersten Blick scheint der Satz –wie er etwa auf dem Papier gedruckt steht– kein Bild der Wirklichkeit zu sein, von der er handelt. Aber auch die Notenschrift scheint auf den ersten Blick kein Bild der Musik zu sein, und unsere Lautzeichen-(Buchstaben-)Schrift kein Bild unserer Lautsprache. Und doch erweisen sich diese Zeichensprachen auch im gewöhnlichen Sinne als Bilder dessen, was sie darstellen.

(…)

Die meisten Fragen und Sätze der Philosophen beruhen darauf, daß wir unsere Sprachlogik nicht verstehen».

(L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 4.011, 4.0031).

A Juan Mestre Delgado

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR

I.- INTRODUCCIÓN 13

II.- OBJETO 15

III.- METODOLOGÍA Y RESULTADOS 16

PRIMERA PARTE. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO PRIMERO. LA INERCIA Y LOS APRENDIZAJES DEL DERECHO COMPARADO

I.- INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO 25

II.- LA ELECCIÓN DE LOS DERECHOS ALEMÁN, FRANCÉS E ITALIANO 25

CAPÍTULO SEGUNDO. EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ALEMANIA: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

I.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD EN LAS MONARQUÍAS CONSTITUCIONALES ALEMANAS DEL SIGLO XIX 29

1.- SOBRE LOS ORÍGENES DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ALEMANIA 30

A).- PRECEDENTES REMOTOS 31

B).- FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DE SU APARICIÓN EN EL SIGLO XIX 36

i).- LAS BASES TEÓRICAS DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: EL *NOTRECHT* 37

ii).- EL IMPERIO DEL PRINCIPIO MONÁRQUICO 40

iii).- LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LEY Y REGLAMENTO 45

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD MONÁRQUICO 50

3.- El reglamento de necesidad en las Cartas constitucionales alemanas decimonónicas 56

A).- El reconocimiento de la potestad reglamentaria de necesidad 56

B).- Requisitos y límites de los reglamentos de necesidad monárquicos .. 58

4.- Sobre la presencia –o no– de una potestad reglamentaria de necesidad en la Constitución Imperial de 1871 61

A).- Apuntes sobre la relación entre la Ley y el reglamento en la *Reichsverfassung* de 1871 62

B).- Declaración de guerra y reglamentos de necesidad: en torno al artículo 68 del texto constitucional 63

C).- Poderes de guerra y reglamentos de necesidad: a propósito de la Ley de habilitación de 4 de agosto de 1914 66

II.- La evolución del reglamento de necesidad bajo la Constitución de Weimar 70

1.- Las relaciones entre Ley y reglamento en el texto de 1919 71

A).- La Ley como centro del sistema 72

B).- Los tipos de Leyes 74

2.- El Derecho de necesidad en la República de Weimar 76

A).- Las Leyes de habilitación 77

i).- Tipología 78

ii).- Límites y control 81

B).- El artículo 48 de la Constitución de Weimar 83

i).- *Excursus*: sobre la figura del Presidente del *Reich* 85

ii).- La aplicación práctica del precepto 87

iii).- Sobre la naturaleza de los poderes emanados del artículo 48 92

iv).- Límites y control 100

3.- La mutación terminológica: en torno a la existencia de reglamentos de necesidad en el texto weimariano 107

A).- LOS REGLAMENTOS «DICTATORIALES» 108

B).- LOS REGLAMENTOS «HABILITADOS» 112

4.- PODERES DE EMERGENCIA Y REGLAMENTOS DE NECESIDAD EN LOS *LÄNDER* 114

III.- EL MODELO DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN: DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DERECHO DE PREVENCIÓN DE PELIGROS 116

1.- LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ALEMÁN 118

A).- TIPOS DE REGLAMENTOS 121

B).- LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL EJECUTIVO AL MARGEN DEL ARTÍCULO 80 DE LA *GRUNDGESETZ* 125

i).- EL «ESTADO DE NECESIDAD LEGISLATIVA» DEL ARTÍCULO 81 126

ii).- EL DERECHO TRANSITORIO DEL TÍTULO XI 128

2.- EL MODELO DE DERECHO DE NECESIDAD DE LA LEY FUNDAMENTAL: LA *NOTVERFASSUNG* 133

3.- EL DERECHO DE PREVENCIÓN DE PELIGROS Y LA «CLÁUSULA GENERAL» EN EL MARCO DEL DERECHO DE CRISIS 140

A).- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA «CLÁUSULA GENERAL» 142

B).- NATURALEZA Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA *GENERALKLAUSEL* 145

C).- MANIFESTACIONES EN EL DERECHO POSITIVO 151

i).- LA CLÁUSULA GENERAL DE POLICÍA *STRICTO SENSU* 152

ii).- LAS CLÁUSULAS GENERALES EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS 153

D).- LÍMITES Y CONTROL 161

IV.- LA HERENCIA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» EN LA CULTURA GERMÁNICA 169

1.- EL MANTENIMIENTO TERMINOLÓGICO EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN GERMÁNICA: DE LOS *LÄNDER* ALEMANES A SUIZA Y AUSTRIA; DEL *NOTVERORDNUNG* AL DECRETO LEY 169

2.- La funcionalidad de la *Generalklausel* alemana: del «reglamento de necesidad» al Derecho de prevención de peligros 173

Capítulo tercero. Apuntes sobre la idea de «reglamento de necesidad» en el Derecho francés

I.- Introducción 177

II.- Ley y reglamento en el Derecho francés 177

III.- Las instituciones de Derecho de necesidad 179

1.- Las previsiones constitucionales: el estado de sitio y las medidas excepcionales del Presidente de la República 180

2.- Las previsiones legales: el estado de urgencia y el estado de urgencia sanitaria 182

3.- La construcción jurisprudencial: la teoría de las circunstancias excepcionales 186

A).- Naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la teoría 187

B).- Régimen jurídico de las medidas 190

IV.- La recepción y abandono del «reglamento de necesidad» en el Derecho francés y su desconexión de las cláusulas generales de necesidad 192

1.- Auge y caída de la idea del «reglamento de necesidad»: pinceladas históricas 192

A).- El artículo 14 de la *Charte* de 1814 192

B).- La doctrina de los «poderes de guerra»: las actuaciones *contra legem* de las autoridades competentes 193

C).- Las «decisiones» del Presidente de la República dictadas con fundamento en el artículo 16 de la Constitución de 1958 197

2.- Consideraciones sobre la vinculación de las «medidas necesarias» a la teoría de las circunstancias excepcionales 200

CAPÍTULO CUARTO. EL PODER DE ORDENANZA Y LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD EN EL DERECHO ITALIANO

I.- INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «ORDENANZA DE NECESIDAD» EN EL DERECHO ITALIANO 205

II.- LEY Y REGLAMENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO 207

1.- CUESTIONES GENERALES 208

2.- LA RESERVA DE LEY: ESPECIAL REFERENCIA A LA CLASIFICACIÓN ENTRE ABSOLUTA Y RELATIVA. SU TEÓRICA IRRELEVANCIA RESPECTO DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD 210

III.- EL «PODER DE ORDENANZA» EN EL DERECHO ITALIANO 212

1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL 212

A).- LA «ORDENANZA» EN SENTIDO AMPLIO 213

B).- LA ORDENANZA DE NECESIDAD Y URGENCIA: CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA 215

2.- APUNTES SOBRE SU ORIGEN HISTÓRICO 217

3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDENANZA DE NECESIDAD 225

A).- DISTINCIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES 226

B).- ¿NORMATIVIDAD DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD? 231

C).- JUSTIFICACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD 235

IV.- LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD EN EL DERECHO POSITIVO ITALIANO 239

1.- EN EL ÁMBITO LOCAL 239

A).- LOS PODERES DEL ALCALDE 240

B).- LOS PODERES DEL PREFECTO 244

2.- EN LA ESFERA ESTATAL 247

A).- EN MATERIA SANITARIA 249

B).- EN MATERIA AMBIENTAL 251

C).- EN PROTECCIÓN CIVIL 253

D).- LOS PODERES DEL COMISARIO DEL GOBIERNO EN LA REGIÓN DE TRENTINO-ALTO ADIGIO 258

V.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD 258

1.- EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES 259

2.- EXIGENCIAS MATERIALES 264

VI.- EL CONTROL DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD 269

VII.- RECAPITULACIÓN: SOBRE LA POSICIÓN DE LA ORDENANZA DE NECESIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ITALIANO 272

SEGUNDA PARTE. EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ESPAÑA: ORIGEN HISTÓRICO, SITUACIÓN ACTUAL Y TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO. EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

I.- LAS BASES PARA LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: EL CONVULSO SIGLO XIX ESPAÑOL 277

1.- LEY Y REGLAMENTO EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO: TEORÍA Y PRÁCTICA 279

A).- LA TEORÍA: LA PRIMACÍA DE LA LEY 280

B).- LA PRÁCTICA: LA PREEMINENCIA DEL REGLAMENTO Y LOS ORÍGENES DEL DECRETO LEY 282

2.- EL DERECHO DE NECESIDAD EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL 287

A).- LA RENUNCIA DE LOS CONSTITUYENTES AL MODELO DE «CLÁUSULAS GENERALES» 288

B).- EL DERECHO DE EXCEPCIÓN COMO PROTECTOR DEL «ORDEN PÚBLICO» 296

3.- EL DERECHO DE NECESIDAD AL MARGEN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DECIMONÓNICO ESPAÑOL 299

A).- LOS DENOMINADOS «PRONUNCIAMIENTOS» DEL SIGLO XIX 300

B).- LAS PREVISIONES NORMATIVAS FRENTE A CALAMIDADES Y CATÁSTROFES..... 302

i).- PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX: DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS Y PODERES LOCALES 303

ii).- SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX: DISPOSICIONES LEGALES Y AUSENCIA DE CLÁUSULAS GENERALES EN FAVOR DEL GOBIERNO..... 307

C).- LOS REGLAMENTOS ILEGALES ANTE SITUACIONES DE CRISIS: EL CALDO DE CULTIVO PARA LA RECEPCIÓN DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» 311

II.- LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: LOS PRIMEROS AÑOS DEL SIGLO XX..... 316

1.- EL CONTEXTO JURÍDICO: EL MARCO DEL PODER NORMATIVO Y DEL DERECHO DE NECESIDAD DE PRINCIPIOS DE SIGLO 317

2.- EL CONTEXTO ACADÉMICO: LOS MOTIVOS DOCTRINALES PARA LA ADOPCIÓN DE LA FIGURA..... 320

3.- LA RECEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL 322

A).- LA ADAPTACIÓN TERMINOLÓGICA 325

B).- LOS TIPOS DE REGLAMENTOS DE NECESIDAD SEGÚN LA DOCTRINA ESPAÑOLA 327

C).- LOS CONTRAPESOS AL REGLAMENTO DE NECESIDAD..... 331

4.- LA DISTINCIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD DE OTRAS FIGURAS DE DERECHO EXCEPCIONAL 332

III.- LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA BAJO EL DIRECTORIO DE PRIMO DE RIVERA..... 334

1.- RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO 335

2.- EL ENCAJE DEL DERECHO DE NECESIDAD 338

3.- LAS TRANSFORMACIONES DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD..... 342

A).- EN LA LITERATURA JURÍDICA..... 342

B).- EN LOS ANTEPROYECTOS DE 1929 346

C).- UN CAMBIO DE MENTALIDAD: HACIA LA EQUIPARACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD CON EL DECRETO LEY 352

IV.- LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN LA SEGUNDA REPÚBLICA. 353

1.- LEY Y REGLAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1931 354

2.- EL DERECHO DE NECESIDAD: INSTRUMENTOS Y DENOMINACIÓN 359

A).- LAS INNOVACIONES EN EL TEXTO DE 1931 360

B).- EL DERECHO DE NECESIDAD NO CIRCUNSCRITO AL «ORDEN PÚBLICO» 363

3.- LA CONFUSIÓN EN TORNO AL «REGLAMENTO DE NECESIDAD»: DECRETOS LEYES Y OTRAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES 365

V.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD EN LA DICTADURA FRANQUISTA 368

1.- LA GUERRA CIVIL Y LOS PRIMEROS AÑOS DEL FRANQUISMO (1936-1942) 370

A).- RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO: LA UNIFICACIÓN DE PODERES EN EL JEFE DEL ESTADO 370

B).- LAS DISPOSICIONES DE DERECHO DE NECESIDAD: LA HERENCIA DE LA SEGUNDA REPÚBLICA 372

C).- LA RELEGACIÓN AL OLVIDO DE LA DOCTRINA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» 372

2.- DEL BLANQUEAMIENTO DEL RÉGIMEN EN LA LEY DE CORTES DE 1942 A LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO DE 1967 373

A).- UNA «NUEVA» –Y TÍMIDA– DISTRIBUCIÓN DEL PODER NORMATIVO: LA LEY DE CORTES 374

B).- LA EVOLUCIÓN DE LOS PODERES DE NECESIDAD: EL MANTENIMIENTO DE LA *SUMMA DIVISIO* ENTRE ORDEN PÚBLICO Y POLICÍA 377

i).- LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE CATÁSTROFES, CALAMIDADES Y DESGRACIAS PÚBLICAS EN LA LEY DE ORDEN PÚBLICO DE 1959 379

ii).- LA SEGURIDAD PÚBLICA FRENTE A «HECHOS» NATURALES E INDUSTRIALES: EL SISTEMA DE PROTECCIÓN CIVIL COMO MECANISMO DE CENTRALIZACIÓN DE LOS PODERES DE NECESIDAD 382

iii).- EL DECRETO LEY: LOS ÚLTIMOS COLETAZOS COMO INSTRUMENTO DE EXCEPCIÓN 387

C).- LA CONFUSIÓN DEL «REGLAMENTO» U «ORDENANZA DE NECESIDAD» CON EL DECRETO LEY 388

3.- DE LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO A LA CONSTITUCIÓN DE 1978..... 393

A).- LEY Y REGLAMENTO BAJO LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO 393

B).- EL DERECHO DE NECESIDAD: DEL DECRETO LEY A LAS «MEDIDAS EXCEPCIONALES» DEL ARTÍCULO 10.D) DE LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO..... 395

C).- LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: HACIA SU EQUIPARACIÓN CON LAS CLÁUSULAS GENERALES ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD..... 397

i).- LA MOCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 1969 SOBRE REGLAMENTOS EJECUTIVOS 398

ii).- LA LITERATURA JURÍDICA DE LOS AÑOS SETENTA..... 401

iii).- LAS REPERCUSIONES: LA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» 405

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CONFIGURACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978

I.- INTRODUCCIÓN..... 409

II.- EL PUNTO DE PARTIDA: REGLAMENTO Y NECESIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 409

1.- LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO EN SITUACIONES ORDINARIAS: PRINCIPIO DE LEGALIDAD, RESERVA DE LEY Y POTESTAD REGLAMENTARIA 410

A).- EL RESPETO A LA LEY EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... 410

B).- EL RESPETO A LA LEY EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS POR LA ADMINISTRACIÓN: EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA..... 412

2.- LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO ANTE SITUACIONES DE CRISIS: LA *SUMMA DIVISIO* DEL DERECHO DE NECESIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA... 417

A).- LA OPCIÓN CONSTITUCIONAL POR EL DERECHO DE EXCEPCIÓN 418

B).- LA «SEGUNDA PARTE» DEL DERECHO DE NECESIDAD: LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN ORDINARIA 420

III.- LA RECEPCIÓN DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978 425

1.- SU CONFIGURACIÓN EN LA LITERATURA JURÍDICA 426

2.- EL IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA 431

IV.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO INSTITUCIÓN DE CARÁCTER PROPIO 441

CAPÍTULO TERCERO. LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I.- EL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA: CONCEPTO Y NATURALEZA 443

1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: EL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO PRODUCTO NORMATIVO DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE NECESIDAD 443

A).- LA CLÁUSULA GENERAL DE NECESIDAD COMO INSTRUMENTO DE ATRIBUCIÓN DE POTESTADES: EJEMPLOS Y CONSECUENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL 444

B).- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD COMO «MEDIDAS NECESARIAS» DE CORTE NORMATIVO DICTADAS AL AMPARO DE UNA CLÁUSULA GENERAL 450

C).- PROVISIONALIDAD Y TESIS ORDINAMENTALISTA: VOCACIÓN DE PERMANENCIA Y REGLAMENTOS DE NECESIDAD 457

2.- NATURALEZA: LA DISTINCIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD RESPECTO DE FIGURAS AFINES 459

A).- DECRETOS LEYES 460

B).- DECLARACIONES Y PRÓRROGAS DE ESTADOS EXCEPCIONALES 464

C).- REGLAMENTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE ESTADOS EXCEPCIONALES 469

i).- DISPOSICIONES DICTADAS BAJO LOS ESTADOS DE ALARMA Y EXCEPCIÓN 470

ii).- DISPOSICIONES DICTADAS BAJO EL ESTADO DE SITIO 476

D).- LAS «MEDIDAS NECESARIAS» DEL ARTÍCULO 155 DE LA CONSTITUCIÓN 479

E).- MEDIDAS ESTÁNDAR ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD 485

II.- REGLAMENTO DE NECESIDAD Y CONSTITUCIÓN 487

1.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL 487

2.- FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD 493

A).- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD COMO REMEDIO PARA ESTABLECER EL MARCO JURÍDICO APLICABLE ANTE SITUACIONES COYUNTURALES, EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES 493

i).- SU MISIÓN DE SALVAGUARDIA: EL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO INSTRUMENTO NORMATIVO ANTE SITUACIONES IMPREVISIBLES 494

ii).- SU FUNCIÓN DE REMEDIO REGLAMENTARIO TEMPORAL 497

B).- LAS CLÁUSULAS GENERALES –Y SUS CORRELATIVOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD– COMO DERECHO DE NECESIDAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES INFRAESTATALES 498

i).- EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS 500

ii).- EN LOS MUNICIPIOS 503

III.- LA SINGULARIDAD DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN SU RELACIÓN CON LA LEY 509

1.- DEL REGLAMENTO *CONTRA LEGEM* AL REGLAMENTO «COMPLEMENTARIO»: ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN «AUXILIAR» DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD 509

2.- LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD RESPECTO DE LA RESERVA DE LEY 514

IV.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD 522

1.- EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA CONSTITUCIÓN 523

A).- LA IMPRESCINDIBLE JUSTIFICACIÓN Y SU EXTERIORIZACIÓN MEDIANTE LA MOTIVACIÓN 523

B).- LA PUBLICACIÓN 527

C).- LAS FRONTERAS EN LA «DELIMITACIÓN» DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DURACIÓN TEMPORAL COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ 530

i).- LA AFECCIÓN COYUNTURAL DE DERECHOS «INTENSA» Y «EXTENSA» Y LA INNECESARIEDAD DE LEY ORGÁNICA 533

ii).- LAS «RESERVAS CONSTITUCIONALES»: LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LA JURISDICCIÓN MILITAR 542

2.- EXIGENCIAS PREVISTAS EN LA CLÁUSULA GENERAL 548

A).- LOS REQUISITOS DE CARÁCTER PROCEDIMENTAL 548

B).- EL RESPETO AL PRESUPUESTO HABILITANTE 554

C).- LA TEMPORALIDAD 557

3.- EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 561

V.- LOS CONTRAPESOS Y EL CONTROL DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD 565

1.- LA GARANTÍA JUDICIAL: EL CONTROL JURISDICCIONAL 565

2.- EL RESARCIMIENTO ECONÓMICO: LA OCUPACIÓN TEMPORAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 572

VI.- EPÍLOGO 583

CONCLUSIONES 585

BIBLIOGRAFÍA 597

MENCIÓN INTERNACIONAL AL TÍTULO DE DOCTOR

CONCLUSIONI I

SINTESI XIII

NOTA PRELIMINAR

I.- INTRODUCCIÓN

Cualquier jurista español que sea interpelado por los tipos de reglamentos existentes en nuestro Derecho, por su relación con la Ley, responderá –sin precisar de mucha reflexión– con la siguiente enumeración: reglamentos ejecutivos (*secundum legem*), reglamentos independientes (*praeter legem*), y, en último punto, reglamentos de necesidad (*contra legem*).

Esta trilogía reglamentaria advertida –formulada por Lorenz VON STEIN hace más de ciento cincuenta años– se erige ya en pieza inseparable de la teoría de fuentes del Derecho administrativo español, siendo heredada, como si de un mantra se tratara, en los diferentes tratados y manuales de la disciplina de la última centuria. En contraposición a los reglamentos ejecutivos e independientes –que gozan de un perfilamiento doctrinal y jurisprudencialmente asentado– los «de necesidad» adolecen de un régimen jurídico unánimemente admitido. Y es que sobre esta última noción se cierne una densa nebulosa, una tremenda confusión que ha quedado enquistada en nuestra doctrina académica durante los últimos cien años.

La cuestión no es baladí. La figura objeto de análisis no es –como, tal vez, pueda parecer *a priori*– una institución residual de nuestro Derecho público, sino que su delimitación y configuración presenta una destacada importancia al conectar directamente, entre otras muchas cuestiones, con la teoría de las fuentes del Derecho, los límites a las injerencias en los derechos fundamentales por parte del poder público o, incluso, el control de las autoridades llamadas a detentar el anterior. Resulta por ello imprescindible construir un sistema que haga coexistir lo aparentemente incompatible: la persecución del interés general y el respeto a la legalidad en la regulación de lo excepcional, de lo imprevisible. El reglamento de necesidad se erige así en una figura central, destinada a impulsar tal equilibrio.

El presente trabajo inició su andadura en 2017 en un contexto muy distinto al que estaba por llegar. En efecto, durante los últimos años se ha producido un reverdecimiento del denominado Derecho de necesidad, consecuencia de muy diferentes situaciones de crisis: desde la aplicación del artículo 155 de la Constitución, pasando por una pandemia mundial, hasta fenómenos naturales tales como una tormenta de nieve («Filomena») o la erupción de un volcán en la isla de La Palma. No estamos,

pues, ante un trabajo apresurado, redactado con motivo de la COVID-19 o de las mentadas catástrofes, sino ante un análisis sereno, desarrollado a lo largo del tiempo, con la precisa objetividad, que ha eclosionado en una profunda y revisada reflexión jurídica producto de años de investigación.

En cualquier caso, las disquisiciones teóricas y jurisprudenciales vertidas al calor de tales situaciones sirvieron para perfilar algunos de estos instrumentos –como los estados excepcionales o la coerción estatal– pero lo cierto es que, pese a que se ha producido algún avance, la institución que ocupa estas páginas no ha gozado de la misma suerte. No existe aún un estudio sistemático sobre el reglamento de necesidad en nuestro país que explique su origen, evolución y régimen jurídico. En atención a lo dispuesto por las distintas referencias presentes en la literatura jurídica sólo existen –*a priori*– dos rasgos que pueden predicarse con carácter general de los reglamentos de necesidad: que estamos ante una manifestación de la potestad reglamentaria y que forman parte del indicado acervo de Derecho de necesidad.

La cuestión, no obstante, no es tan sencilla. Un análisis detenido de esas referencias doctrinales y jurisdiccionales nos permite afirmar la existencia de una falta de claridad y de homogeneidad conceptual. Y es que, por un lado, la literatura jurídica utiliza esta categoría como cajón de sastre, reconduciendo a ella cuestiones de la más variada índole (declaraciones y actuaciones en el seno de los estados excepcionales; previsiones extraordinarias encajadas en la legislación ordinaria de policía; cláusulas generales de habilitación; etc.); y, por otro, la jurisprudencia reconoce la expresión «reglamento de necesidad», bien al aludir a la clasificación reglamentaria mentada, bien –en casos muy contados– para hacer referencia al producto normativo de las cláusulas generales de necesidad, expresadas en esa autorización genérica en favor de la autoridad competente para dictar las «medidas necesarias».

Ante tal situación, parece que sigue siendo todavía «fundamental» –como ya advirtió en su momento el Prof. MUÑOZ MACHADO[1]– realizar un estudio sosegado y profundo de esta institución, con la finalidad de construir un marco teórico estable, que refleje con precisión la significación del reglamento de necesidad en el ordenamiento jurídico español. Y ello tanto respecto de su origen histórico en el Derecho comparado y

[1] MUÑOZ MACHADO, S., en el prólogo a la obra de V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 22.

su posterior recepción, evolución y desarrollo dogmático en nuestro país, así como, en definitiva, de su fundamento constitucional, de su inserción, de sus límites y de sus elementos de control presentes en nuestro ordenamiento.

II.- OBJETO

La finalidad de esta obra no es otra que tratar de desentrañar qué se esconde bajo la expresión de «reglamento de necesidad». El jurista mínimamente avezado se percatará de las dificultades que plantea un estudio como el que aquí se bosqueja. Estamos ante una institución centenaria, cuya referencia en los manuales de estudio del Derecho público español –especialmente, de Derecho administrativo– se ha venido replicando en los distintos manuales y tratados, penetrando, en fin, en las resoluciones de los jueces y tribunales españoles.

Pese a toda esta tradición, la incógnita del reglamento de necesidad se mantiene incólume, presentándose como una de las pocas lagunas doctrinales presentes aún en nuestro Derecho público. Es, quizás, uno de los últimos reductos sobre los que no existe todavía una teoría general que permita explicar su encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

La tesis que aquí se defiende es que el «reglamento de necesidad» en nuestro país se erige como una institución autónoma, con un régimen jurídico propio y diferenciado. Se sostiene también que los rasgos y caracteres de esta figura son producto de múltiples avatares históricos y dogmáticos, que hunden sus raíces en la formación misma de los Estados constitucionales europeos y que llegan a nuestro país a través de la traducción de obras jurídicas extranjeras y de su adaptación a nuestro sistema jurídico en distintas fases diferenciadas: en un primer punto identificándolos con las actuaciones genuinamente *contra legem* llevadas a cabo por las autoridades competentes como consecuencia de la inexistencia de base legal; en un segundo, como expresión genérica para hacer referencia a distintos tipos de instrumentos de Derecho de necesidad; y, en un tercer momento histórico –en el que nos encontramos– como figura que se identifica con el producto normativo de las cláusulas generales de necesidad previstas en la normativa –por lo general– de seguridad pública.

Y, en fin, se pretende demostrar también que esta tercera y última concepción de los reglamentos de necesidad permite su diferenciación de otros instrumentos previstos

para situaciones de crisis, así como –en congruencia– que es posible esbozar incluso una teoría general sobre esta concreta figura.

III.- METODOLOGÍA Y RESULTADOS

Con el propósito de alcanzar el objetivo antes indicado, el trabajo se distribuye en dos grandes partes diferenciadas, en las que se integran –a su vez– siete capítulos con entidad propia.

La primera parte lleva la rúbrica «Origen, evolución y desarrollo del reglamento de necesidad en el Derecho comparado», teniendo por finalidad, precisamente, tal objeto. Se realiza así un análisis histórico de la figura –tanto desde un prisma terminológico como funcional– en tres ordenamientos jurídicos europeos fundamentales para esta investigación: el alemán, el francés y el italiano. Esta primera parte se divide en cuatro capítulos.

El primero de ellos –rubricado como «La inercia y los aprendizajes del Derecho comparado»– pretende centrar al lector en lo que concierne al análisis de los tres sistemas jurídicos que se analizan en los capítulos posteriores. El reglamento de necesidad hunde sus raíces, en efecto, en Alemania; país en el que se construye su dogmática al albur de un contexto constitucional muy específico, trasladándose desde allí –en una clara adaptación conceptual– a otros sistemas constitucionales de distinto cuño, lo que explica que su trayectoria sea distinta en Italia, en Francia y en España.

El segundo capítulo de esta primera parte es fundamental para entender el desarrollo histórico y dogmático del reglamento de necesidad. Esta importancia se manifiesta en su extensión. Así, bajo el título «El reglamento de necesidad en Alemania: orígenes y evolución», se analiza –en una metodología clara– el nacimiento de la figura en las Monarquías germánicas del siglo XIX (*Notverordnung*), a la luz de las aportaciones de los filósofos de la época y de las discusiones de los juristas de dicho periodo, tanto en relación con su naturaleza jurídica como respecto de sus efectos y relación con la Ley. Se ha manejado –de forma exhaustiva y en su redacción original–, además de la bibliografía del siglo XIX relativa al efecto, los trabajos de otros autores de principios de siglo, así como las distintas Constituciones de la época: desde las más antiguas, como la de Baden de 1818 o la de Wurtemberg de 1819, hasta el texto

bismarckiano de 1871. También se han utilizado distintas fuentes normativas y jurisprudenciales sobre la materia.

En un segundo punto –todavía dentro de este primer capítulo– se analiza la transformación conceptual y material a la que se verán sometidos esos tradicionales «reglamentos de necesidad» monárquicos con la llegada de la Constitución de Weimar de 1919. La metodología utilizada en este punto ha consistido en un análisis de la bibliografía alemana de la época (ANSCHÜTZ; SCHMITT; JACOBI; etc.) relativa al artículo 48.2 del indicado texto constitucional; precepto heredero de las tradicionales habilitaciones decimonónicas para dictar *Notverordnungen*. Esta literatura jurídica se pone también a la luz de la jurisprudencia vertida al efecto por los tribunales, la cual también ha sido analizada. Se han manejado también fuentes modernas, tanto alemanas como españolas, sobre la Constitución de Weimar. Los resultados obtenidos de esta investigación no son otros que la evolución conceptual desde el reglamento de necesidad clásico (*Notverordnung*) hacia el «reglamento que representa a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnung*), ya con rango legal *stricto sensu*.

La tercera parte del capítulo aborda la situación del reglamento de necesidad tras la Segunda Guerra Mundial y la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949. De nuevo, la metodología utilizada ha sido similar: el manejo directo de los recursos doctrinales, legales y jurisprudenciales existentes en la materia, fundamentalmente en lengua alemana. El resultado obtenido es claro, pudiendo afirmarse que el abandono terminológico alcanza su punto álgido: ni reglamentos de necesidad –en sentido clásico– ni reglamentos que representan a la Ley –salvo contadísimas excepciones de vigencia discutida– se reconocen ya en la norma fundamental.

Este hecho –unido a las dificultades de activar el Derecho de excepción introducido en la Carta alemana en 1968– provocará la necesidad de recurrir al denominado Derecho de prevención de peligros y, especialmente, a las cláusulas generales previstas en la normativa de seguridad pública (*Generalklauseln*). Son estos mecanismos los que terminarán por utilizarse ante situaciones de crisis, incluida la de la COVID-19; contexto durante el cual se dictaron en su seno no sólo actos administrativos, sino también reglamentos que –como se verá– tienen mucho que ver con aquellos con los que, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia española identifican con los «reglamentos de necesidad».

Para su elaboración, así como para la obtención de los mencionados resultados, ha resultado imprescindible acudir a las fuentes originales. Ello no habría sido posible sin la realización de la estancia de investigación doctoral –durante los meses de enero a abril de 2021– en la Universidad de Constanza (Alemania), bajo la supervisión del Prof. Dr. Dr. h. c. Martin IBLER.

Al estudio del Derecho alemán le sigue un tercer capítulo, relativo al Derecho francés. La importancia de este ordenamiento en el nuestro es fundamental, especialmente en lo que respecta al Derecho público. Sin embargo, en lo que concierne al reglamento de necesidad, su impacto resulta algo más contenido. Esto explica también que el título del capítulo sea el de «Apuntes sobre la idea de 'reglamento de necesidad' en el Derecho francés».

La metodología utilizada para realizar un acercamiento a esta figura ha sido similar a la concerniente al Derecho alemán: se ha recurrido a las fuentes originales, manejando distinta normativa, bibliografía y jurisprudencia francesa, a la que se ha podido acceder a través de distintas Universidades –tanto nacionales como extranjeras– con el objeto de entender la recepción de la figura especialmente a principios de siglo, con motivo de las actuaciones –dictadas sin base legal alguna– realizadas por los poderes públicos franceses para hacer frente a la Primera Guerra Mundial y que relevantes autores de la época tildaron de «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*) o de «ordenanzas de necesidad» (*ordonnances de nécessité*).

Se realiza, además, un especial análisis de la teoría de las circunstancias excepcionales –construida al albur de las precitadas actuaciones ilegales– con fundamento en la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha dado por válidas distintas actuaciones genuinamente *contra legem*, esto es, dictadas por la autoridad competente ante situaciones de crisis y ante las que no existía previsión alguna. De ahí que algún autor de los años sesenta del siglo pasado mantuviese la denominación de tales actuaciones –cuando ostentaban cariz normativo– de «reglamentos de necesidad» (NIZARD). En cualquier caso, la desconexión de esta figura con las cláusulas generales –a diferencia de los sistemas español e italiano– y el total abandono de la expresión en la actualidad provoca que su interés para este trabajo sea algo más reducido.

La primera parte de la tesis doctoral se cierra con un cuarto capítulo, concerniente al Derecho italiano y que se rubrica como «El poder de ordenanza y las ordenanzas de necesidad en el Derecho italiano». En este apartado del trabajo se analiza la figura del «poder de ordenanza» (*potere di ordinanza*), potestad que se atribuye por las Leyes de seguridad pública a ciertas autoridades para dictar, con fundamento en una cláusula general, las «ordenanzas de necesidad» (*ordinanze di necessità*) precisas para confrontar situaciones excepcionales.

En cualquier caso, la metodología empleada es la misma que en los supuestos anteriores: se analizaron las fuentes primarias –bibliográficas, jurisprudenciales y legales– ampliando para ello los conocimientos de la lengua italiana. Al efecto, ha sido fundamental también la realización de una estancia de investigación en la Universidad de Bolonia (Italia) bajo la tutela de la Prof. ª. Dr. ª Claudia TUBERTINI durante el mes de enero de 2023, con el objeto de tener acceso directo a los materiales, así como de contrastar con ella los avances y las conclusiones en la materia.

Se analiza así a lo largo del capítulo el origen histórico de la figura, su relación con la figura del «reglamento de necesidad» clásico de las Monarquías germánicas del siglo XIX, su distinción de otras actuaciones de necesidad, así como, en general, su encaje actual en el ordenamiento jurídico italiano: su tipología, naturaleza, efectos, requisitos y, en fin, mecanismos de control. El resultado obtenido de tal ejercicio es de fundamental importancia para esta investigación: las «ordenanzas de necesidad» italianas presentan una tremenda similitud terminológica y material con los «reglamentos de necesidad» patrios. En ambos casos nos encontramos ante el producto de una cláusula general de necesidad, siendo por ello extrapolable –en gran parte– el régimen jurídico existente en Italia para estas ordenanzas a la figura que ocupa esta investigación.

La sistemática realizada –por la que se analizan tres ordenamientos jurídicos de destacada importancia en la formación de nuestro Derecho público– permite entender en perspectiva histórica y comparada el tratamiento de las crisis y su relación con la idea del «reglamento de necesidad». Únicamente con este punto de partida es posible abordar sólidamente el siguiente bloque del trabajo doctoral, ceñido al surgimiento, desarrollo y configuración de la institución dentro de nuestras fronteras.

En efecto, la segunda parte lleva por título «El reglamento de necesidad en España: origen histórico, situación actual y teoría general». Se divide a su vez en tres capítulos diferenciados en los que se analiza –respectivamente– la recepción y evolución de la figura en nuestro país a lo largo de la historia constitucional, su configuración actual en la literatura jurídica y en la jurisprudencia, para, por último, desarrollar una teoría general al efecto.

La trayectoria histórica se aborda en el capítulo primero de esta segunda parte, rubricado como «El reglamento de necesidad en el Derecho histórico español». En éste se atiende a cómo desde la misma Constitución de 1812 se van edificando los presupuestos básicos para la recepción de la doctrina del reglamento de necesidad. El resultado de esta metodología es claro: durante todo el siglo XIX serán dictados múltiples reglamentos sin habilitación legal alguna –genuinamente *contra legem*– y ante situaciones extraordinarias; actuaciones que han sido recogidas de las diferentes bases de datos legales de la época (se ha manejado, fundamentalmente, la *Gaceta de Madrid*; hoy en formato electrónico a través del «BOE histórico»).

Esta situación creará el caldo de cultivo necesario para la posterior recepción de la doctrina del reglamento de necesidad. En efecto, la figura se recibe por ROYO VILLANOVA en 1900 –a través de una traducción al italiano de la obra de VON STEIN, realizada por BRUNIALTI en 1897– en la que se recogen los tres tipos de reglamentos del jurista prusiano. La intención del administrativista –muy probablemente– no era otra que dotar de una explicación jurídica a la indicada situación de hecho. A partir de este momento la noción del reglamento de necesidad se incrusta en la literatura jurídica española, transformándose y confundiéndose con distintos instrumentos de Derecho de necesidad (Decretos leyes, estados excepcionales, etc.).

La metodología empleada en la elaboración de esta parte del trabajo se configura como una genuina *Dogmengeschichte* –«historia de los dogmas» o de los conceptos, en feliz expresión de la doctrina alemana– del reglamento de necesidad: se ha hecho uso de la práctica totalidad de los manuales y tratados de Derecho administrativo desde principios del siglo XX hasta la actualidad, con objeto de atender a la evolución y desarrollo de esta figura durante la Restauración, la Dictadura de Primo de Rivera, la Segunda República y, por último, a lo largo de la dictadura franquista. Este manejo bibliográfico se ha complementado con un análisis de los distintos textos

constitucionales y legales, así como, en su caso, de la doctrina jurisprudencial relacionada.

La línea histórica desemboca en el segundo capítulo de esta segunda parte, que –bajo el título «La configuración del reglamento de necesidad tras la Constitución de 1978»– se realiza un análisis de la situación actual de tal figura en nuestro sistema jurídico, a fin de esclarecer cuál es el espacio existente para su presencia, así como conocer su posición tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia. De tal análisis se extrae el siguiente resultado: la presencia de dos posiciones diferenciadas, esto es, la doctrinal, que –partiendo de una formulación descriptiva y, en buena medida, antigua– suele identificar los reglamentos de necesidad con toda institución de Derecho de crisis (estados excepcionales, medidas estándar, etc.); y la jurisprudencial, que reconduce los reglamentos de necesidad al producto normativo de las cláusulas generales de necesidad, tales como las presentes en el artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), en el artículo 3 de Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante, LOMESP), o en el artículo 58 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (en adelante, TRLA).

Esta distinción permite realizar una clasificación entre reglamentos de necesidad *lato sensu* y reglamentos de necesidad *stricto sensu*, respectivamente. Ahora bien, esta última concepción –que anuda el reglamento de necesidad a las indicadas cláusulas generales– es la que parece tomar cada vez más fuerza en la literatura jurídica y, especialmente, en la jurisprudencia. Esta realidad –anudada a la pluralidad y notables diferencias entre los diversos regímenes jurídicos de las demás instituciones de Derecho de necesidad con las que suele conectarse la figura– nos lleva a una de las conclusiones fundamentales del trabajo doctoral: la identificación del reglamento de necesidad como el producto normativo de una cláusula general de necesidad y la importancia de elaborar una configuración general sobre tal figura.

Esta metodología culmina en el tercer capítulo de la segunda parte, que, bajo la rúbrica «La construcción dogmática del reglamento de necesidad en el ordenamiento jurídico español», delimita el régimen jurídico de esta institución en nuestro Derecho positivo. Para ello se arranca desde la concepción de reglamento de necesidad *stricto*

sensu, esto es, como producto normativo de una cláusula general de necesidad, haciendo uso de la jurisprudencia existente al efecto, así como de las opiniones doctrinales y, claro está, de las enseñanzas de los ordenamientos alemán, francés e italiano.

En este último capítulo se bosqueja una teoría general de la figura en cuestión. Se abre con un análisis relativo a su delimitación conceptual y a su naturaleza. Para ello se atiende a su relación con la cláusula general, aludiendo a las habilitaciones de esta índole presentes en el Derecho español, así como explicando las consecuencias de tal relación: el entero régimen jurídico del reglamento de necesidad se contiene en la cláusula general, sin perjuicio, claro está, de la incidencia directa que tiene la Constitución. Se analizan también sus caracteres, esto es, su encaje como «medida necesaria» de carácter normativo y su configuración como reglamento pese a su vocación temporal, cumpliendo así la tesis ordinamentalista. Para finalizar, en esta primera parte del capítulo, y a fin de terminar de perfilar su naturaleza, se traza una línea divisoria entre esta figura y las demás con las que la literatura jurídica los ha identificado tanto histórica como actualmente –Decretos leyes, estados excepcionales, medidas del artículo 155 de la Constitución Española, etc.– con el objeto de depurar y clarificar la figura, en una operación similar a la que realiza la doctrina italiana respecto de sus ordenanzas de necesidad.

En un segundo punto se analiza su relación con la Constitución española de 1978 desde dos prismas: su fundamento en el texto constitucional y su función en el ordenamiento jurídico; pretendiéndose con ello explicar su utilidad actual y su basamento constitucional. Se analiza en un tercer epígrafe su significación respecto de la Ley, analizando su función de «complemento» o «auxilio» así como la imposibilidad de concebir su posición ordinamental como una excepción o quiebra de las reservas de Ley constitucionalmente consagradas. En un cuarto punto se alude también a sus requisitos de validez, estudiándose aquellos que aparecen previstos directamente por la Constitución –justificación de su emisión, publicación, y, en fin, temporalidad en la afección de derechos fundamentales–, así como los indicados por la cláusula general –exigencias procedimentales, cumplimiento del presupuesto habilitante y temporalidad–, como, en fin, los previstos por el Derecho de la Unión Europea. En quinto lugar, se atiende a los contrapesos existentes ante tal potestad: los medios de control para garantizar un adecuado ejercicio y fiscalización de estos instrumentos, lo que incide no sólo en la intervención de la jurisdicción, sino también en otros elementos como la

garantía patrimonial del ciudadano. El capítulo se cierra, por último, con una serie de reflexiones finales.

El método investigador utilizado en este punto ha consistido en un acercamiento a los textos legales –tanto estatales como autonómicos–, a la jurisprudencia vertida en la materia y, en fin, a la literatura jurídica desarrollada sobre las instituciones de Derecho de necesidad y el sistema de fuentes. Su estudio dio lugar, además –de manera paralela a la confección de la tesis–, a la publicación de distintos escritos relativos al estado de alarma[2], a la coerción estatal[3], a la potestad reglamentaria[4] o, también, a las relaciones interadministrativas[5]. Todas estas publicaciones –por lo general, conectadas con el reglamento de necesidad– se desgajaron del presente trabajo con la pretensión de dotar a éste de autonomía y entidad propia, así como de centrar el objeto y facilitar su lectura.

En resumen, con el presente trabajo se ha pretendido dotar de una explicación racional a la noción de «reglamento de necesidad»; institución que, pese a todas las situaciones excepcionales acaecidas en los últimos años, adolece aún de una teoría general y se ciernen aún sobre ella poderosos interrogantes. Y ello pese a que están todavía por venir importantes desafíos –derivados de las nuevas tecnologías, el cambio climático, etc.–; riesgos que se muestran ciertos en su advenimiento, pero inciertos en cómo habrán de ser afrontados. Tal y como se ha destacado recientemente, es preciso –

[2] VILLAR CRESPO, G., «Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos que declaran el estado de alarma», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, mayo 2018; «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, mayo 2020; y, también, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 123, mayo-agosto 2022.

[3] VILLAR CRESPO, G., «Poderes militares de necesidad y coerción estatal: reflexiones sobre el papel de las Fuerzas Armadas en la aplicación del artículo 155 de la Constitución», en ÁLVAREZ GARCÍA, V., y MORADIELLOS GARCÍA, E. (Dirs.), *Las Fuerzas Armadas ante las situaciones de crisis*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2020.

[4] VILLAR CRESPO, G., «El Tribunal Constitucional declara inconstitucional el control jurisdiccional previo de las medidas sanitarias generales: una aproximación a la STC 70/2022, de 2 de junio», en *Acento Local*, Blog de la Fundación Democracia y Gobierno Local, el 23 de septiembre de 2022; y, también, «III. La potestad normativa del municipio de Barcelona: sujetos, tipos de normas y relaciones interordinamentales», en GALÁN GALÁN, A., *El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes*, dentro de la obra dirigida por FONT I LLOVET, T., *La Carta municipal de Barcelona i el dret de la ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 2023, págs. 84 y ss.

[5] VILLAR CRESPO, G., «La participación de las ciudades en la toma de decisiones de las autoridades estatales y autonómicas en España: estado de la cuestión y reflexiones al efecto», en *Anuario del Gobierno Local 2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, 2023, págs. 93-138.

ahora más que nunca– estudiar mejor las instituciones del Derecho de crisis[6], siendo el reglamento de necesidad –probablemente– la laguna doctrinal existente de carácter más acusado.

En esta línea se sitúa la presente investigación, que trata de dar una respuesta sólida, coherente y fundada a una parte relevante del sistema de fuentes, cohonestando la existencia del reglamento de necesidad con la vigencia y efectividad de las reglas y principios constitucionales, así como, en fin, ofreciendo también respuestas en lo concerniente a sus límites y a su control.

***

[6] MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020, pág. 126, refiriéndose al «derecho de las crisis y epidemias sanitarias». Este artículo fue posteriormente publicado –con algunas adiciones– como monografía, *vid*., MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste (2020-2022)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2022. Por cuestiones de claridad, nos referiremos al primer trabajo a lo largo de la presente obra.

PRIMERA PARTE. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO PRIMERO. LA INERCIA Y LOS APRENDIZAJES DEL DERECHO COMPARADO

I.- INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

La atención a distintos ordenamientos se torna esencial para poder comprender las instituciones jurídicas propias. Y ello tanto en lo que respecta a la hora de dilucidar su surgimiento histórico –el porqué de su alumbramiento– como su desarrollo evolutivo y su posición actual en el sistema del que forma parte. Aún más: el estudio del Derecho público comparado nos permite también perfilar o desarrollar el encaje de tales categorías, a fin de dotarlas de mayor utilidad, tanto desde la perspectiva de los poderes públicos –llamados a hacer uso de ellas– como de los ciudadanos, destinatarios, en definitiva, de sus efectos[7]. El actual tratamiento de la figura del reglamento de necesidad en España responde a una serie de avatares históricos producidos allende nuestras fronteras. De ahí que sea preciso indagar en los orígenes y evolución de la figura en los ordenamientos comparados, con el objeto de desenmarañar cómo surge, cómo llega a nuestro sistema jurídico y, en fin, qué utilidad puede tener en su configuración actual.

Idénticos razonamientos son trasladables en lo que concierne a su configuración en perspectiva *pro futuro*. El encaje actual de esta figura en los distintos tratados y manuales de Derecho administrativo español, así como en la jurisprudencia patria, no sólo no es homogéneo, sino que –en ocasiones– llega a ser incluso contradictorio. El ejemplo de otros Derechos puede ser útil, en definitiva, para ofrecer un mejor perfilamiento de la institución.

II.- LA ELECCIÓN DE LOS DERECHOS ALEMÁN, FRANCÉS E ITALIANO

La selección de los ordenamientos alemán, francés e italiano no responde a preferencias de oportunidad, personales o arbitrarias. El influjo de estos tres sistemas

[7] *Vid*., DE LA SIERRA MORÓN, S., *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, 1ª ed., Civitas, 2004; y, en fin, ya centrado en el Derecho, administrativo, QUEZADA RODRÍGUEZ, F., «Una aproximación crítica a la comparación de Derechos administrativos», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. I, 2020, págs. 7-28.

jurídicos es indiscutible en el proceso de formación y desarrollo del Derecho público español, estando ampliamente admitida su importancia en la configuración de las distintas categorías que integran nuestro pensar jurídico[8].

La posición del reglamento de necesidad no iba a ser una excepción. En cada uno de estos tres sistemas toma, además, distintas líneas evolutivas, terminando por ser adaptado o rechazado en función del contexto constitucional, la tradición jurídica y los mecanismos existentes para hacer frente a situaciones extraordinarias en los distintos periodos históricos. Aún más: como señala CAMUS –en relación con la noción de «estado de necesidad» en las distintas democracias europeas– existen otros factores extrajurídicos que determinan también el modo de recepción de una institución. Y es que el grado de aceptación, así como la evolución de la noción del reglamento de necesidad y su adaptación a los ordenamientos de destino están también marcados por elementos que exceden lo jurídico: el temperamento nacional, el grado de desarrollo económico, la existencia o no de grupos de presión, la influencia de los partidos políticos, etc.[9]. La adaptación conceptual no es, en definitiva, un injerto o «trasplante» jurídico, sino la adjudicación de una expresión –de origen germánico– a distintos instrumentos presentes en otros países de tradición jurídica latina[10].

En efecto, la figura surge en el siglo XIX alemán para aludir al producto de las habilitaciones previstas en las Constituciones germánicas en favor de los Monarcas para dictar las «medidas necesarias» ante situaciones de crisis. Sin embargo, la expresión de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*) se trasladará pronto a los países latinos: Francia, Italia y España. Durante el primer tercio del siglo XX la figura trazará una trayectoria distinta en todos estos países al tiempo que –pese a su origen germánico– en Alemania la noción se abandona con la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn,

[8] La alusión a estos tres países –Alemania, Francia e Italia– es una tradición en nuestra doctrina académica que ha llegado hasta la actualidad. *Vid*., recientemente, SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., *Clásicos del Derecho Público (I). Biblioteca básica para estudiosos y curiosos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.

[9] CAMUS, G., *L´état de nécessité en démocratie*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1965, págs. 134 y ss.

[10] La idea de los «trasplantes jurídicos», se atribuye –desde 1974, fecha de la primera edición del trabajo– a WATSON, A., *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2 ª ed., University of Georgia Press, Atenas y Londres, 1993, para aludir a la importación de normas e instituciones jurídicas extranjeras a otros ordenamientos jurídicos (*vid*., especialmente, págs. 21 y ss., para atender a la teoría general). Muy crítico con esta noción, puede verse LEGRAND, P., «The Impossibility of "Legal Transplants"», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, núm. 2, 1997, págs. 111-124. Sobre el tema, en nuestro idioma y con carácter reciente, BACKENKÖHLER CASAJÚS, C. J., «Trasplante jurídico», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019, págs. 262-275.

como consecuencia –entre otras cuestiones– de los excesos provocados por la previsión del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar de 1919; habilitación general heredera de los tradicionales *Notverordnungen* decimonónicos. La expresión se mantiene en la actualidad, únicamente, en Austria, Suiza, Liechtenstein y algunos *Länder* alemanes, aunque con una configuración similar a nuestros Decretos leyes.

La recepción en Francia se produce de la mano de algunos iuspublicistas de renombre que harán uso de la expresión de *règlements de nécessité* (DUGUIT o JÈZE) o de *ordonnances de nécessité* (BARTHÉLEMY y DUEZ) con motivo de las actuaciones *contra legem* realizadas por las autoridades francesas en el contexto de la Primera Guerra Mundial; justificadas posteriormente, por el *Conseil d'Ètat*, a través de la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales. Sin embargo, la expresión no terminó por cuajar en el sistema galo, hasta el punto de que, con la aprobación de la Constitución de 1958 –salvo alguna excepción en la doctrina– ni siquiera se identificará la cláusula general prevista en el artículo 16 en favor del Presidente de la República ante situaciones extraordinarias –claramente inspirada en el precitado artículo 48.2 del texto weimariano– como una habilitación para dictar «ordenanzas de necesidad».

En Italia la expresión hará suerte. Se recoge en un primer momento por autores de la talla de Santi ROMANO para aludir a variopintas instituciones de Derecho de necesidad –desde Decretos leyes, hasta declaraciones de estados excepcionales, pasando por bandos militares– reconfigurándose tras la Constitución de 1947 para erigirse en una figura autónoma. En efecto, de la mano de GIANNINI –en una concepción que será luego asumida por la Corte Constitucional italiana– se aludirá a las «ordenanzas de necesidad» (*ordinanze di necessità*) como el producto de las cláusulas generales de necesidad (el denominado *potere di ordinanza*), ya desligada de las demás instituciones de crisis. Este reenfoque conceptual se mantiene en la actualidad, estando la figura plenamente asentada en el Derecho italiano.

En lo que concierne a España, el «reglamento de necesidad» se recoge actualmente en la literatura jurídica patria en los distintos manuales y tratados de Derecho público con motivo de la clasificación de los reglamentos por su relación con la Ley, sin quedar esta figura perfilada o delimitada. El análisis de los tres ordenamientos advertidos nos permite rastrear el origen remoto y la evolución de la figura (Alemania), estudiar su recepción en países de tradición jurídica similar, así

como analizar su impacto en cada uno de ellos: bien abandonando la noción (Francia), bien adaptándola a su sistema jurídico y dotándola de utilidad (Italia).

El examen de estos tres sistemas –y su influencia– sirve para explicar el origen y evolución del reglamento de necesidad en nuestro país, así como para tratar de elaborar una teoría general al efecto. A diferencia de Francia –país en el que la consolidación de la teoría de las circunstancias excepcionales en la jurisprudencia evitará el recurso a esta figura– la importancia de los ordenamientos italiano y alemán es, en este último punto, fundamental. Y es que es en ellos donde se ha desarrollado con mayor precisión una dogmática doctrinal y jurisprudencial de las cláusulas generales de necesidad; previsión que –como veremos–termina por conectar con nuestros castizos reglamentos de necesidad. En definitiva, no se trata de realizar un acrítico «trasplante jurídico» a nuestro sistema, sino, más bien, de tratar de dotar de sentido y virtualidad a una institución que lleva presente en el Derecho español más de una centuria.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ALEMANIA: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

I.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD EN LAS MONARQUÍAS CONSTITUCIONALES ALEMANAS DEL SIGLO XIX

El origen –al menos conceptual– de los reglamentos de necesidad se encuentra en las Monarquías Constitucionales germánicas del siglo XIX, pudiendo afirmarse –siguiendo a ELLWEIN– que «la potestad reglamentaria de necesidad (*Notverordnungsrecht*) fue una singularidad específica alemana»[11]. El fenómeno, no obstante, no aparece por generación espontánea, sino que es el producto de un caldo de cultivo y una situación jurídico-constitucional muy concreta.

Y es que, en efecto, en esta etapa, las Cartas germánicas configuraron esta institución como una actuación excepcional del Monarca para garantizar la conservación del Estado, sobre la base de un especialísimo contexto político-constitucional, en el que regiría el principio monárquico y una relación de mera competencia entre la Ley y el reglamento. Tal contexto permitirá racionalizar la teoría del «Derecho de necesidad estatal» (*Staatsnotrecht*) en las primeras Constituciones monárquicas del siglo XIX, mediante el establecimiento de previsiones concretas para dictar «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*).

Esta fase, aunque se mantendrá más allá en el tiempo en muchos de los textos constitucionales de los *Länder*, comienza a desvanecerse con la recepción de las doctrinas democráticas y legicentristas de corte fundamentalmente francés, siendo manifiesto su decaimiento en la Constitución Imperial de 1871, que olvidará la referencia a los reglamentos de necesidad en sentido clásico. Ello se hace especialmente patente desde la Primera Guerra Mundial, durante la cual se dictará la primera Ley de habilitación –de plenos poderes– al Ejecutivo, como novedoso método de actuación frente a situaciones de crisis.

Precisamente para abordar este epígrafe –cuya densidad conceptual requiere un análisis reposado– se sistematizará en cuatro puntos diferenciados que abordarán, respectivamente, los orígenes remotos y los fundamentos que hacen posible la aparición

[11] ELLWEIN, T., *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, 1ª ed., Isar Verlag München, Múnich, 1954, pág. 274.

del *Notverordnung* clásico, en primer lugar, y su naturaleza jurídica, en segundo punto. En los apartados tercero y cuarto se realizará, respectivamente, una aproximación a la regulación de esta figura en las cartas constitucionales alemanas del siglo XIX, así como en el texto bismarckiano de 1871.

1.- SOBRE LOS ORÍGENES DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ALEMANIA

Como bien ha explicado ÁLVAREZ GARCÍA, el paso de un Estado absoluto, en donde el poder se ostentaba en exclusiva por el Monarca, hacia el Estado liberal, de corte representativo y basado en la idea de la separación de poderes, «trajo consigo la necesidad de prever y de justificar la existencia de una serie de mecanismos, concebidos como auténticas cláusulas de salvaguardia para la existencia del Estado»[12].

Más aún, tales técnicas consistían en «la vuelta temporal a los esquemas del absolutismo», llegando incluso a tener todo ello un reflejo en las Constituciones de las distintas Monarquías centroeuropeas «que dotaban, expresamente, a los príncipes o a los monarcas de la facultad de dictar *Notverordnungen* o reglamentos de necesidad con fuerza de Ley»[13]. El fundamento de esta noción se basa en el indicado *Staatsnotrecht*, o «Derecho de necesidad estatal», que brota como justificación teórica por parte de la doctrina decimonónica alemana de una actuación plena y libre del Monarca ante situaciones excepcionales y de modo temporal. Supone, pues, una supeditación del Derecho a los hechos, primando éstos sobre aquél cuando ello sea necesario para lograr la pervivencia del Estado[14].

---

[12] ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 75.

[13] ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), pág. 75. *Vid*., también, HANSEL, H., *Die Notverordnung nach deutschem Staatrechte*, 1ª ed., A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), Leipzig, 1904, pág. 3, donde indica que, bajo circunstancias excepcionales, «no puede hacerse menos que recurrir, en estos casos de necesidad del Estado constitucional, a la rígida uniformidad del Absolutismo», citando también a Robert VON MOHL, quien parece pronunciarse en un sentido similar. No obstante, la fuerza de Ley de los reglamentos de necesidad no fue una cuestión pacífica, como podrá comprobarse en el punto I.2 del presente capítulo.

[14] Las nociones de «estado de necesidad» (*Notstand*) y de «Derecho de necesidad» (*Notrecht*) –así como su aplicación al Derecho público (*Staatsnotrecht*) tuvieron una amplia recepción en otros países como Suiza o Francia al albur de la Primera Guerra mundial. Tales ideas se configuraron como un importante recurso doctrinal para tratar de dar explicación a esas actuaciones ilegales realizadas por los poderes públicos de ambos países durante el indicado conflicto bélico. A esta cuestión nos referimos en el capítulo tercero de esta primera parte, especialmente en los apartados III.3.A) y IV.1.B). En España, por el contrario, la literatura iuspublicista no analizó tales categorías, sino que –más bien– importará directamente la idea del «reglamento de necesidad» a principios del siglo XX, haciendo uso de tal categoría para explicar el dictado puramente fáctico de reglamentos ante situaciones de crisis y sin fundamento constitucional o legal (*vid*., el punto II del capítulo primero de la segunda parte de esta obra).

Las disquisiciones de la doctrina iuspublicista alemana del siglo XIX en torno a las relaciones entre Ley y reglamento permitirán alumbrar la noción de reglamento de necesidad (*Notverordnung*) desde una perspectiva ya no absolutamente fáctica –como necesidad dada por los hechos– sino con una cierta justificación jurídica. En efecto, estas actuaciones extraordinarias se iban a producir ahora sobre la base de una potestad reglamentaria propia del Monarca, no dependiente de la Ley; y de otro modo, también, por medio de una delegación legislativa (*Delegation*; en expresión de la época, usada por JELLINEK o LABAND), o apoderamiento (*Ermächtigung*), a través de una Ley o, incluso, por parte de la misma Constitución[15].

Ello dotará al concepto objeto de estudio de una cierta racionalidad jurídica, cuya sistemática buscará la doctrina alemana de finales del XIX y principios del XX, indagando sobre el origen, la naturaleza, los requisitos y los límites de esta compleja figura, cuya expansión conceptual en nuestro país suele atribuirse a la teoría de los tres tipos de reglamentos, en su relación con la Ley, formulada por VON STEIN[16].

A).- PRECEDENTES REMOTOS

Hemos visto que el reglamento de necesidad se incardina como una figura típica o propia del constitucionalismo decimonónico alemán. Pese a ello, las disquisiciones doctrinales de la época acerca del origen de esta figura no sólo situaron su nacimiento allí, sino también en otros puntos del mapa.

[15] No obstante, y como se verá, para algunos autores alemanes de la época, la ausencia de previsión por parte de la Constitución o de la Ley para poder dictar estos reglamentos de necesidad no es óbice para que no puedan dictarse, puesto que la pervivencia del Estado queda por encima de todo, en congruencia con la precitada doctrina del *Staatsnotrecht* Al efecto, *vid*. JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung* , 1ª ed., Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Friburgo, 1887, pág. 376, que –en relación con los reglamentos de necesidad– indica que el Gobierno se ve obligado «por la fuerza de las circunstancias (*durch die Gewalt der Umstände*), a hacer frente, bajo su responsabilidad, a la necesidad» y ello «por todos los medios disponibles», correspondiendo a las Cámaras «expiar» (*sühnen*) tales actuaciones, mediante una ulterior ratificación del menoscabo producido al Derecho formal.

[16] VON STEIN, L., *Die Verwaltungslehre*, Vol. I, 2ª ed., J. G. Cotta'sche Buchhandlung, Stuttgart, 1869 (la primera edición es de 1865), págs. 73 y ss., y, especialmente, por su mayor claridad expositiva, en las págs. 301 y ss., al centrarse en los reglamentos ministeriales, donde distingue entre reglamentos ejecutivos (*Vollzugsverordnungen*), reglamentos independientes (*eigentliche verordnungen*: literalmente «reglamentos auténticos»), y, en fin, los aducidos reglamentos de necesidad (*Notverordnungen*). Sobre el impacto de esta división en España, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, págs. 49 y ss., y también 280 y ss., donde indica que «en Alemania, la construcción doctrinal de VON STEIN no tuvo resonancia, y la Administración que estaba constitucionalmente limitada a emitir *reglamentos jurídicos* sólo en base a una ley (…) se vio obligada a respetar la Constitución (…) en una famosa e histórica sentencia del *Oberverwaltungsgericht* prusiano de 1882: todas las disposiciones generales que afecten a los derechos de los ciudadanos emitidas por la Administración tienen que tener una base legal parlamentaria» (el subrayado es del autor). La sentencia, del aducido tribunal, y como el propio autor recoge, es la *Kreuzberg-Enscheidung* de 14 de junio de 1882.

La doctrina alemana mayoritaria entendía que su primera manifestación la encontramos en Francia, señalando HANSEL que «los primeros comienzos del concepto los encontramos en la Constitución francesa de 1814»[17], concretamente en su artículo 14 que rezaba que «el Rey (…) dicta los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado» (*le roi (...) fait les règlements et ordonnances necessaires pour l'exécution des lois et la sûrete de l'État*)[18]. Es notoria la incidencia de este precepto en las Constituciones alemanas del siglo XIX, especialmente en las desarrolladas en su primera mitad, como en eguida se verá al analizarlas, pero más discutible es la total ausencia de precedentes en la materia.

Desde otra posición, HATSCHEK–aun advirtiendo la influencia del citado precepto en las primeras Constituciones alemanas– entiende que su desarrollo se debe a un malentendido producido en el seno de la doctrina germana respecto a las instituciones del Derecho Constitucional inglés. Ello se produce en dos sentidos[19].

Por un lado, dice el autor, porque el origen de la institución que nos ocupa se encuentra en un comentario que realiza BLACKSTONE a la Ley inglesa del Habeas Corpus (*Habeas Corpus Act*) de 1679, en donde compara su posibilidad de suspensión bajo situaciones extraordinarias con la institución romana del *senatus consultum ultimae necessitatis*, que autorizaba para el establecimiento de una dictadura temporal con objeto de hacer frente a una situación de peligro. De este modo, los actos realizados por el Ejecutivo en estos casos serían similares a los reglamentos de necesidad, de tal suerte que estarían habilitados por la propia norma[20].

Por otro, entiende HATSCHEK, que la segunda oleada de textos constitucionales alemanes –que incluirían ya precisos límites al ejercicio de la potestad reglamentaria de necesidad– se debe a una errónea interpretación de la figura de las «leyes de

[17] HANSEL, *Die Notverordnung nach deutschem Staatrechte* (*cit*.), pág. 4. Esta tesis fue discutida por otros autores alemanes, franceses y españoles, como puede verse en el capítulo tercero de la parte primera de esta obra, concretamente en el epígrafe IV.1.A).

[18] FRIEDMAN, A., «Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen», en *Kirchenrechtliche Abhandlungen*, núm. 5, 1903.

[19] HATSCHEK, J., «Der Ursprung der Notverordnung», en *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, núm. 27, 1900, págs. 1 siguientes. *Vid*. también, SIEGHART, M. A., *Government by Decree*, 1ª ed., Stevens, Londres, 1950, págs. 172 y ss.

[20] *Cfr*. con SIEGHART, *op*. *cit*., pág. 173, quien señala que, si la opinión de HATSCHEK fuese correcta, la exigencia de una Ley de indemnidad –que procede normalmente tras cada suspensión– sería difícil de explicar, y que por ello parece más correcto señalar que el Gobierno intervino en estos casos también bajo su cuenta y riesgo, de tal suerte que la *Indemnity Act* se desarrolla precisamente para cubrir estas actuaciones gubernamentales realizadas fuera de la legalidad.

exoneración» (*indemnity bills*) utilizadas por el Parlamento inglés bajo situaciones extraordinarias. Ello explicaría, a su juicio, que tales Cartas dictadas a partir de mediados del siglo XIX, exigiesen la presentación del reglamento de necesidad de modo inmediato al Legislativo, el cual podía dar la dispensa absolutoria al Gobierno por su actuación bajo esa situación de peligro.

La tesis de este autor ha sido ampliamente criticada, si bien su mismo desarrollo es importante en tanto en cuanto hace notar una cuestión de primer orden: Inglaterra es el primer Estado que logra la sumisión del Rey al Parlamento. Esto implica que tales poderes reglamentarios extraordinarios a favor del Monarca aparecerían como los primeros de la Historia constitucional en donde regía el principio parlamentario, establecido, como se sabe, tras la *Glorious Revolution* de 1688. Hecha esta observación, parece difícil que –como pretende demostrar el aducido jurista germano– exista una continuidad histórica entre una y otra figura, pertenecientes además a sistemas jurídicos tan distintos.

Por último, un tercer grupo de autores defenderían que la institución que nos ocupa no sólo es que sea característica del Derecho germánico, sino que hunde sus raíces en el mismo. En este punto destacan las tesis de SPIEGEL y de MENZEL.

Ludwig SPIEGEL[21] indica que antes de la Constitución francesa de 1814 ya existían textos germánicos que reconocían esta potestad, destacando la Constitución del Ducado de Sajonia-Weimar-Eisenach de 1809, y adjudicando el origen de la figura al ámbito financiero, concretamente al «Derecho de imposición [tributaria] de necesidad» (*Recht der Notbesteuerung*). Así, como consecuencia de la teoría del *ius eminens*, el Rey –excepcionalmente y sin consentimiento de los estamentos– gozaba del derecho de establecer impuestos y préstamos en caso de encontrarse ante un estado de necesidad en el que fuese imposible convocar a los mismos (ej. el estallido de un conflicto bélico).

El autor establece un nexo entre el modo en el que, tradicionalmente, se aprobaban estas cuestiones financieras –a través de las Cámaras estamentales– y el modo en el que en el sistema constitucional alemán se aprobaban las Leyes, es decir, también a través de las Cámaras legislativas. De este modo, concluye que «de la comparación entre nuestro Parlamento actual y las Cámaras estamentales se dilucida un

[21] SPIEGEL, L., «Zur Lehre vom Ursprunge der Notverordnung», en *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, número 34, 1907, págs. 497 y siguientes.

paralelismo suficiente» (*der Vergleich unseres heutigen Parlamentes mit den ständischen Landtagen bietet genug Parallelen*). Paralelismo bastante para afirmar una conexión histórica entre una figura y otra: cuando el Rey, excepcionalmente, decretaba un gravamen de tal índole sin el consentimiento de los estamentos y en situaciones de emergencia, lo que estaba dictando no era otra cosa que legislación de necesidad, similar a los reglamentos de necesidad existentes en las Cartas decimonónicas.

Por último, especial atención merece la tesis sostenida por MENZEL[22], quien, tras analizar las diferentes teorías señaladas y reconocer un cierto influjo del texto francés y de la imposición tributaria de necesidad (*Notbesteuerung*) en las Constituciones alemanas, entiende que no hay una continuidad histórica entre unas figuras y otras. Este jurista austriaco, basándose en la clásica obra de Hermann BISCHOF[23], sostiene que el acta de natalidad del reglamento de necesidad lo encontramos en las instituciones del Primer Imperio, esto es, del Sacro Imperio Romano-Germánico (962-1806).

En efecto, entiende que el Tratado de la Paz de Westfalia de 1648 –concretamente en el instrumento firmado en Osnabrück– establecía en su artículo 8.2 una limitación del poder normativo del *Kaiser*, precisando éste de una decisión del *Reichtag* para poder dictar normas. Teniendo en cuenta este precepto, se pregunta el autor: ¿cómo es posible que existiese un derecho del Emperador a dictar legislación provisional, constitucionalmente admisible, sin una previa habilitación del *Reichtag*?[24]

Dice MENZEL que los juristas de la época del Primer Imperio lo justificaron, por un lado, en ciertas nociones del Derecho Natural (*salus republicae lex suprema est*), y, por otro, en el ejercicio de esta figura en la práctica, especialmente utilizada desde las

[22] MENZEL, A., «Zur Lehre von der Notverordnung», en *Festgabe für Paul Laband*, Tomo I., Verlag von J. C. B. Mohr, Tubinga, 1908, págs. 367 a 396. La tesis la expone en la primera parte de su trabajo, págs. 367 a 382.

[23] BISCHOF, H., *Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung*, 1860. El autor sostiene que la institución del reglamento de necesidad de las Constituciones alemanas del siglo XIX se conecta con la potestad que tenía el *Kaiser* del Primer *Reich* para dictar legislación de carácter provisional, citando una miríada de autores de los siglos XVII y XVIII que estudiaron la problemática. En efecto, parece que discutió el presupuesto habilitante para actuar por parte del Emperador: mientras algunos sostuvieron que únicamente podía dictar estas disposiciones en situaciones de inminente peligro (MULTZ), otros indicaron que ello era posible siempre que se precise para provecho del Imperio o para resolver una disputa (STAMLER, REINKIRCH), o, en fin, únicamente se defendió que tales intervenciones eran válidas cuando le habilitase la representación popular (BIENER). *Cfr*. con HATSCHEK, «Der Ursprung der Notverordnung (*cit*.)», pág. 2; FRIEDMAN, *op. cit*., pág. 6 y SPIEGEL, *op. cit*., pág. 497, criticando todos ellos esta tesis. El propio MENZEL, *op. cit*., págs. 373 y ss., aunque inspirado en esta teoría, sostiene que, aunque el autor parte de una idea correcta, la conclusión a la que termina por llegar es errónea.

[24] MENZEL, *op. cit*., pág. 376.

guerras de religión del siglo XVI[25]. Las múltiples similitudes existentes entre los *Notverordnungen* del siglo XIX con estas normas provisorias emanadas del *Kaiser* en el Sacro Imperio Romano-Germánico –tanto en relación con los requisitos[26], con la eficacia[27] o, incluso, con la terminología empleada[28]– permiten al autor concluir que «esas alusiones podrían probablemente dejar suficientemente claro que nuestro reglamento de necesidad actual encuentra su modelo en la *lex provisoria* del antiguo Derecho Público alemán imperial»[29].

La penetración de este modelo de *lex provisoria* imperial en las Constituciones decimonónicas alemanas se produce, para el autor, gracias a la doctrina. Así, señala, que, tras la disolución del *Reich* en 1806, los mismos autores que habían estudiado el Derecho Público alemán en el seno del Imperio, participaron también en la elaboración del Acta de la Confederación Germánica (*Deutsche Bundesakte*) de 1815, que terminó claramente por incidir en los textos constitucionales del *Vörmarz*[30]. De este modo es como justifica MENZEL una continuidad histórica entre los aducidos instrumentos, sin tener que acudir al Derecho extranjero.

Es innegable que la doctrina iuspublicista alemana tendrá un importante papel a la hora de redactar el Acta Final de Viena de 1814 y el Acta de la Confederación Germánica de 1815. Y, seguramente, de ella provenga su influjo en las nociones autoritarias del principio monárquico o las cláusulas de salvaguardia en base al aducido *Notrecht*. Pero la Historia demuestra que –pese a que, efectivamente, se teorizó sobre

[25] MENZEL, *op. cit.*, pág. 377.

[26] Se exigían tres tipos de requisitos para que pudiese dictarse este tipo de legislación. Primero, que estuviésemos ante una situación eminentemente excepcional, siendo el grado de necesidad discutido por los iuspublicistas de entonces. En segundo lugar, se precisaba que el *Reichtag* no pudiese habilitar al Emperador para dictar normas, bien por no estar reunido o bien porque, aun estándolo, no pudiese pronunciarse al respecto por cuestiones de imperiosa necesidad. El tercer y último requisito era exigido por la mayoría de la publicística alemana de entonces (PUTTER, MOSER, BIENER), frente a otra posición minoritaria (MULTZ o HUMLER), y era la exigencia de que tal actuación excepcional fuese permitida por los «Príncipes Electores» (*die Kurfürsten*). *Vid*. MENZEL, *op. cit.*, págs. 378-380.

[27] MENZEL, *op. cit.*, pág. 380, afirma que la eficacia de estos reglamentos imperiales, de acuerdo con lo señalado por la publicística alemana del XVII y XVIII, era la misma que la de una Ley imperial de entonces, en tanto en cuanto los funcionarios y los súbditos estaban obligados a cumplirlos.

[28] La publicística alemana del Primer Imperio alemán hablaba de *lex provisoria*, *dispositio intermistica* o, incluso, como BIENER, de «reglamento *en* la necesidad» (*Verordnung in der Not*), para distinguirla de la legislación ordinaria que, recordemos, exigía una concurrencia de voluntades entre el Emperador y el Parlamento. *Vid. ibidem*.

[29] MENZEL, *op. cit.*, pág. 381.

[30] MENZEL, *op. cit*, pág. 382, destaca la figura de J. L. KLÜBER, cuya formación iuspublicista se produjo bajo el manto del Imperio Alemán, atendiendo éste a las mismas negociaciones del Congreso de Viena e, incluso, publicando ulteriormente sendas obras sobre la materia. Señala MENZEL que «a través de él, o a través de otros teóricos, podría ser muy probable que se hubiese realizado una transición desde la potestad reglamentaria del *Kaiser* a las Constituciones de los Estados alemanes plenamente soberanos».

estos poderes excepcionales del *Kaiser* durante los siglos XVII y XVIII– ni tales poderes fueron reconocidos en ningún texto de corte «constitucional», ni existieron limitaciones *per se* a tales potestades, ni, en fin, tampoco se dio una clara delimitación entre la Ley y el reglamento, siendo la posibilidad de suspender aquélla su verdadero núcleo.

Por ello, se ha de sostener –junto con HANSEL– que antes de la creación del Estado constitucional no se presentaba ni causa, ni posibilidad de desarrollar una forma diferenciada de legislación como son estos reglamentos, de tal modo que ni se necesitaban, ni se hubiesen concebido como contrarios a las líneas básicas de tales Estados[31].

Así las cosas, sólo podrían catalogarse de «precedentes», en sentido moderno, las previsiones de los textos constitucionales dictados bajo tales principios, como fue el caso de la precitada Carta francesa de 1814. Un último apunte –olvidado por la doctrina francesa y germánica– en relación con los orígenes del reglamento de necesidad: cuatro años antes de esta *Charte* se aprobó –en plena guerra de la independencia española– el Decreto IV de 27 de septiembre de 1810 de las Cortes de Cádiz, por el que se habilitaba al Consejo de la Regencia para que «*use de todo el poder que sea necesario* para la defensa, seguridad y administración del estado en las críticas circunstancias del día»[32].

En cualquier caso, será en el marco de las distintas Monarquías germánicas del siglo XIX cuando se desarrollará, estudiará y consolidará el concepto de reglamento de necesidad *stricto sensu*. Y será, también a partir de aquí, cuando terminará por incidir esta doctrina en el resto de los sistemas jurídicos europeos[33].

B).- FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DE SU APARICIÓN EN EL SIGLO XIX

Rastreadas las raíces históricas de la figura, se ha de hacer notar que los reglamentos de necesidad no surgen de modo espontáneo o de forma aislada en los

[31] HANSEL, *op. cit*., pág. 4. El razonamiento es lógico: antes del advenimiento del Estado constitucional los poderes se concentraban únicamente en el Monarca, no existiendo una delimitación competencial entre éste y el Parlamento, o determinadas materias reservadas a éste. Por ello, no había necesidad de recoger unos poderes de urgencia en este sentido.

[32] Sobre esta previsión, *vid. infra*, el punto I.2.A) del capítulo primero de la segunda parte de esta obra.

[33] VON STEIN, *op. cit*., Vol. I, pág. 162, señalaba, a propósito de los reglamentos de necesidad, que «se puede observar, en particular, que sólo Alemania ha investigado científicamente» respecto a las dificultades que plantea la figura.

textos constitucionales alemanes del siglo XIX, sino que responden a un trasfondo filosófico y político claro.

Básicamente, la idea de atribuir al Monarca un poder jurídico –o extrajurídico según se mire– de tal calibre se sustentaba en el tradicional «Derecho de necesidad estatal» alemán (*Staatsnotrecht*; o, en términos más amplios, *Notrecht*). Ello, unido al imperio del principio monárquico en estas lides terminará por establecer una delimitación entre los dos tipos de manifestación de la voluntad estatal allí conocidas: la Ley y el reglamento.

i).- LAS BASES TEÓRICAS DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: EL *NOTRECHT*

En una primera fase –más teórico-jurídica que jurídico-positiva– se desarrolla el *Notrecht* o Derecho de necesidad en Alemania, cuyo fundamento radicaba en la abdicación del Derecho ante la fuerza de los hechos. Como ha señalado KÖHLER[34] –estudiando el tema desde el prisma general de la Filosofía del Derecho– estamos ante una noción muy antigua, presente en el Derecho romano, en el Canónico a través del anterior (*necessitas non habet legem*) y, en fin, en el Derecho medieval germánico y francés, hallando su origen y justificación primaria en la persona y en sus relaciones para con los demás[35].

Recuerda el autor que los alemanes se refieren a este problema con varias expresiones: «la necesidad no tiene norma» (*Not hat kein Gebot*); «la necesidad no tiene reglamento» (*Not hat keine Ordnung*) o «no tiene Ley» (*hat kein Gesetz*); «la necesidad rompe el hierro» (*Not bricht Eisen*); o, incluso, «la necesidad rompe el Derecho» (*Not bricht Recht*)[36]. Esta tesis se encuentra ya en la *Suma Teológica* de SANTO TOMÁS, en los textos de COVARRUBIAS, o en la Escuela alemana de Derecho Natural (PUFENDORF, GROCIO, etc.)[37], e, incluso, podríamos añadir, que también se encuentra, a nivel político, en otros autores renacentistas como MAQUIAVELO y, en general, en todo aquel que haya

[34] KÖHLER, J., *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechts und die Ereignisse unserer Zeit*, 1ª ed., Verlagsbuchhandlund Dr. W. Rothschild, Berlín y Lepzig, 1915.
[35] KÖHLER, *Not kennt…* (*cit.*), págs. 1 y 2, destaca que el fundamento de esta teoría se basa en el derecho a la propia personalidad que otorga a los hombres una autorización para la autoconservación, tanto de su persona como de sus bienes (*die Befugnis der Selbsterhaltung seiner Person wie der Güter*), estando por ello sus primeras manifestaciones tanto en el Derecho civil como en el Derecho penal, ramas del ordenamiento que el autor analiza especialmente en su obra (con constantes citas, por cierto, al Código Penal español).
[36] KÖHLER, *Not kennt…* (*cit.*), págs. 1 y 2
[37] KÖHLER, *op. cit.*, págs. 3 a 15.

defendido la necesidad de preservación del Estado respecto a cualquier peligro que amenace su existencia[38].

No obstante, es a partir de HEGEL cuando se da un salto cualitativo en la materia, pues con él se aplica la «teoría de los valores» (*Wertlehre*) al *Notrecht*: existen determinados valores, como la vida, que se adelantan (*vorgehen*), quedan por encima del resto, ya que sin el anterior directamente no existirían[39], al tiempo que se termina por configurar un Derecho de necesidad a nivel estatal –en el sentido del Derecho aplicable al mismo (*Staatsrecht*)–. Y es que es con este filósofo cuando se consolida la aplicación de esta teoría no ya a los particulares –esto es, en la esfera privada (*Notrecht*)– sino al plano estatal (*Staatsnotrecht*)[40].

Ello se dilucida también desde su concepción misma del Estado, que toma incluso tintes de carácter religioso, al otorgarle carácter divino, y, en consecuencia, la soberanía absoluta, una potencia que le permite crear Derecho de modo total[41]. La sumisión a tal ordenamiento por él creado es voluntaria, lo que explica que, en su teoría del Estado, éste pueda liberarse de las cadenas jurídicas para actuar en casos de necesidad[42]. Como dice HUBER, de acuerdo con la interpretación más extendida, una regla no escrita en el conjunto del Derecho público alemán era que, en casos de imperioso peligro para el Estado, el Gobierno podía ejercitar, para su autoconservación (*Selbstverhaltung*), el *Staatsnotrecht* o «Derecho de necesidad estatal»[43].

[38] *Vid*. MEINECKE, F., *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, 4ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014 (traducción de la edición de 1924).
[39] KÖHLER, *op. cit*., pág. 18, donde indica que «el gran mérito de Hegel ha sido introducir la idea de valor (*Wertidee*) en el Derecho de necesidad».
[40] *Vid*. al efecto, SCHILD, W., «Hegels Lehre vom Notrecht», en HÖSLE, V., (Coord.), *Die Rechtphilosophie des deutschen Idealismus*, 1ª ed., Meiner Verlag, Hamburgo, 1989, págs. 146 y ss.
[41] HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975 (traducción de la obra de 1820), pág. 257, indica que [e]l Estado es voluntad divina como Espíritu presente y que se despliega en la forma real y la organización de un mundo». Nótese que KÖHLER, *op. cit*., pág. 33, habla en un sentido similar casi cien años después, señalando que «por ello para el Estado la existencia no es sólo Derecho, sino una obligación sagrada (*heilige Pflicht*): al Estado se aplica la irrenunciable obligación de la autoconservación (*die unbedingte Pflicht der Selbsterhaltung)*, en él yace la poderosa plenitud de la fuerza cultural, cuya conservación se encomienda al anterior».
[42] *Cfr*. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo I, 3ª ed., Boccard, París, 1927, pág. 169, quien atribuye la paternidad de la teoría de la «autolimitación del Estado» a Rudolf VON IHERING (*Der Zweck im Recht*, 1877), siendo después desarrollada por JELLINEK en su *Allgemeine Staatslehre* o «Teoría General del Estado». *Vid*., también, ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., págs. 92 y 93, donde explica la influencia de HEGEL en esta tesis.
[43] HUBER, E. R., *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. I: *Reform und Restauration 1789 bis 1830*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart,1957, pág. 338.

Es decir, que –en palabras de SCHMITT– el Derecho de necesidad estatal «consiste en que algún órgano estatal que sea competente para actuar procede, en un caso extremo imprevisto, al margen o en contra de cláusulas constitucionales (*Verfassungsbestimmungen*), a fin de salvar (*retten*) la existencia del Estado y hacer lo que requiere la situación». Y añade que éste *Notrecht* estatal se fundamenta comúnmente «en el hecho de que en la Constitución hay necesariamente una 'laguna' ('*Lücke*'), ya que aquel sólo puede hacerse valer en un caso completamente imprevisto»[44]. El canal a través del cual se manifiesta el ejercicio de tal Derecho era, claro está, el Rey, eje del poder en los Estados germánicos del siglo XIX, siendo precisamente a él a quien se anuda la tradicional teoría del *Notrecht*.

Las relaciones de esta doctrina con la dogmática de los reglamentos de necesidad son claramente esperables, siendo el propio VON STEIN quien advertirá sobre ello en 1865[45]: tras un primer momento en el que, a la luz de los primeros textos constitucionales alemanes regiría la «teoría de la garantía de la Constitución» (*die Lehre von den Garantien der Verfassung*)[46], terminaría por delimitarse la teoría del Derecho de necesidad estatal (*Staatsnotrecht*). En el desarrollo decimonónico de esta última –dice el autor– encontramos dos fases diferenciadas.

Una primera, centrada en instituciones de muy distinta índole, pero especialmente en la de la expropiación, concretamente en la problemática del origen de su título habilitante[47]. Y, una segunda, a partir de la revolución alemana de 1848, que permitirá arrojar una mayor claridad sobre la delimitación entre la Ley y el reglamento y ello, en fin, permite dar una vuelta de tuerca a la cuestión de este *Notrecht* en el ámbito estatal. Es así como, en el segundo periodo de esta teoría, brota el reglamento de necesidad. En efecto: si el anterior periodo giraba en torno a las relaciones entre los

[44] SCHMITT, C., «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1924, pág. 89. Para ver esta referencia en su versión española, *vid*. SCHMITT, C., «La dictadura del Presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pág. 321.

[45] GALLEGO ha resaltado la «raíz hegeliana» de la concepción del Estado en este autor. *Vid*. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), pág. 43.

[46] Es Johann Christoph VON ARETIN el máximo exponente. Dominó en la doctrina germánica durante el periodo 1818-1848. *Vid*. VON STEIN, *op*. cit., Vol. I., pág. 164.

[47] VON STEIN, *op*. *cit*., Vol. I, pág. 164, indica que esta primera fase del *Notrecht* se trataba de explicar por la doctrina sobre la base del desarrollo histórico del *ius eminens* hasta la época del propio STEIN (década de 1860). *Vid*. al respecto la antigua obra de BISCHOF, *Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung* (*cit*.), quien estudia, bajo la noción de *Notrecht*, cuestiones como la expropiación, el golpe de Estado (*Staatsstreich*), o la aplicación de disposiciones excepcionales.

poderes públicos y la propiedad privada, el segundo lo haría respecto a las existentes entre la Ley –expresión de los estamentos y, a la postre, de la sociedad– y el reglamento, manifestación del poder estatal incardinado en el Monarca.

Como explica VON STEIN, sólo esta segunda fase «pivota en torno al más elevado poder del Estado, para suspender, a través de su reglamento de necesidad, también el Derecho de carácter legislativo» (*bezieht sich auf das Recht der höchsten Staatsgewalt, durch ihre Notverordnung auch das gesetzliche Recht aufzuheben*)[48].

Así las cosas, la aparición del «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*) en las Constituciones germánicas y su construcción teórica supone un paso más en el desarrollo de la noción del *Notrecht*: la doctrina se racionaliza y lo que antes se explicaba por la mera fuerza de los hechos ahora se hace desde el prisma jurídico, con un reconocimiento de tal potestad. Ya no hay una actuación al margen del Derecho para salvar al Estado (*Staatsnotrecht*), sino que los textos constitucionales prevén un instrumento jurídico específico para poder actuar en tales términos[49].

ii).- EL IMPERIO DEL PRINCIPIO MONÁRQUICO

La soberanía, en los textos germánicos decimonónicos, residía en el Rey. Como expone magistralmente VON STEIN: [s]ólo hay un concepto orgánico del Estado, y éste es que la unidad de todo el poder estatal se incardina en la persona del Monarca. Este gran principio es uno de los logros esenciales del S. XIX»[50].

La situación es muy distinta de la imperante en el resto de Europa, donde el Legislativo aparecía como el centro del sistema. En efecto, esta peculiar forma de Monarquía constitucional resistía numantinamente el curso de la Historia, puesto que,

[48] VON STEIN, *op. et loc. cit.* En otro lugar (*op. cit.*, pág. 162), indica que, en casos de verdadera necesidad, el Jefe del Estado ha de tener no sólo el derecho, sino también la *obligación* de actuar a través de estos reglamentos en el ámbito reservado a la representación popular, siendo esta actuación tan elemental que «a nadie se le ocurriría negar esto».

[49] LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Madrid, 1976 (traducción de la obra de 1959), págs. 286 y ss., señala en congruencia que la doctrina del *Notrecht* «fue también aceptada generalmente en Alemania hasta el año 1918», añadiendo que «actualmente, el *Notrecht* es rechazado absolutamente por el constitucionalismo occidental». La llegada de la Constitución de Weimar de 1919 pondrá –en teoría– fin a esta doctrina, tratando de racionalizarse por medio de una Ley que completaría su artículo 48.2 y traería consigo la recepción de un Derecho de excepción en sentido democrático. Sobre la discusión relativa al mantenimiento –o no– del Derecho de necesidad estatal (*Staatsnotrecht*) en el periodo weimariano, *vid.*, el epígrafe II.2.B).i), del presente capítulo.

[50] VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 149.

partiendo de claros presupuestos hegelianos[51], embridaba el sustrato filosófico-social que terminaría por definir el modelo: si el Monarca se alzaba como expresión del Estado, los estamentos se incardinaban como representantes de la sociedad[52].

Tal posición del Monarca se explicitaría pronto en lo que se ha venido denominando el «principio monárquico» (*monarchische Prinzip*)[53], que, señala HEUN, estará presente «tanto en el texto como en la teoría y en la práctica»[54]. En efecto, este principio lo encontramos en la práctica totalidad de los textos de la época, desde el artículo 13 del Acta constitutiva de la Confederación Germánica (*Deutsche Bundesakte*) de 8 de junio de 1815, y, con más fuerza, en el artículo 57 del Acta final del Congreso de Viena (*Wiener Schlussakte*) de 15 de mayo de 1820, como directriz para los miembros de la aducida Federación, con el objeto de garantizar la posición del Rey[55].

Las diferentes Constituciones germánicas de la época recogerán esta idea, inspiradas –señala JELLINEK– por el texto francés de 1814[56]. Así lo harán no sólo las

[51] *Vid*. HEGEL, *op. cit*., págs. 269-270, en 1820 escribía que en el Estado político se distingue entre «poder legislativo como poder de determinar y de instituir lo universal», «poder gubernativo, al que concierne la subsunción bajo lo universal de las esferas particulares y de los casos singulares» y, por último, «el poder del soberano, que representa el poder de la subjetividad como *última decisión de la voluntad* –en el cual los distintos poderes son reunidos en una unidad individual que es la culminación y fundamento de la totalidad–, es decir, en la monarquía constitucional».

[52] ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise* (*cit*.), págs. 65 y ss., quien habla, en este sentido, de «dualismo». *Vid*. también los trabajos de GARCÍA PELAYO sobre la dicotomía Estado-sociedad, especialmente ahondando en sus raíces históricas, así en «La Constitución estamental», en *Obras Completas*, Tomo III, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 2213 y ss.; en «La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein», en *op.* y tomo *cit*., págs. 2213 y ss., y también, «Estado y Sociedad», en *op*. y tomo *cit*., págs. 2969 y ss.

[53] La bibliografía alemana sobre esta cuestión es profusa, siendo destacables sendos trabajos: ELLWEIN, *op. cit*., en especial págs. 65 y ss., 126-162, y 228 y ss.; HINTZE, O., «Das monarchise Prinzip und die konstitutionelle Verfassung», en *Staat und Verfassung*, 2ª ed., Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1962, págs. 359 a 390 (recopilación de textos, que incluye este original de 1911); también HUBER, E. R., *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. III: *Bismarck und das Reich*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1963, especialmente págs. 3 a 24, así como toda la bibliografía que allí se indica. En nuestro idioma, *vid*. HEUN, W., «El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX», en *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, Universidad de Oviedo, nº 2, 2000, págs. 559 a 592.

[54] HEUN, *op. cit*., pág. 559.

[55] HEUN, *op. et loc cit*. El artículo 57 del Acta Final indicaba que «[d]ado que la Federación alemana, con excepción de las ciudades libres, está compuesta por reinos soberanos, todo el poder del Estado ha de permanecer reunido en el Jefe del Estado, como consecuencia del concepto fundamental aquí establecido, y el soberano sólo puede estar vinculado a la participación de los estamentos en el ejercicio de determinados derechos en virtud de una Constitución estatal». *Vid*. también, HUBER, *op. cit*., Vol. III, pág. 7, quien tilda a este precepto como «la garantía institucional del constitucionalismo alemán» (*die institutionelle Garantie des deutschen Konstitutionalismus*).

[56] JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, 3ª reimpresión en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2012 (traducción de la 2ª edición en alemán de 1911), págs. 469 y ss., donde indica que «bajo el influjo de la Carta de Luis XVIII, se han formado la mayor parte de las constituciones de los Estados alemanes de la época de 1814-1848. Especialmente las constituciones de los estados del sur de Alemania, promulgadas en los años 1818-1820, son las que han traído a Alemania este tipo de Constitución, que fue

Constituciones del periodo histórico del *Vormärz* (1815-1848), de marcado tinte absolutista[57], sino también en algunas de las desarrolladas tras la revolución alemana, de corte más democrático, bien de forma explícita[58], bien de forma implícita, como es el caso de la Constitución prusiana de 1850[59].

Todas estas referencias en los textos constitucionales tenían la siguiente consecuencia práctica: el principio monárquico implicaba residenciar la soberanía del Estado en el Rey, si bien éste autolimitaba su poder –en el más puro sentido hegeliano advertido– mediante la emisión de una Constitución[60]. En palabras de HUBER: «[l]a Constitución no servía de fundamento del poder soberano, sino sólo de su límite»[61].

Su configuración permitía conciliar los poderes absolutos de la Monarquía con la incidencia doctrinal que tendría en Alemania la recepción de los ideales revolucionarios venidos del extranjero, especialmente los emanados de la Revolución Francesa[62]. De este modo, se creaba un sistema que aunaba la primacía del poder regio con las necesidades democráticas del pueblo[63]. Esto explica que el principio monárquico no se oponga al principio democrático, sino únicamente al principio

adoptado más tarde, después de la revolución de julio, por varios de los grandes Estados del centro y norte de Alemania». Estas Cartas se caracterizaban, añade, por «el principio monárquico, el sistema bicameral con una primera cámara aristocrática, la iniciativa de las leyes reservada al gobierno, el derecho de disolver la cámara electiva concedido al monarca y, por último, el principio de la responsabilidad ministerial». *Vid*. también HINZTE, *op. cit*., pág. 360, que indica que la Carta francesa de 1814 es la primera Constitución, de corte representativo, que recoge este principio monárquico.

[57] *Vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. I., págs. 336 y siguientes, quien habla de los «cuatro Estados del sur de Alemania», señalando que todos ellos partían de la «intangibilidad de la Monarquía hereditaria» (*Unantastbarkeit der Erbmonarchie*), para referirse, claro está, a Hesse y su Constitución de 1820, así como a la de Baviera de 1818, a la de Baden del mismo año, y la Carta de Württemberg de 1819. Estas tres últimas reconocían explícitamente el principio monárquico en sus textos (artículos 1, 5 y 4 respectivamente). Advierte también que, en estos Estados del sur, el Monarca era el único portador de la soberanía, no existiendo un «dualismo, o un reparto de poder entre el Parlamento y el Monarca».

[58] Como fue el caso del artículo 5 de la Constitución de Schaumburg-Lippe.

[59] En este sentido, HEUN, *op. et loc. cit*., señala que la ausencia de su encuadre literal en los textos constitucionales no afectaba a «la efectividad del principio monárquico, que regía como un principio no escrito». *Cfr*. con JELLINEK, *Teoría General…* (*cit*.), pág. 477, que resalta la influencia de la Constitución belga de 1831 en los textos alemanes de la segunda mitad del XIX, y, *por ende*, del principio democrático.

[60] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1991, págs. 700-702.

[61] HUBER, *op. cit*., Vol. I, pág. 337.

[62] HEUN, *op. cit*., pág. 560, indica que las necesidades financieras en la época exigían contentar a la burguesía con una cierta participación en las instituciones.

[63] HUBER, *op. cit*., Vol. I, págs. 315 y ss., especialmente págs. 317 y 318, indica que en los inicios del constitucionalismo alemán existían «Constituciones impuestas» (*oktroyierte Verfassungen*) –las menos, como la de Nassau de 1814 o la de Baviera de 1818– y «Constituciones consensuadas» (*vereinbarte Verfassungen*), según la relación entre el Monarca y los súbditos representados en los estamentos. Sea como sea, el sentido político sobre el que se sustentaban todas las Constituciones de los primeros pasos del constitucionalismo alemán es el de un «compromiso monárquico-liberal» (*monarchisch-liberalen Kompromiss*).

parlamentario, donde el eje del poder reside en el Parlamento[64]. De acuerdo con el principio monárquico, el poder se incardina en torno al Monarca, quien graciosamente renuncia a parte de él por medio de un texto constitucional y a favor de un Parlamento, que sería elegido democráticamente[65].

Tal concepción pseudo-autoritaria, a caballo entre los poderes absolutistas y parlamentarios –que será tildada de «cripto-absolutismo» (*Krypto-Absolutismus*) por HUBER[66]– irá dulcificándose a lo largo del siglo XIX en un «proceso de parlamentarización»[67], a través de distintos hitos como la experiencia francesa de 1830, la revolución de 1848 o la *non nata* Constitución de Frankfurt (Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1849 o *Paulskirchenverfassung*, por el lugar en el que proclamó)[68].

Con la Constitución Imperial de 1871 se abandona el principio monárquico como elemento legitimador del sistema[69]. A partir de este momento, las diferentes reformas democráticas acaecidas en el *Deutsches Reich* tenderán a ceder el poder sobre

[64] JESCH, D., *Ley y Administración*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978 (traducción de la edición alemana de 1961), págs. 96 y ss., indica que desde Julius STAHL (*Das monarchische Prinzip*, 1845), el principio monárquico se opone, no ya al principio democrático, sino más bien al principio parlamentario. *Vid*. también, HINTZE, *op*. *cit*., págs. 359 y ss., que se pronuncia en un sentido similar al indicar que «el sistema de gobierno monárquico-constitucional –en contraposición con el parlamentario– puede ser tildado como el sistema original pruso-alemán» (*eigenartige preussisch-deutsche System*). *Cfr*. con HEUN, *op*. *cit*., págs. 560 y ss.

[65] *Vid*. HANSEL, *op*. *cit*., pág. 8. El autor contrapone las Constituciones alemanas del siglo XIX con la Constitución belga de 1831, señalando que mientras en las primeras el texto se alzaba como una «mera limitación al poder del Rey», en Bélgica la Carta Magna se encuadraba como una «entrega del Derecho al Príncipe» (*Verlehihung von Rechten an den Fürsten*), entrega que, claro está, se producía por parte de la voluntad popular.

[66] HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*… (*cit*.), Vol. III, pág. 3. El autor abre este tercer volumen de su monumental obra señalando que «en el centro de la teoría constitucional del S. XIX se halla en la pregunta sobre la esencia de la Monarquía constitucional» añadiendo que estamos ante una característica forma híbrida (*eigentümliche Mischform*), que se eleva entre el pretérito absolutismo y el parlamentarismo naciente en la época: de ahí su nombre de «cripto-absolutismo», planteándolo como un modelo propio, genuino. *Vid*. también HINTZE, *op*. *et loc*. *cit*. *Cfr*. con HEUN, *op*. *cit*., pág. 581 y 582, que indica que «se debe sostener la tesis de que la monarquía constitucional del siglo XIX representa como sistema una forma de transición»; también, con BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Der Verfassungtyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* (*cit*. por HEUN, *op. et loc cit*.), que discute, aunque en un sentido distinto, el carácter propio del modelo germánico decimonónico como propio.

[67] HEUN, *op*. *cit*., págs. 577 a 580.

[68] Esta Constitución no sustentaba su legitimidad en el principio monárquico, sino en el de la soberanía popular, dado que el texto fue aprobado por el Parlamento y no por el Rey, siendo éste elegido por el anterior. La importancia del texto en la historia constitucional alemana es enorme, en tanto en cuanto aparece como el primer intento de crear un Imperio alemán moderno. Su artículo 1 señalaba que «[e]l Imperio Alemán comprende el área de la pretérita Confederación Germánica». Sobre la significación y desarrollo de esta Carta, *vid*. HUBER, E. R., *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. II: *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuutgart, 1960, especialmente los capítulos XII, «La lucha por la Constitución Imperial» (*Der Kampf um die Reichsverfassung*), págs. 767-841, y XIII, «El fracaso de la Constitución Imperial» (*Das Scheitern der Reichsverfassung*), págs. 842-884.

[69] HEUN, *op*. *cit*., pág. 578.

la Dieta Imperial, disminuyéndose, paulatinamente, ese poder, antes regio y ahora circunscrito en el *Kaiser*, y que, a la postre, era heredero de tal principio[70]. La manifestación de este proceso en el plano jurídico-positivo, no obstante, no tendrá lugar hasta la conocida Resolución parlamentarizadora del Monarca de 30 de septiembre de 1918, a la que le seguirá la reforma constitucional de 28 de octubre del mismo año[71].

La relación del principio monárquico con los reglamentos de necesidad durante el XIX alemán se hace evidente con una somera mirada a los textos constitucionales germánicos, habiéndose incluso llegado a afirmar que tal principio se correspondía con la potestad regia de dictarlos[72]. De este modo, las Constituciones del *Vormärz*, en las que la presencia de este principio era más acusada, reconocerían la potestad reglamentaria de emergencia a favor del Príncipe de un modo prácticamente omnímodo. Como bien ha señalado ÁLVAREZ GARCÍA, la necesidad, aquí, «constituye una 'cláusula de salvaguarda real', que permite al príncipe suspender los elementos democráticos que progresivamente se han ido introduciendo en las constituciones y en la vida política de los Estados Monárquicos (…) una cláusula de salvaguarda que permite una vuelta temporal a los esquemas absolutistas»[73].

Por el contrario, las Cartas promulgadas a mediados de siglo, en los que el principio monárquico había perdido potencia, establecerían muchas más cautelas a esta potestad extraordinaria del Monarca. Y, en fin, la entrada en vigor de la Constitución Imperial de 1871, en donde el aducido principio había quedado silenciado, coincide con la eliminación de una referencia a los reglamentos de necesidad *stricto sensu*[74].

---

[70] *Vid*. LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (*cit*.), pág. 276, donde señala que el *Reich* de BISMARCK era «un régimen fundamentalmente autoritario, aunque camuflado bajo una fachada de instituciones y técnicas democráticas» y, añade, que «el dominio del emperador permaneció autoritario hasta el final del Segundo Reich –es decir, hasta la derrota de 1918–, sin darse una efectiva participación de los destinatarios del poder en el proceso del poder mismo».

[71] HEUN, *op*. *cit*., pág. 82.

[72] ELLWEIN, *op*. *cit*., pág. 274, señalaba, en torno a la potestad reglamentaria de necesidad (*Notverordnungsrecht*) que «se correspondía con el principio monárquico y permitía al Soberano, en casos de necesidad, traer de nuevo para sí toda la capacidad legislativa» (*es entsprach dem monarchischen Prinzip un ermöglichte dem Herrscher, notfalls die gesamte Gesetzgebung an sich zu ziehen*).

[73] ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., pág. 96; *vid*. también HEGEL, *op*. *cit*., pág. 287, quien indica que «la majestad propia del monarca, como máxima subjetividad que decide, es elevada por encima de toda responsabilidad para los actos del gobierno».

[74] *Vid*. *infra*, el punto I.4 del presente capítulo. La relación entre los reglamentos de necesidad «generales» o «auténticos» y la pervivencia del principio monárquico es clara. A partir de este momento se desarrollarán en Alemania reglamentos de necesidad «especiales», dados por leyes de habilitación, como se verá en un punto posterior.

En este sentido, puede afirmarse que los reglamentos de necesidad beben de la doctrina del principio monárquico, debilitándose en su concepción pura a medida que éste languidece. La renovación del aducido principio –o al menos de sus fundamentos absolutistas– en la República de Weimar y, especialmente, a raíz de la caída de ésta, implicará un redescubrimiento de los reglamentos de necesidad, así como un reenfoque de su naturaleza, como se explicará más tarde.

iii).- LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LEY Y REGLAMENTO

Señalaba con acierto GALLEGO ANABITARTE que «como los alemanes habían consolidado un Estado nacional como Monarquía Constitucional (…) fue para ellos vital decidir qué significaba ley, esto es, cuales eran aquellas materias que indefectiblemente tenían que ser reguladas por ley, y no por el poder tradicional del Monarca. Tenía que descubrirse una 'materia reservada a la ley'. Fue un condicionamiento político: la lucha Parlamento-Rey, lo cual dio lugar a una de las más increíbles construcciones jurídicas: la de ley formal y ley material»[75].

Es así como la competencia del Legislativo en los Estados germánicos –consecuencia de la aplicación del principio monárquico– iba a configurarse de modo muy distinto al resto de los sistemas europeos de la época. Si en éstos las Cámaras tenían la capacidad de regular cualquier cuestión a través de la Ley, dado que ésta era expresión de la voluntad popular, en el sistema alemán su ámbito material de actuación quedaba delimitado a las materias relativas a la libertad y a la propiedad (*Freiheit und Eigentum*)[76].

[75] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 277.

[76] HEUN, *op. cit.*, pág. 570, indica que «el punto de partida teórico-constitucional de la distribución de competencias es el principio monárquico, que limita la participación de los Parlamentos a la mera cooperación». Es también claro MAYER, O., *Derecho Administrativo alemán*, Tomo I, 1ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949 (traducción al español de la edición de 1895), pág. 76, al afirmar que «el príncipe alemán es y permanece siendo completamente distinto del Jefe del Estado abstracto que existe en Francia. Entre nosotros, los alemanes, la idea de la soberanía del pueblo no ha llegado a ser el fundamento del edificio. En principio, todo poder del Estado permanece concentrado en la persona del príncipe. Lo único que aparece como nuevo es la representación nacional, agregada para que concurra a legislar y a votar los impuestos». Es de destacar que, tal cuestión, llegaba a sobreentender una competencia residual tácita a favor del Monarca, en lo que se llegó a tildar como «teoría de las lagunas», esto es, que, en caso de laguna en la Constitución en la distribución competencial, se ha de entender que es el Rey quien ha de actuar. *Vid*. JESCH, *op. cit.*, págs. 110 y ss.; también LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (*cit.*), págs. 348-349, quien ejemplifica esta cuestión en torno al conocido conflicto presupuestario acaecido bajo el imperio de la Constitución de Prusia de 1850, ya que ésta «no contenía ninguna disposición sobre lo que debería ocurrir cuando el presupuesto del gobierno no fuese aprobado por la Dieta. Cuando la Asamblea se negó a autorizar el presupuesto de rearme de Bismarck, éste superó

Este aserto implicaba una clara consecuencia práctica en las relaciones entre Ley y reglamento: tales fuentes normativas no se regirían en el modelo alemán por el principio de jerarquía, sino por el de competencia. Si en el resto de Europa, a través del concepto revolucionario del *règne de la loi*, el reglamento brotaba como un mero instrumento destinado a la ejecución de la Ley y fundamentado en ella, en Alemania el reglamento tendría un campo de aplicación propio, hasta cierto punto autónomo[77].

Tal delimitación se manifiesta con más fuerza en la primera mitad del siglo XIX alemán, en el periodo del *Vormärz*, llegando a discutirse, en torno a esta cuestión, si el Rey ostentaba una potestad reglamentaria autónoma (*königliches sebständiges Rechtsverordnungsgewalt*) en las monarquías alemanas, esto es, la facultad de emitir reglamentos sin existir una Ley previa que fundamentase su actuación[78].

No obstante, la nitidez de esta delimitación competencial entre Ley y Reglamento irá desapareciendo paulatinamente, sustituyéndose, cada vez más y de

la laguna constitucional recurriendo a la prerrogativa de la corona y continuó gobernando apoyado por el ejército, la policía y los funcionarios públicos…».

[77] SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 701, indica que «las Constituciones de las monarquías limitadas germánicas no aluden, por lo general, a la dualidad ley-reglamento: en cierta forma la presuponen (…) al contrario de lo que sucede en los países de sistema liberal, la distinción no es vertical, sino horizontal: ley y reglamento no son, pues, normas de distinto rango formal, enlazadas por una relación jerárquica, sino tipos normativos que operan en campos materiales distintos». Como bien indica el autor, las materias que podían ser reguladas por Ley se encuadraban tasadas por las diferentes Constituciones de la época, bien por sistema de lista, bien por medio de una referencia genérica a la noción de «Ley» o a las materias de libertad y propiedad, pero sin delimitarlas. Esto implicaba que –al contrario de lo que acaece en el derecho español, italiano o francés de la época– la Ley no lo puede todo, sino que su ámbito de actuación estaba limitado. *Vid*. también, JESCH, *Ley y Administración* (*cit*.), págs. 180 y ss., quien entiende que la delimitación entre Ley y reglamento en Alemania tiene su origen en la obra de Robert VON MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, de 1829, desarrollándose ulteriormente gracias a las aportaciones de Paul LABAND. *Vid*. también VON STEIN, *op. cit*., Vol. I, pág. 302, quien subraya que es a partir de 1848 cuando logra establecerse una delimitación correcta entre el reglamento y la Ley, gracias a la revolución de tal año.

[78] *Vid*. un resumen de la problemática en ELLWEIN, *op*. *cit*., págs. 152 y siguientes; en JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (*cit*.), págs. 371 y ss., quien recuerda que, ya desde STAHL, se deducía este derecho del Rey a dictar reglamentos del mismo principio monárquico; también en MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, Tomo I (*cit*.), pág. 165, especialmente la nota 5, donde encuadra como defensores de esta potestad reglamentaria autónoma a los integrantes de la llamada «Escuela Prusiana», como Rudolf VON GNEIST (*Verwaltungsrecht, Justiz, Rechtsweg*, 1ª ed., Verlag von Julius Springer, Berlín, 1869), Adolf ARNDT, (*Das Verordnungsrecht des Deutschen Reichs auf der Grundlage des Preussischen und unter Berücksichtigung des fremdländischen Verordnungsrecht*, 1ª ed., De Gruyter, Berlín, 1884, y también «Noch Einiges über das selbständige Verordnungsrecht», en *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 16, 1901, págs. 192 y ss.) a Conrad BORNHAK (*Preussisches Staatsrecht*, Tomo I, 1ª ed., Akademische verlagsbuchhandlung von J. B. C. Mohr, Tubinga, 1889) o, en fin, al propio JELLINEK,, *op*. *cit*., págs. 370 y ss. En contra, encontramos a Gerhard ANSCHÜTZ (*Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, 2ª ed., Akademische verlagsbuchhandlung von J. B. C. Mohr, Tubinga, 1901, págs. 1 y ss.), quien llegó incluso a entrar en polémica con ARNDT, o, también, a Otto MAYER (*op*. *et loc*. *cit*), que secunda a ANSCHÜTZ cuando éste tilda tales potestades regias de «tendencias pseudoabsolutistas». *Vid*. también, ya con cierta perspectiva histórica, JESCH, *op*. *cit*., págs. 190 y ss., especialmente la nota 223.

modo subrepticio, por la relación jerárquica entre una norma y otra, gracias a la imparable influencia de la teoría francesa de la potestad reglamentaria como habilitada por la Ley. Ello puede dilucidarse en los textos alemanes dictados tras la revolución alemana de 1848 –especialmente en la Constitución Imperial de 1871– y en la creación y consolidación –ya a finales de siglo– de la noción de «reserva de Ley» (*Geseztesvorbehalt*)[79], que irá extendiéndose por la vía interpretativa.

Como corolario a este reparto competencial se establecería, por la doctrina germana, la noción de «regla del derecho» (*Rechtssatz*), como cualidad de la norma que permite incidir sobre la libertad y la propiedad y que, *por ende*, sólo le corresponde en principio a la Ley[80]. Es esta idea la que permite a los alemanes disociar la función de la Ley y, sobre su base, distinguir después entre dos tipos de reglamentos.

En efecto, la noción de Ley se puede delimitar en sus dos caracteres esenciales: su vertiente «material» y su vertiente «formal». La vertiente «material» alude al contenido de la Ley, de carácter exclusivo a ella, a saber, libertad y propiedad, correspondiéndose por ello con la idea de «proposición jurídica». La vertiente «formal» es relativa a su forma de creación y emisión, esto es, a través del *iter* legislativo en las Cámaras[81][82].

[79] Concretamente en 1895, año en el que se publica la obra de Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán* (*Deutsches Verwaltungsrecht*), con una clara influencia francesa. La doctrina de la reserva de ley (*Gesetzesvorbehalt*) estaba ya presente desde años antes, encontrándose referencias incluso en la Constitución de Baviera de 1818 (Título VIII, parágrafo 2), si bien su reducción a tal expresión se inicia con el autor. *Vid*. MAYER, *op. cit*., Tomo I, págs. 97 y siguientes, donde indica que «sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la Ley. Nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del ejecutivo –existente para esos objetos especialmente señalados– *la reserva de la ley*» (el subrayado es del autor), añadiendo además que esta noción se confundía muchas veces con la de «preferencia de la Ley».

[80] BAÑO LEÓN, J. M.ª., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 27, indica que, aunque «todo el andamiaje dogmático alemán está montado sobre el concepto de regla del derecho (*Rechtssatz*)», como cualidad de la norma que sólo se atribuye a la Ley (material), «contemporáneamente, este concepto es insostenible porque sabemos hace tiempo que la ley no responde a un concepto material sino meramente formal (ley como voluntad expresada mediante un procedimiento especial y solemne)».

[81] JESCH, *op. cit*., págs. 13 y ss., estudia el concepto en la doctrina alemana, y señala que «por ley en sentido formal debe entenderse todo acto parlamentario revestido de la forma de la ley, sin consideración a su contenido». *Vid*. también, en este sentido JELLINEK, *op. cit*., págs. 231 y ss.

[82] El origen de esta delimitación entre Ley material y Ley formal se encuentra en LABAND, P., *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussichen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, 1ª ed., Verlag von J. Guttentag, Berlín, 1871, obra que escribe el autor como consecuencia de la conocida problemática entre BISMARCK y el *Reichtag*, a la que antes hemos aludido, en el que el último órgano se negaba a aprobar los presupuestos. Una delimitación más nítida la encontramos en una obra posterior del mismo autor, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. II, 1ª ed., Scientia Verlag Aalen, Tubinga, 1964 (reimpresión de la 5ª ed. de 1911, habiendo sido

Esta noción de «Ley material» –*Rechtssatz*– permite a su vez distinguir entre dos tipos de reglamentos. Por un lado, los «reglamentos administrativos» (*Verwaltungsverordnungen*), cuyo contenido normativo quedaría relegado a la esfera administrativo-organizativa –la cual, recordemos, no precisaba de intervención parlamentaria– y no permitía por esta vía imponer normas relativas a la propiedad o libertad en la esfera jurídica de los administrados[83]. Y, por otro lado, los «reglamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*), que ostentarían esa específica *Rechtssatz*, ese contenido de Derecho reservado a la Ley, o facultad de intervenir sobre la propiedad y la libertad[84]. Así, tales «reglamentos jurídicos» se concebirían como «Ley material»[85], en sentido similar a las normas emanadas del Parlamento (las cuales, por su modo de creación, ostentarían también el adjetivo de «Ley formal»)[86].

Esta creación doctrinal, señala JESCH, se establece por la falta de un catálogo de derechos, a favor de los ciudadanos, en los textos constitucionales alemanes del siglo XIX. Es, a través de la Ley, como tales derechos –reconducibles en todo caso a la libertad o a la propiedad– quedaban salvaguardados respecto a una intervención por parte del Monarca que, en todo caso y como hemos visto, precisaría para ello de una

publicada la primera edición de este segundo tomo en 1877), págs. 1 a 22, 61 a 68, y, en fin, 85 y ss. *Vid*. también, además de toda la bibliografía señalada, especialmente, el clásico de HAENEL, A., *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, 2ª ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968 (reimpresión de la 1ª ed. de 1888), en el que hace un resumen de la problemática y una crítica a la misma. *Cfr*. todo lo anterior con MAYER, *op*. *cit*., Tomo I, págs. 95 y ss., en donde se rechaza esta delimitación entre Ley formal y material. *Vid*. también, además de las obras alemanas indicadas, un resumen de eta doctrina en español en BAÑO LEÓN, *op*. *cit*., págs. 45 y ss., así como en JESCH, *op*. *cit*., págs. 13 y ss. y págs. 180 y ss. Especialmente esclarecedor es GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., págs. 139 y ss., destacando la nota 7, donde realiza un magnífico análisis de la evolución del doble concepto de Ley y de su incidencia en Francia y España.

[83] Ello se entiende en el sentido genérico, dentro de lo que se denomina las «relaciones generales de sujeción», si bien sí se permite, de acuerdo con la teoría germánica, imponer normas de esta índole sin habilitación legal previa en el seno de «relaciones especiales de sujeción» (*besonderes Gewaltverhältins*), en su original teorización de raíz germánica, aunque después recogida en nuestro país. *Vid*. al efecto, las referencias bibliográficas indicadas en el punto III.2 del capítulo tercero de la segunda parte de esta obra.

[84] Sobre esto, son clásicas las explicaciones de JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (*cit*.), págs. 384 y ss., y de LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (*cit*.), Vol II, págs. 87 y ss.

[85] *Vid*. JELLINEK, *op*. *cit*., pág. 385, define la figura al indicar que «el reglamento jurídico es una Ley material (*ein materielles Gesetz)* que aparece en la forma de reglamento», añadiendo que un claro ejemplo es el del reglamento de policía (*Polizeiverordnung*).

[86] La existencia de los reglamentos jurídicos se justificaría por la doctrina de la época en una suerte de delegación. Así, la Ley, única capaz de incidir sobre la esfera de la libertad y de la propiedad, establecía en sus disposiciones una cláusula de habilitación a favor del Ejecutivo para que, a través de reglamentos, incidiese en tal contenido jurídico. Los autores decimonónicos preferirían la expresión de «delegación» (*Delegation*), siendo ésta sustituida en el siglo XX por la de «habilitación» (*Ermächtigung*). *Vid*. al efecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2006, pág. 106 y ss. *Cfr*. con JELLINEK, *op. cit*., págs. 366 y ss., y con LABAND, *op*. *cit*., Vol II., págs. 85 y ss.

previa Ley habilitante por parte de las Cámaras[87]. En palabras suyas: «la Ley no es, pues, a este respecto causa, sino sólo límite de la actividad del Ejecutivo»[88].

De todo ello se dilucida que la posición de los reglamentos de necesidad en el sistema de fuentes era ciertamente peculiar, no pudiendo ser extrapolado su carácter a la significación que ello tendría hoy día. Cuando VON STEIN, en 1865, realiza su diferenciación entre reglamentos ejecutivos, autónomos y de necesidad lo hace en este contexto constitucional y bajo este sistema de fuentes. El reglamento de necesidad no se entendía en términos de jerarquía normativa. El *Notverordnung* entraba, meramente, a regular materias que, en condiciones normales, eran *competencia* del Parlamento, pero que, por cuestiones excepcionales y de modo transitorio, el Monarca quedaba habilitado para actuar en tal esfera sin necesidad de acudir al Legislativo[89].

La Ley, *por ende*, era sólo una envoltura, una forma necesaria para el desarrollo de aquellas actuaciones que supusiesen una intervención (*Eingriff*) en la libertad y a la propiedad (*Freiheit und Eigentum*), no concibiéndose, como en el Derecho latino, como expresión de la voluntad popular: en ella no residía el poder soberano, sino que éste estaba reservado al Monarca. De este modo, en casos excepcionales, las formalidades aducidas para desarrollar normas que afectaren al ámbito de la Ley eran prescindibles: podían volatilizarse, habilitando al Príncipe a actuar directamente, y por medio de reglamentos, en las esferas «reservadas» a la Ley.

La evolución del sistema constitucional decimonónico alemán hacia derroteros más democráticos implicará, paulatinamente, una revisión de la doctrina aducida. Por eso, desde finales de siglo, se pone en duda la presencia de una potestad reglamentaria –jurídica– de carácter autónomo a favor del Monarca y, a la postre, la idea misma de los

[87] JESCH, *Ley y Administración* (*cit.*), pág. 165, indica que «la reserva legal representa en la Monarquía constitucional la abstracción racional de la idea iusnaturalista de los derechos humanos en su interacción con el concepto democrático de la ley. A la sociedad le importaba asegurar una esfera propia frente al Estado y su control, posibilitada gracias a una participación en la legislación».

[88] JESCH, *op. cit.*, pág. 191.

[89] Es preciso subrayar que el poder, incluido el normativo, residía en el Monarca. El hecho de que las Cámaras tuviesen delimitado un ámbito de actuación propio no implica que éstas pudiesen actuar por sí mismas de modo autónomo, puesto que las leyes también se emitían gracias a la participación del Rey de acuerdo con su sanción y promulgación. En palabas de VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 148, «[e]l organismo al cual hemos denominado Monarquía, y el Rey que se encuadra como su cabeza, aparece, en términos generales, no meramente como la cúspide del Poder Ejecutivo, sino también como la del Poder Legislativo». Al efecto, *vid*. RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, especialmente las págs. 108 y ss., alude a la cuestión de la sanción en la doctrina germánica del XIX, y las págs. 139 y ss., donde estudia el problema de la promulgación en la misma etapa.

reglamentos de necesidad en su sentido originario, lo que no será óbice para que, ya a la luz de la Constitución Imperial de 1871, se permitan actuaciones por parte del Ejecutivo en sentido similar, aunque previamente habilitadas a través de una norma legal[90].

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD MONÁRQUICO

La cuestión del encaje del reglamento de necesidad en alguna de las categorías jurídicas existentes será un tema clave en la doctrina germánica en el periodo que abarca desde principios del siglo XIX hasta la promulgación de la Constitución de Weimar. Su estudio merece un especial detenimiento, en tanto en cuanto estas disquisiciones teóricas pueden ser útiles hoy día para comprender la naturaleza de esta figura en nuestro ordenamiento vigente. En su configuración juega, efectivamente, un importante papel la relación que este *Notverordnung* tenga en las dos formas clásicas de manifestación de la voluntad del Estado en la época: Ley y reglamento. En efecto, dada la potencia y la fuerza jurídica desbordante del reglamento de necesidad, no será fácil reconducir la figura a una de las dos categorías clásicas.

La falta de claridad respecto a los límites entre una norma y otra, en la primera fase del constitucionalismo alemán decimonónico, hará que los primeros autores que analicen los preceptos insertos en los textos constitucionales –como ZOEPFL[91] o VON HELD[92]– directamente entendiesen que el Monarca poseía la potestad para dictar una

[90] MAYER, *op. cit*., Tomo I., pág. 112. Al respecto, indica el autor, la Ley, a veces, puede no decidir nada, sino meramente otorgar «a la administración una autoridad para proveer, con respecto a cierto objeto, o a determinado grupo de asuntos, lo que le parezca necesario y conveniente al interés público que se confía», lo que tiene lugar «cuando se trata de la esfera reservada a la Ley», aludiendo al artículo 10 de la Ley de Alsacia-Lorena de 30 de diciembre de 1871, que autorizaba al Presidente para «tomar todas las medidas que él juzgue necesarias» para el mantenimiento del orden público, precepto que MAYER tilda de «párrafo de la dictadura» y celebra su ulterior desaparición.

[91] ZOEPFL, H., *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrecht*, Vol. II, 5ª ed., C. F. Winter'sche Verlagshandlung, Leipzig y Heildelberg, 1863, págs. 525 y ss., definiéndolas como si se tratase de un reglamento de necesidad, al indicar que «bajo la rúbrica de Leyes provisorias (*provisorische Gesetze*) se entiende, en la Monarquía representativa, aquellos reglamentos soberanos generales, que, respecto a la necesidad de las circunstancias dadas en cierto momento, y cuando los estamentos no pueden reunirse, son dictados excepcionalmente (unilateralmente) sobre determinadas materias que, comúnmente y de acuerdo a la Constitución, sólo podrían ser reguladas formalmente, con el consentimiento estamental, a través de una Ley».

[92] VON HELD, J., *System des Verfassungsrechts der monarchisen Staaten Deutschlands: mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus*, Vol. II, 1ª ed., Verlag der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung, Wurzburgo, 1865, pág. 86 y 87, quien, citando a ZOEPFL en la nota 3, indica que el Monarca ostenta el Derecho de reinar (*Regentenrecht*), y, respectivamente, su obligación de hacerlo (*Regentenpflicht*); de ahí que si el *iter* común de la legislación es el acuerdo (*Vereinbarung*) entre el Monarca y las Cámaras, y éstas no pueden actuar, el Rey haya de actuar incluso unilateralmente. Su actuación tiene así «fuerza de Ley provisional» (*vorläufige Gesetzeskraft*), quedando su permanencia en el ordenamiento jurídico supeditada a una decisión parlamentaria ulterior. Así, prosigue el autor, hay Constituciones que prevén una «autorización o potestad para legislar» (*Gesetzgebungsbefugnis*) a favor del Monarca en tales casos,

«Ley provisional» (*provisorisches Gesetz*), en casos de necesidad, cuya eficacia se desvanece una vez finalizada la situación que le dio lugar[93].

La crítica que vierte el propio VON STEIN a esta posición será clara: «no hay leyes provisorias, sin importar si las Constituciones hablan o no de las mismas, sino sólo reglamentos de necesidad; ya que no existe Ley alguna sin el consentimiento de la representación popular»[94]. Y es que, como explica el propio autor, los defensores de esta posición parten de un concepto de Ley poco claro, precisamente porque todavía en Alemania no se había terminado de establecer una nítida delimitación entre aquélla y el mismo reglamento[95].

En un momento posterior, algunos juristas defenderían que la fuerza, la eficacia de este tipo de reglamento, se identificaba con la misma que posee la Ley, si bien teniendo un carácter meramente provisional y claudicante. Es por ello que –como dice HANSEL– gran parte de la doctrina hablaría, en sentido amplio, de una «manifestación de la voluntad estatal con fuerza de Ley condicional y resolutiva»[96]. En términos generales, se entendía que estábamos ante una «forma irregular de legislación estatal» (*unregelmässigen staatslichen Gesetzgegebung*)[97], si bien con qué tipo de normación estatal había de identificarse era cuestión más compleja: se hablaba de «casi de reglamento» (*bald von Verordnung*; *Quasiverordnung*); «casi de Ley» (*bald von Gesetz*; *Quasigesetz*); o de «casi de reglamento con fuerza de Ley» (*bald von Verordnung mit Gesetzeskraft*).

Tras la revolución de marzo –asumida la delimitación Ley-reglamento– la doctrina iuspublicista alemana se decantará por tildar de «reglamentos» a estas figuras,

lo que le permite afirmar que tales actuaciones «son denominadas Leyes provisionales» (*werden sie wohl auch 'provisorische Gesezte' gennant*).

[93] Algunos Estados alemanes del siglo XIX reconocían la potestad del Monarca de emitir, no ya reglamentos de necesidad, sino directamente Leyes de emergencia para afrontar situaciones excepcionales. *Vid*. JESCH, *op. cit*., pág. 188, que cita al respecto, y entre otros, el artículo 61 de la Constitución de Sajonia-Weimar-Eisenach, el 39 de la de Schwarzburg-Sonderhausen de 1857 o la Ley de Lippe de 8 de diciembre de 1867.

[94] VON STEIN, *op. cit*, Vol. I, pág. 165.

[95] VON STEIN, *op. et loc. cit*. Téngase en cuenta que las obras señaladas fueron publicadas en las décadas de 1850 y 1860.

[96] Así, WIELANDT, F., *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Baden*, 1895; o, también, VON RÖNNE, L., *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 4ª ed., en cuatro tomos, 1881 (*cit.* por HANSEL, *op. et. loc. cit*., nota 1). *Vid*. también VON STEIN, *op. cit*., Vol. I, pág. 165, quien, tras criticar la doctrina de las «Leyes provisorias» señala –estudiando el problema de los reglamentos de necesidad– que «también hay reglamentos con fuerza de Ley (*Verordnungen mit gesetzlicher Kraft)* que se entenderían como válidos incluso aunque contraríen las Leyes».

[97] HANSEL, *op. cit*., pág. 58.

ya no sólo por el hecho de que sendas Constituciones utilizasen tal terminología, sino por ser éstos la expresión de la potestad normativa tradicional del Monarca, ahora contrapuesta a la del Parlamento de modo más claro. Uno de los primeros en utilizar esta denominación será el propio VON STEIN, al aludir a su tradicional clasificación tripartita.

Dentro de los reglamentos de necesidad distinguiría el jurista prusiano también entre aquellos emanados del Monarca, en calidad de Jefe del Estado y sobre la base de los preceptos constitucionales habilitantes, a los que llama «reglamentos de necesidad auténticos» (*eigentliche Notverordnungen*), y, por otro lado, los dictados desde el poder gubernamental, ministerial. La diferencia entre unos y otros es, para el autor, clara: el reglamento de necesidad monárquico «no comprende meramente la potestad legislativa (*gesetzliche Recht*) de un Ministerio, sino la de toda la Administración», puesto que estamos ante un reglamento dictado por el Jefe del Estado (*Staatsoberhaupt*). El reglamento de necesidad ministerial disfrutaría, por el contrario, de un ámbito de actuación más limitado, pudiendo incidir únicamente sobre las Leyes relativas a su departamento[98].

Además, mientras el reglamento de necesidad del Monarca tenía el poder de levantar o suspender las Leyes (*aufheben*) durante el tiempo que dure la situación excepcional[99], los ministeriales –del Gobierno– únicamente podían limitar la aplicación de la Ley, pero nunca levantarla o suspenderla (*darf die Verordnung das Gesetz deshalb nie aufheben*), también sólo por el tiempo que dure la necesidad. La Ley, en este último caso, no precisaba entonces de un restablecimiento, sino que se aplicaba de nuevo tan pronto como hubiese pasado la situación excepcional[100].

Unos años más tarde, las aportaciones de Paul LABAND relativas a las nociones de «proposición jurídica» y de «Ley» en sentido formal y material, darán un impulso definitivo a la doctrina de los reglamentos de necesidad[101]. Si los reglamentos de

[98] VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 166, añadiendo que, al estar ante un reglamento emanado del Monarca, se han de tener en cuenta los demás elementos que circundan a toda actuación real (ej. la irresponsabilidad del Monarca; la exigencia de contrafirma y refrendo; etc.), lo que no ocurre con los reglamentos de necesidad ministeriales. *Vid*. también las págs. 307 y ss. de la obra, donde VON STEIN indica los requisitos para poder emitir los reglamentos de necesidad ministeriales.
[99] VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 163.
[100] VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 307.
[101] Como hemos visto, la primera obra, de carácter presupuestario, data de 1871, siendo su *Staatsrecht des Deutschen Reiches* de finales de tal década. No en vano ha señalado MENZEL que es a LABAND a quien le corresponde el mérito de haber logrado dilucidar «con habitual maestría» los «fundamentos dogmáticos»

necesidad, claramente, tenían un contenido material de Ley, habían de entenderse como reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*)[102]. En efecto, el autor distingue, ya dentro de los reglamentos jurídicos, entre «reglamentos con fuerza de Ley interina» (*Verordnungen mit interimistischer Gesetzeskraft*) y «reglamentos de ejecución» (*Ausführungsverordnungen*), que terminan de completar lo señalado por una Ley. Encuadra bajo la primera categoría a los reglamentos de necesidad, puesto que, entiende, éstos ostentan preceptos jurídicos, sancionados para suspender o abrogar leyes; aunque únicamente por cuestiones excepcionales, de modo transitorio y siendo su fuerza de Ley «condicional y resolutiva»[103].

Ahora bien, a renglón seguido, y una vez analizados este tipo de reglamentos –los cuales, recordemos, coinciden con lo que se entiende como «Ley en sentido material» (*Gesetz im materiellen Sinn*)–, alude el autor a otro tipo de reglamentos jurídicos que se sustentarían no ya en una Ley, sino en la propia Constitución, siendo por ello «reglamentos con fuerza de Ley formal» (*Verordnungen mit (formeller) Gesetzeskraft)*. Bajo esta categoría incluye a los reglamentos (de necesidad) reconocidos en la Constitución Prusiana en el artículo 63 a los que enseguida aludiremos[104].

Desde otro prisma, un importante sector doctrinal, en el que se encuentra el propio JELLINEK, sostendría que –más que reglamentos con fuerza de Ley– ha de hablarse de reglamentos *stricto sensu*, aunque habilitados para poder incidir sobre las Leyes. Es por ello que el autor prefiere utilizar la denominación de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), ya que su función es la de «sustituir» (*ersetzen*) a la Ley formal, es decir, actuar en su lugar[105]. Esto se explica de la siguiente forma: la Ley no puede prever todas las situaciones posibles, especialmente en los casos de necesidad, de ahí que la norma legal habilite en favor del Ejecutivo un

(*die dogmatische Grundlage*) relativos a la naturaleza jurídica del reglamento de necesidad. *Vid*. MENZEL, *op. cit.*, pág. 369.

[102] LABAND, *op. cit.*, Vol. II, Págs. 87 y ss.; también JELLINEK, *op. cit.*, págs. 376 a 378. *Cfr*. HANSEL, *op. cit.*, pág. 60, que indica que el reglamento de necesidad se sitúa de modo asistemático al lado del reglamento y de la Ley, o en su caso se coloca entre ambos, actuando de modo análogo a ambas figuras dependiendo del momento concreto.

[103] LABAND, *op. et loc. cit.*

[104] LABAND, *op. cit.*, Vol. II, pág. 89. *Cfr*. HANSEL, *op. cit.*, págs. 26 y 27.

[105] JELLINEK, *op. cit.*, págs. 376 a 378. Utiliza también esta denominación HAENEL, *Das Gesetz im formellen…* (*cit.*), págs. 278 y ss. (de acuerdo con la numeración de 1888), explicando su fuerza normativa, similar a la de la Ley, como consecuencia de una habilitación (*Ermächtigung*) por parte de una Ley formal o de la misma Constitución. Tengamos en cuenta que ambas obras son de finales de la década de 1880, esto es, posteriores a las de LABAND. Esta terminología hará suerte posteriormente en Alemania, manteniéndose hasta la actualidad. *Vid.*, también, BAÑO LEÓN, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

ámbito de actuación determinado para que éste desarrolle, vía reglamentaria, actuaciones que, de otro modo, le corresponderían a la Ley. Por eso se dice que estos reglamentos «representan» a la Ley que les habilita, pudiendo regular tanto reglas del derecho (*Rechtssätzen*) como cuestiones administrativas[106].

Como se ve, todos estos autores llegaban a la conclusión de que los reglamentos de necesidad ostentaban «fuerza de Ley», al menos provisoria, cuestión que era además secundada por textos constitucionales de gran importancia, como el prusiano.

No obstante, y pese a lo señalado, es de destacar la terminología empleada por HANSEL para este tipo de normas. En efecto, el autor señala que, más que ante una «fuerza de Ley formal» –dada por su identificación con una «manifestación de la voluntad estatal» con tal potencia, o por entenderse como «Ley provisional» o «representación de la Ley»– el reglamento de necesidad, más bien, presentaría una «fuerza similar a la de la Ley» (*gesetzesähnliche Kraft der Notverordnung*)[107], que no puede confundirse con la «fuerza de Ley» *stricto sensu*. Es decir, que la eficacia de este tipo de reglamentos termina en su posibilidad de poder suspender leyes anteriores a él y que con él se contradigan, sin alterar su significado formal y durante un lapso de tiempo tasado (mientras perviva la situación excepcional que les habilitó).

De ahí que, para el autor, no quepa hablar del reglamento de necesidad como «legislación provisional» –concepto que lleva intrínseco la fuerza de la legislación– ni tampoco de «fuerza de Ley», puesto que su actuación no modifica en el ordenamiento jurídico preexistente de modo definitivo. No tiene capacidad de derogar otra Ley anterior, sino únicamente de suspenderla. Y eso es precisamente lo que distingue la fuerza jurídica del reglamento de necesidad de la fuerza jurídica que emana de las Leyes. En otras palabras, al *Notverordnung* le falta «toda la fuerza derogatoria de la Ley» (*die volle derogatorische Kraft des Gesetzes fehlt*), siendo por ello más acertada la expresión de «fuerza similar a la de la Ley» que la de «fuerza de Ley formal»[108]; ya que, en efecto, el reglamento de necesidad no tiene potencia para «matar» (*töten*) otras

[106] JELLINEK, *op. cit*., pág. 378. Dice el autor que pueden por ello ser materialmente tanto reglamentos jurídicos como reglamentos administrativos (*sie kann materiell entweder Rechts- oder Verwaltungsverordnung sein*). Es importante destacar que el autor, aunque habla de fuerza de Ley, resalta su provisionalidad y condicionalidad.
[107] HANSEL, *op. cit*., pág. 26.
[108] HANSEL, *op. cit*., pág. 27.

Leyes, sino que meramente tiene capacidad para «aturdirlas» o «anestesiarlas» (*betäuben*)[109].

Ahora bien, ello no implica que no pueda dotarse al reglamento de necesidad de tal «fuerza de Ley»: las Cámaras, únicas legitimadas para desarrollar actuaciones con tal fuerza, pueden investir a los reglamentos de necesidad de aquélla. A través del Parlamento este tipo de reglamentos –podrían hipotéticamente– ostentar una fuerza legal plena, permanente y derogatoria. No obstante, en tales casos, el reglamento de necesidad *per se* desaparecería, ya que se ha desvanecido uno de sus caracteres esenciales: la irregularidad (y con ella su denominación de *Notverordnung*). La norma resultante de la intervención de las Cámaras no sería entonces un reglamento de necesidad, sino una manifestación común, regular, de la voluntad estatal, pero que, en esencia, no puede ser tampoco encuadrado como una Ley, ya que, como dice LABAND, su naturaleza no muta de una a otra figura[110].

La norma legal, sucesora del reglamento de necesidad (*der gesetzliche Nachfolger der Notverordnung*) –sea lo que sea ésta– se hallaría investida de todos los atributos de la fuerza de Ley, tanto en su vertiente activa, entendida como su capacidad para derogar otras normas de tal rango, como en la pasiva, esto es, el hecho de que sólo puede ser modificada o derogada por normas que ostenten su carácter[111].

En definitiva, el tema de la naturaleza jurídica del *Notverordnung* fue objeto de viva discusión durante todo el siglo XIX y principios del XX. Su posición en el sistema de fuentes no terminaba de encajar en las categorías tradicionales de Ley y reglamento, lo que forzó a la doctrina de la época a realizar un esfuerzo interpretativo que eclosionó en una interesante miríada de reflexiones conceptuales de una claridad teórica

[109] HANSEL, *op. cit*., págs. 51 y 52, siendo consecuencia, dice el autor, de que el Derecho no prevea la figura del «homicidio temporal» (*zeitweilige Tötung*).

[110] LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, 1ª ed., Scientia Verlag Aalen, Tubinga, 1964 (reimpresión de la 5ª ed. de 1911), pág. 303, señala que ni siquiera se termina por publicar como una Ley, ya que la publicación del reglamento se realizaría de modo separado a la de la resolución del Parlamento imperial (*Resolution des Reichstages*), donde se contiene el consentimiento de la Cámara, quedando únicamente constancia en el Boletín Oficial del *Reich* (*Reichsgesetzblatt*) de que tal consentimiento se ha dado.

[111] HANSEL, *op. cit*., pág. 58. Por otro lado, señala también el autor, que si las Cámaras, al pronunciarse sobre el reglamento de necesidad, establecieren en él modificaciones, su naturaleza mutaría, pasando entonces a ser un proyecto de Ley (*Gesetzentwurf*), que quedaría sujeto a los requisitos que, en cada caso, se exijan para su desarrollo en el *iter* legislativo (pág. 50), cuestión que también señala LABAND, *op. cit.*, Vol. I, pág. 303, especialmente la nota 1, al indicar que el consentimiento de las Cámaras sobre el reglamento de necesidad ha de ser puro, puesto que si el consentimiento se da añadiendo cambios a la norma ello equivale al rechazo (*Verwerfung*) de la misma, vinculando con la relación de un nuevo proyecto de ley.

encomiable. Reflexiones que –aunque sin especiales repercusiones prácticas entonces– tendrán una importancia sustancial en el ulterior desarrollo de la figura que nos ocupa.

3.- EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN LAS CARTAS CONSTITUCIONALES ALEMANAS DECIMONÓNICAS

Sólo habiendo analizado el origen remoto, los fundamentos político-teóricos y, en fin, la discusión doctrinal en torno a los reglamentos de necesidad en el contexto decimonónico alemán, puede atenderse a los textos constitucionales positivos de la época, analizando su encuadre, sus requisitos y sus límites.

A).- EL RECONOCIMIENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE NECESIDAD

Las distintas Constituciones decimonónicas alemanas reconocerán la presencia de los reglamentos de necesidad, si bien su encaje constitucional tiene mucho que ver con la evolución de este principio monárquico que antes hemos visto[112]. Siguiendo a VON STEIN, se pueden distinguir tres hornadas de Constituciones en el siglo XIX, que establecerán una diferente configuración del poder reglamentario de necesidad[113].

Un primer grupo de textos fundamentales, dictados tras el Acta de Viena de 1815 y antes de 1830, influidos por la Constitución francesa de 1814[114], reconocerán esta potestad regia de modo amplio, sujeto a escasas cautelas: en ellas sólo se precisaba que este poder normativo se recogiese por la Constitución, a través de una cláusula general de habilitación; cláusula que, indica el autor, aparecerá en sendas Constituciones bajo la rúbrica de «garantía de la Constitución» (*Gewähr der Verfassung*)[115]. En este grupo de textos encontramos la Constitución de Baden de 1818[116], la de Württemberg de 1819[117], o la de Hesse de 1820[118], modificada por medio

[112] Además de todas las Constituciones que aquí –por importancia– se van a analizar se ha de advertir que esta potestad se reconoció también en otras, así la de Waldeck de 1852, parágrafo 7; la de Oldemburg, artículo 137; o la de Reuss, tronco mayor, parágrafo 67. *Vid*. JESCH, *op*. *cit*., pág. 188.
[113] VON STEIN, *op*. *cit*., Vol I, págs. 161 y ss.
[114]Así lo afirma HANSEL, *op. cit.*, pág. 5. Como hemos visto, es este texto francés el que recoge en la Europa constitucional la idea del reglamento de necesidad como competencia del Monarca.
[115] VON STEIN, *op. et loc. cit.*
[116] El artículo 66 señalaba que el Gran Duque (*Grossherzog*) confirma y promulga las Leyes, dictando para su necesaria ejecución y aplicación las requeridas órdenes, reglamentos y reglamentos generales (*nöthingen Verfügungen, Reglements und allgemeinen Verordnungen*), pudiendo dictar también éstos para «la seguridad del Estado» (*für die Sicherheits des Staats*). *Vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. I., pág. 337, quien dice que en este precepto se establece un «Derecho de necesidad soberano» (*ein landesherrliches Notrecht*), siendo, para el autor, el único precepto constitucional de la época que preveía esta cuestión de modo explícito.

de Ley en 1862[119]. También se ha querido ver esta potestad en la Constitución de Baviera de 26 de mayo de 1818[120].

El segundo grupo de Constituciones alemanas surge inspirado por la experiencia francesa de 1830[121], estableciéndose mayores limitaciones al uso de esta potestad regia para casos de necesidad. Se explicita ahora la exigencia de que estemos ante «casos imperiosos» (*dringende Fälle*), estableciéndose ciertos preceptos intangibles por el mismo reglamento de necesidad. Aquí encontramos textos como el de Sächsen-Altemburg de 1831[122], la Carta de Kurhessen[123] del mismo año, la Constitución de Braunschweig de 1832, o, en fin, el texto de Hannover de 1840[124].

[117] Su artículo 89 señalaría explícitamente que «[e]l Rey ostenta el derecho, sin colaboración de los Estamentos, de adoptar los reglamentos y órganos necesarios para la ejecución y aplicación de la Ley y en casos urgentes disponer lo necesario para la seguridad del Estado (*in dringenden Fällen zur Sicherheit des Staates das Nöthige vorzukehren*)».

[118] El artículo 73 atribuía al Gran Duque esa misma competencia que el texto de Württemberg otorgaba al Rey de «en casos urgentes disponer lo necesario para la seguridad del Estado» (*in dringenden Fällen das Nöthige zur Sicherheit des Staats vorzukehren*)en una dicción prácticamente idéntica.

[119] *Vid*. al respecto, HUBER, *op*. *cit*., Vol. I, pág. 338. La Ley de 15 de julio de 1862 obligaba al Gran Duque a presentar ante las Cámaras el reglamento de necesidad cuando debiera mantener su eficacia durante más de un año en el tiempo para que éstas otorgaran su consentimiento al mismo o lo anularan.

[120] Así lo afirma ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., pág. 94, nota 114, quien incluso alude a la Ley bávara de 1871 que incidiría también en esta materia. *Cfr*. con ZOEPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrecht* (*cit.*), pág. 525, para quien los bávaros no reconocieron explícitamente esta cuestión, sino que se sobreentendía de su texto. Indica el autor que «esta [potestad] estaba tan ampliamente reconocida que muchas Constituciones de antes de 1848, como por ejemplo la bávara, ni siquiera consideraron necesario indicar explícitamente esta potestad de la Corona (*es gar nicht für nötig erachteten, diese Befugniss der Krone ausdrücklich zu erwähnen*)».

[121] El uso de estas *ordonnances* de 26 de julio de 1830 por parte de CARLOS X llevará a la redacción de una nueva Constitución en 1830, la cual establecería ya precisos límites al Monarca en el ejercicio de esta potestad excepcional, el antiguo artículo 14 pasaba a ser el 13 con la siguiente refacción: *[l]e roi (…) fait les réglements et nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution*. El inciso final –«sin poder jamás suspender las Leyes ni dispensar de su ejecución»– deja clara la intención de la reforma.

[122] El artículo 88, párrafo primero, de este texto indicaba que «el Rey dicta también aquellos reglamentos, que por su naturaleza requerirían del consentimiento de los Estamentos, pero que por necesidad del bien común son urgentemente emitidos (*aber durch das Staatswohl dringend gebotene Verordnungen)*, y cuya finalidad transitoria habría quedado frustrada por el retraso en su emisión, quedando exceptuada su utilización para realizar modificaciones en la Constitución o en la Ley electoral». El apartado segundo del precepto añadía otras cautelas, a saber, el refrendo ministerial y la necesidad de que estos reglamentos se presentasen en la próxima sesión ante el Parlamento.

[123] El artículo 95.2 habilitaba al Ministerio del Estado (*Staatsministerium*) para dictar reglamentos excepcionales, sólo para cuando no estuviesen reunidos los representantes populares, y en casos necesarios «para la seguridad del Estado o para la conservación del orden público seriamente amenazado» (*zur Sicherheit des Staates oder zur Erhaltung der ernstlich bedroheten öffentliches Ordnung*).

[124] El parágrafo 122 habilitaba para dictar «órdenes legales» (*gesetzliche Verfügungen*) al Rey, las cuales provendrían de él sin colaboración parlamentaria (*gehen vom Könige allein aus*), y para casos excepcionales en los que medie la protección del bien común (*Staatswohl*), la seguridad del Estado (*die Sicherheit des Landes*) o una seria amenaza al ordenamiento (*die Erhaltung der ernstlich bedroheten Ordnung*).

El tercer grupo de Cartas constitucionales estará fuertemente influido por la revolución alemana de 1848, y, por ello, los nuevos textos incluirían diferentes precauciones que tasarían esta potestad. Destacan en este punto la Constitución Prusiana de 1850 –y su conocido artículo 63)– o la Constitución de Elsass-Lothringen (Alsacia y Lorena) de 1873.

B).- REQUISITOS Y LÍMITES DE LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD MONÁRQUICOS

En el epígrafe anterior se ha podido advertir que la potestad regia de dictar reglamentos de necesidad evolucionó –a través de los distintos textos constitucionales– a configuraciones más garantistas, estableciéndose paulatinamente una serie de límites y de cautelas de muy variada índole. Aunque cada Constitución establecería su propio régimen jurídico, lo cierto es que –siguiendo a la doctrina más autorizada de entonces– puede decirse que, en términos generales, tales textos supeditaban la existencia de tal normativa a dos tipos de «causas»: *causa remota* y *causa proxima*.

La primera se identificaba con una previsión específica en la Constitución, que habilitaba al Rey para dictar estos reglamentos de necesidad de tal modo que, sin ella, no podrían dictarse éstos dentro de la legalidad[125]. Es notable que otros autores identificasen esta causa remota no con su admisibilidad constitucional, sino con el hecho de que las Cámaras no estuviesen reunidas en el momento necesario de actuar[126].

Por su parte, la *causa proxima* se divide en dos subcausas. La primera, y más importante, radicaría en la presencia de un «estado de necesidad» (*Notstand*) o de, al menos, el peligro de que tal estado pueda producirse (*Gefahr eines Notstandes*). En base a ello, HANSEL distinguía entre «reglamentos de necesidad profilácticos» (*prophylaktische Notverordnungen*), indicados para prevenir un peligro, y «reglamentos de necesidad terapéuticos» (*therapeutische Notverordnungen*), dictados para lograr la «cura» (*Heilung*) del estado de necesidad[127]. Además, como indicaba VON STEIN, ha de corresponder a las Cámaras decidir sobre la existencia de la necesidad, aunque sea *a posteriori*, porque dirimir sobre ello no puede depender de la perspectiva subjetiva del

[125] En este sentido, HANSEL, *op. cit*., págs. 7 a 9.
[126] Así SPIEGEL, al que sigue GLATZER, como recuerda HANSEL, *op. cit*., pág. 10. Para estos autores la *causa proxima* era el estado de necesidad, por lo que, puede decirse, que no encuadraban como requisito indispensable para que el Monarca dictase reglamentos de necesidad el que tal poder estuviese previsto en la Constitución.
[127] HANSEL, *op. cit*., págs. 12 y 13. *Vid*. también VON STEIN, *op. cit*., Vol. I., pág. 163, que señala que «es baldío todo intento de definir la necesidad y es por ello también en balde limitar la potestad reglamentaria de necesidad a cualesquiera casos concretos».

Poder Ejecutivo. Sólo traspasando esta decisión al Poder Legislativo se logra que quede incólume la función de este último[128].

La segunda subcausa se funda en la imposibilidad –o la dificultad manifiesta– de que las Cámaras puedan reunirse para hacer frente a tal situación de necesidad. Ello se justifica en la intervención (*Eingriff*) que estos reglamentos –recordemos reglamentos *jurídicos*– pueden realizar tanto en la propiedad como en la libertad, materias reservadas a la Ley en el sistema constitucional alemán. La actuación del Monarca tiene, aquí, carácter provisional, por responder a una situación de peligro existente o inminente, de tal suerte que el *iter* legislativo se presupone insuficiente para dar una respuesta rápida al problema. Por ello no sólo se habla de lapsos temporales entre periodos de sesiones, sino también de casos en los que, pese a ser posible la reunión de las Cámaras, su procedimiento de creación normativa hacía ineficaz el manejo del peligro[129].

Además de estas «causas» –o, digamos, «prerrequisitos»– las distintas Constituciones de la época previeron diferentes cautelas o exigencias que, como advirtió JELLINEK, estaban dirigidas «para prevenir el mal uso» (*um Missbrauch zu verhüten*) de esta potestad reglamentaria de necesidad[130]. En este punto puede distinguirse entre las Constituciones del primer tercio de siglo y las demás dictadas a partir de 1830[131].

Y es que las primeras estarían imbuidas de ciertas reminiscencias absolutistas, cuya manifestación en torno a los reglamentos de necesidad redundaría en una inexistencia de cautelas o, al menos, en una sustancial reducción de las mismas, como se ha visto para las Constituciones de Baden (1818), Württemberg (1819), o Hesse (1820).

Este encaje contrastaría con los textos constitucionales dictados a partir de 1830, que establecerán diferentes precauciones: algunas demandaban una autorización previa del Parlamento para dictar los reglamentos de necesidad[132], otras exigían que las

[128] VON STEIN, *op. et loc. cit.*
[129] HANSEL, *op. cit.*, págs. 14 y 15.
[130] JELLINEK, *op. cit.*, pág. 377.
[131] Se ha de destacar que algunas Constituciones ni siquiera preveían esta potestad de dictar reglamentos de necesidad, siendo el caso de Sachsen-Meiningen de 1829, como puede entreverse de su artículo 85.
[132] Es el caso del artículo 8 de la Constitución de Elsass-Lothringen (Alsacia y Lorena) de 1873. Se ha de tener en cuenta el complejo encuadre de este territorio, anexionado tras la guerra franco-prusiana al *Deutsches Reich*.

Cámaras no estuviesen reunidas[133], o, en fin, algunas incluso señalaban determinadas materias que no podían ser suspendidas por medio de un reglamento de necesidad[134]. Además, todas ellas advertían –explícita o tácitamente– la provisionalidad de tales medidas[135], de tal suerte que, para que pudiesen incrustarse en el ordenamiento de modo permanente, se requería una posterior intervención parlamentaria[136][137]. Otro límite, no previsto en los textos, era el advertido por VON STEIN: aunque estos reglamentos podían

[133] La práctica totalidad, con la excepción de las de Baden, Württemberg, Hesse y la de Sächsen-Altenburg.

[134] La Constitución de Sächsen-Altemburg de 183 –en su artículo 88– indicaba la imposibilidad de modificar la Constitución, así como la Ley electoral (*Wahlgesetz*) por esta vía; también la Constitución de Braunschweig de 1832 (artículo 120) preveía una serie de materias (finanzas, impuestos, obligaciones militares…) sobre las que el reglamento de necesidad no tenía posibilidad de incidir. Cabe destacar que –incluso aunque no estuviese explícitamente señalado en la Carta Magna– parte de la doctrina de la época entendía que por medio de un reglamento de necesidad el Monarca no podía suspender la Constitución. Por su parte, la Constitución de Hannover también señalaba la imposibilidad de modificar su texto por la vía de las «órdenes legislativas» dictadas por el Rey con fundamento en el artículo 122. *Cfr*. HANSEL, *op. cit*., págs. 27 y ss., defiende que los límites al reglamento de necesidad sólo son aquellos que explícitamente se señalan en el texto constitucional, remitiéndose a las ordenanzas francesas de 1830 para justificar que, en caso contrario, sí cabe suspender la Constitución por esta vía. *Vid*. también JELLINEK, *op. cit*., págs. 376 y 377, que parece orientarse por una línea similar al afirmar que los límites al reglamento de necesidad han de estar señalados por la propia Carta Magna.

[135] JELLINEK, *op. cit*., pág. 377, donde indica que «el reglamento de necesidad es resolutivo, con su eficacia condicionada ex nunc» (*die Nothverordnung ist resolutiv mit der Wirkung ex nunc bedingt*). Constituciones como la de Hesse establecían incluso un límite temporal de validez del reglamento de necesidad, límite que, desbordado sin haberse producido una intervención por parte del Parlamento, producía el decaimiento de la eficacia del reglamento.

[136] Así, el artículo 63 de la Constitución prusiana de 1850, que enseguida analizaremos. Como advierte HANSEL, *op. cit*., pág. 40, «la intervención de las Cámaras respecto al reglamento de necesidad, a través de la cual éste obtiene la necesaria fuerza de Ley formal, es, a la par, una protección y un medio de defensa contra la tendencia absolutista del reglamento de necesidad (*ist zugleich ein Schutz- und Abwehrmittel gegen die absolutische Tendenz der Notverordnung*)». El autor distingue dentro de esta intervención parlamentaria dos tipos de actividades: una actividad jurídico-crítica (*kritisch-juristische Tätigkeit*), en donde el Parlamento atendería a si se cumplen los requisitos efectivos para poder dictar ese reglamento (concurrencia de estado de necesidad; etc.), y, por otro lado, una actividad cuasilegislativa (*quasi-legislatorische Tätigkeit*), en la que las Cámaras (o Cámara) otorgaría el consentimiento de dotar al reglamento de necesidad de una efectiva fuerza de Ley (págs. 40 a 50). *Vid*. también GLATZER, F., *Das Recht des provisorischen Gesetzgebung*, 1ª ed., 1899, pág. 71, quien –aunque sin utilizar la terminología aludida– indica que ambas actividades se encuentran en la práctica confundidas entre sí; también SCHWARTZ, E., *Kommentar zur preussischen Verfassungsurkunde*, 2ª ed., 1898, pág. 210, que analiza ambas actividades en torno a la previsión constitucional del texto prusiano (ambos citados por HANSEL, *op. cit*., pág. 42). La referencia a que el reglamento de necesidad sólo logra «fuerza de Ley», en sentido estricto y una vez se pronuncian las Cámaras sobre él, es importante; al efecto, *vid*. *supra*, el punto I.2 de este capítulo. *Cfr*. JELLINEK, *op. et loc. cit*., para quien el «reglamento de necesidad consentido» (*die genehmigte Nothverordnung*) por las Cámaras equivale en su eficacia plenamente a la Ley.

[137] *Vid*. JELLINEK, *op. cit*. págs. 377 y 378, especialmente nota 15, donde el autor indica que la Constitución austriaca de 1867 (*Dezemberverfassung*), y más concretamente una de las leyes fundamentales que la componían, la *Grundgesetz über die Reichvertretung* de 26 de febrero de 1861 –tras la modificación dada el 16 de julio de 1867– contenía en su artículo 14 una regulación completa de todos los límites aludidos a los reglamentos de necesidad, lo que permitió que en Austria no se diesen las dudas interpretativas en esta materia que sí se produjeron en Prusia a la luz de su Carta Magna.

contrariar las Leyes, lo que no podían en ningún caso era llegar a sustituir la función misma de la Legislación[138].

Por su importancia, destaca la Constitución Prusiana de 1850, que en su artículo 63 reconocía este tipo de reglamentos, si bien sólo se permitía para lograr «el mantenimiento de la seguridad pública» (*Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit*), o para suprimir el estado de necesidad. Además, se exigía que las Cámaras no estuviesen reunidas para que pudiesen ser dictados, habiendo éstas de dar su consentimiento sobre ellos en la siguiente sesión. Tales reglamentos, añadía el precepto, habían de dictarse bajo la responsabilidad conjunta de los Ministros, manifestada a través de la técnica del refrendo (*Gegenzeichnung*) y no pudiendo, en ningún caso, los reglamentos contradecir lo indicado en la Constitución. Es importante señalar que el precepto habla de reglamentos con fuerza de Ley (*Verordnungen… mit Gesetzeskraft*), lo que no impidió a la doctrina de entonces hablar de reglamentos de necesidad[139].

En fin, pese a todas las advertidas cautelas en torno a la utilización de esta figura, puede afirmarse, junto con ÁLVAREZ GARCÍA, que «la efectividad de todos estos límites fue mucho más teórica que real. El estudio de la praxis de los *Notverordnungen* nos muestra cómo la utilización efectiva de esta institución no estuvo, a menudo, ligada a un presupuesto fáctico excepcional, sino que fue utilizada por los monarcas para resolver conflictos institucionales, reafirmando así su supremacía»[140].

4.- SOBRE LA PRESENCIA –O NO– DE UNA POTESTAD REGLAMENTARIA DE NECESIDAD EN LA CONSTITUCIÓN IMPERIAL DE 1871

La Constitución bismarckiana del Imperio Alemán de 16 de abril de 1871 (*Bismarcksche Reichsverfassung*, en adelante BRV) supone un cambio de mentalidad respecto de los textos constitucionales decimonónicos, presentando un prurito más

[138] VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 163. Indica que «el objeto del reglamento de necesidad del Jefe del Estado puede ser siempre la Ley (*Gesetz*), pero jamás la Legislación (*aber nie die Gesetzgebung sein*)».
[139] *Vid.* sobre los reglamentos de necesidad en la Constitución prusiana, MESSERSCHMIDT, E., *Das Notverordnungsrecht nach preussischem Staatsrecht*, E. Rautenbergs Buchdruckerei, 1901; VON OPPERMANN, P., *Das Notverordnungsrecht der preussischen Verfassung*, Göttingen Dieterich'schen Univ. Buchdruckerei, Gotinga, 1897; y también, ARNDT, A., «Wann verstösst der Inhalt einer Notverordnung gegen die preussische Verfassungs-Urkunde?», en *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 4, 1889, págs. 438 a 456.
[140] ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, págs. 94 y 95, nota 114. *Vid.* HANSEL, *op. cit.*, pág. 23, donde puede verse un ejemplo: el reglamento de necesidad prusiano de 10 de junio de 1871 desplegó sus efectos pese a la ausencia de la contrafirma del Ministro de Comercio (*Handelsminister*), y, *por ende*, de su refrendo, contraviniendo las exigencias constitucionales para dictar este tipo de normas.

democrático y capitidisminuyendo –al menos en apariencia– la tradicional posición del Jefe del Estado: el Monarca es sustituido por el Emperador o *Kaiser*, apareciendo este último despojado del carácter soberano de la figura regia. Ahora bien, la ruptura no puede entenderse como total. Como ha señalado FORSTHOFF, con este texto fundamental no queda claro si BISMARCK pretendía poner fin al principio monárquico o no, estando todavía la cuestión hoy abierta[141]. Y ello pese a que, paulatinamente, se fuese transitando hacia un sistema parlamentario; hecho que se lograría en 1914[142].

Sea como sea, esta nueva Carta iba a traer consigo una nueva configuración del poder normativo, reconociéndose la primacía de la Ley y alterándose entonces el tradicional reparto competencial con el reglamento. Lo mismo puede decirse de la configuración de los poderes de necesidad, dado que no encontramos en este texto una habilitación general a favor del *Kaiser* como la existente en las anteriores Constituciones.

Tal carencia forzará al desarrollo de nuevos instrumentos de necesidad. Así, bajo este texto, se transita hacia el modelo de Derecho de excepción –al reconocerse el estado de guerra en su articulado–; situación excepcional que se complementará con una Ley de habilitación *ad hoc* dictada en 1914, con motivo de la Primera Guerra Mundial. Es precisamente por ello por lo que se discutirá si bajo el nuevo signo de la *Reichsverfassung* existió –o no– un reconocimiento de la tradicional potestad reglamentaria de necesidad. Veamos con más detalle estas cuestiones.

A).- APUNTES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO EN LA *REICHSVERFASSUNG* DE 1871

La Carta bismarckiana recibe la noción continental de la supremacía de la Ley, rompiéndose así la tradición germánica del reparto del poder normativo entre el

[141] FORSTHOFF, E., *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4ª ed., Kohlhammer Studienbücher, Stuttgart, 1972, págs. 155 y 156.

[142] *Vid*. STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vol. III: 1914-1918, 1ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1999, págs. 59-60, nos indica cómo fue perdiendo fuerza este principio monárquico antes de la guerra, con escándalos como la entrevista al *Kaiser* WILHEM II en 1908 (asunto del *Daily Telegraph*), el ascenso del liderazgo militar o el auge de los partidos de izquierdas y de los liberales. Por contra, y según remarca el autor (pág. 65), se seguirían produciendo en Alemania reservas respecto a la democracia parlamentaria, que «fueron reforzadas por el hecho de que los aliados, al final, combinaron la guerra con el objetivo político (*politische Ziel*) de convertir a Alemania en una democracia», lo que terminó por tornar «a la democracia en una palabra de los enemigos» y «llegando a aparecer el principio democrático casi como un arma diabólica (*teuflische Waffe*)».

Monarca –ahora *Kaiser*– y el Parlamento[143]. En efecto, a este último –en sus dos Cámaras– se le adjudica el monopolio normativo por medio del artículo 5 BRV, en cuanto dictaba que «la legislación del Imperio se ejerce a través del *Bundesrat* y del *Reichtag*», precisándose la mayoría de ambas Cámaras para aprobar una Ley[144].

Por su parte, y con fundamento en el artículo 17 BVR, al Emperador le correspondía la ejecución (*Ausfertigung*) y la publicación (*Verkündigung*) de las Leyes del *Reich*, así como la supervisión de tal ejecución (*die Überwachung der Ausführung*). Esto se explica por la recepción del sufragio directo, secreto y universal, reconocido en el artículo 20 BRV, y se complementaba con la división competencial entre el *Reich* y los *Länder* en materia de legislación, de conformidad con el catálogo (*Kompetenzkatalog*) del artículo 4 BRV, que señalaba las materias del primero.

En definitiva, se dejaba fuera la posibilidad de que el Rey dictase normas de contenido jurídico (*Rechtsatz*), salvo, claro está, que una Ley formal le habilitase para ello[145].

B).- DECLARACIÓN DE GUERRA Y REGLAMENTOS DE NECESIDAD: EN TORNO AL ARTÍCULO 68 DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

El tránsito hacia un sistema –al menos en apariencia– de corte democrático se iba a hacer notar no sólo en las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo en el plano normativo, sino también en lo relativo a los poderes de necesidad[146]. En efecto, del sistema de «cláusulas generales» presentes en el reconocimiento de los Monarcas para dictar *Notverordnungen*, se iba a transitar hacia un modelo de Derecho de excepción, concretado en el «estado de guerra» (*Kriegzustand*), consecuencia del influjo francés y

[143] Se ha de tener en cuenta que el *Kaiser* o Emperador no era otro que el Rey de Prusia (artículo 11 BRV).

[144] Un resumen de esta cuestión puede verse en FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit* (*cit*.), págs. 150 y ss.

[145] Sin perjuicio de la problemática en torno a los poderes normativos originarios del Monarca o del *Kaiser*. Al efecto, *vid*. *supra*, epígrafe I.1.C), en lo concerniente a la relación entre Ley y reglamento en el siglo XIX; así como, especialmente, la exposición de GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), págs. 277 y ss.

[146] Es curioso que no se plantease por la doctrina la inclusión de la llamada «ejecución del *Reich*» (*Reichsexecution*) en el uso de estos poderes excepcionales. En efecto, el artículo 19 de la Constitución de 1871 indicaba que «cuando un miembro de la federación no cumpla con sus obligaciones federales de carácter constitucional, podrán ser obligados a ello a través de la ejecución. Tal ejecución será impuesta por el *Kaiser* y decidida por el *Bundesrat*». Sobre esto, *vid*. HUBER, *op*. *cit*., Vol. III, págs. 1029 y ss.; así como el Vol. I de esta misma obra, págs. 634 y ss., para la *Bundesexekution*, presente ya en el artículo 31 del Acta Final de Viena, que dotaba de un poder similar a la Confederación Germánica (*Deutscher Bund*).

prusiano en la materia[147]. Esto explica que la doctrina más autorizada –tanto extranjera como española[148]– haya negado que en este texto se reconozca una potestad reglamentaria de necesidad –al menos en sentido clásico–; posición a la que me adhiero[149].

Ahora bien, la declaración de tal estado le correspondía al *Kaiser*, de conformidad con el artículo 68 BRV, en aquellos casos en los que la seguridad pública en el territorio federal estuviese amenazada (*wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist*). Esta previsión llevó a que algún autor, como HANSEL, quisiera ver en esta potestad un genuino «reglamento de necesidad especial»[150], cuyo

[147] Como veremos *infra*, epígrafe II.2, SCHMITT subrayó que este modelo de «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*) es el que se sigue en un Estado de Derecho

[148] JELLINEK, *op. cit.*, pág. 378, indica que «allí [en el Imperio Alemán] la institución del reglamento de necesidad (*Nothverordnung*) de acuerdo con la Constitución, es inexistente»; HUBER, *op. cit.*, Vol. III, pág. 927, cuando indica, a propósito de los reglamentos jurídicos, que «no había, especialmente, una potestad reglamentaria de necesidad del *Kaiser*» (*es gab insbesondere keine Notverordnungsrecht des Kaisers*), aunque indicando que en Alsacia y Lorena sí dispuso el Canciller de esta potestad hasta 1878; LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (*cit.*), Vol. II, pág. 90, afirma contundentemente que «tampoco contiene la Constitución del Reich una habilitación para dictar reglamentos con fuerza de Ley interina a través de los cuales pudieran ser modificados o derogados temporalmente reglas del derecho (*Rechtssätze*) encuadrados en una ley imperial»; ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 94, nota 114, por su parte, también niega la presencia del reglamento de necesidad en la Constitución de 1871.

[149] La potestad reglamentaria de necesidad y el estado de excepción –o «de sitio», en este caso– estuvo separada en el ámbito alemán hasta 1918, como recuerdan MAUNZ, T., DÜRIG, y G., DEREDER, H.-G., «Kommentar zu art. 91» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos y 8 y ss., especialmente el 15.

[150] Para HANSEL, *op. cit.*, pág. 6, existen los «reglamentos de necesidad auténticos o generales» (*eigentliche, generelle Notverordnungen*), que serían aquellos dictados en base al texto constitucional y de acuerdo con las previsiones en él establecidas; y, por otro lado, los «reglamentos de necesidad especiales» (*spezielle Notverordnungen*), que aparecen determinados en una Ley específica, pudiendo ser dictados únicamente de acuerdo con ella en especiales casos de necesidad (*in besonderen Notfällen*). Añade el autor que la significación de estos reglamentos de necesidad especiales se basa en dos tipos de funciones: su función sustitutiva (*Ersatzfunktion*), respecto a los reglamentos de necesidad reales, para cuando éstos no existan (como en el caso de la Constitución del *Deutsches Reich*), y, por otro lado, en su función simplificadora (*Erleichterungsfunktion*), en tanto en cuanto se hace más sencilla lograr la emisión de este tipo de normas, ya que aquí no se precisa –como en el caso de los reglamentos de necesidad reales o generales– que sean dictados por el órgano que ostenta el poder estatal (*Inhaber der Staatsgewalt*), que en el caso del Imperio alemán era, no ya el Rey, sino el Parlamento a la luz del texto de 1871 (pág. 61). Es decir, que los reglamentos de necesidad especiales se alzaban como una subespecie de manifestaciones irregulares de la voluntad estatal, dictados por quien señalase la Ley, como señalase la Ley y del modo que señalase la Ley. Además, nos da otros ejemplos: el artículo 56.b) del Código Industrial Imperial (*Reichs-Gewerbeordnung*), que habilitaba al *Reichkanzler*, con la aprobación de la Comisión del *Bundesrat* para el Comercio y el Tráfico (*Ausschusses des Bundesrats für Handel und Verkehr*), para actuar en tal ámbito «por razones de seguridad pública» (*aus Gründen der öffentlichen Sicherheit*). Por otro lado, y para el caso de Prusia, señala que el artículo 111 de su Constitución establecería también un reglamento de necesidad de carácter especial, al habilitar éste al Gobierno prusiano para suspender ciertos artículos de la Constitución en caso de guerra o periodos de revuelta (*Aufruhrszeiten*). *Cfr*. SPIEGEL, *Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrecht*, 1ª ed., 1893, pág. 15 (*cit*. por HANSEL, *op. et loc. cit*) que, en relación con estas normas del texto prusiano, entiende que estamos ante «reglamentos de excepción» (*Ausnahmsverordnungen*).

uso quedaría determinado por una Ley –que desarrollaría el precepto–, así como por la aprobación del *Bundesrat* (artículo 11 BRV)[151].

Frente a esta posición minoritaria, se han tratado de dar otras explicaciones a este precepto. Así, para LABAND, de este precepto se extrae más bien una autorización a favor del *Kaiser* para modificar temporalmente situaciones jurídicas reconocidas en la Ley, de acuerdo con lo señalado en la indicada Ley de desarrollo de 1851, pero no una potestad reglamentaria de necesidad como la precedente[152].

En sentido similar, destaca HUBER que este artículo 68 meramente reconocía el derecho del *Kaiser* a suspender el derecho vigente transitoriamente durante el estado de sitio, así como permitía, mientras durase el mismo, que el Comandante Militar (*Militärsbefehlshaber*) dictase reglamentos de excepción (*Ausnahmeverordnungen*). De ello deduce que, si bien no puede entreverse de este precepto un *Notverordnungsrecht* a favor del *Kaiser* –ya que a él únicamente le corresponde declarar el estado de guerra–, sí puede, no obstante, dilucidarse tal potestad a favor del Comandante militar (*Notverordnungsrecht der Militärbefehlshabers*). En efecto, la jurisprudencia –entre otras la sentencia del Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) de 7 de mayo de 1915– entendía implícita una potestad reglamentaria (*Verordnungsrecht*) en el derecho del Comandante a establecer prohibiciones bajo tal estado (*Belagerungszustand*) de acuerdo con su norma reguladora, la Ley prusiana de 1851[153].

De este modo, no puede afirmarse la presencia de una potestad reglamentaria de necesidad en sentido clásico, o verdadero (*eigentliche Notverordnungen*) como reconocida explícitamente por la Constitución de 1871, sino más bien de una

[151] HANSEL, *op. cit*., págs. 61 y 62. El artículo 68 indicaba –en su inciso final– que «hasta que se dicte una Ley imperial regulando los requisitos, la forma de publicación y los efectos de una declaración de esta índole, serán aplicables las previsiones de la Ley prusiana de 4 de junio de 1851».

[152] LABAND, *op. cit*., Vol. II, págs. 90-91. Añade también que en la literatura del Derecho Público imperial domina la concepción de que no pueden ser dictados reglamentos que tengan la fuerza de derogar leyes imperiales ni siquiera en caso de estado de necesidad y cuando el *Reichstag* no esté reunido, ya que la Constitución Imperial no contiene ni las condiciones sobre las que habrían de dictarse tales reglamentos, ni quién estaría autorizado para ello, ni, en fin, tampoco establece precepto alguno que se refiera a la forma y a la eficacia de tales reglamentos. *Vid*. también el Vol. I de la misma obra (*cit*.), pág. 302, donde indica que «[l]a Constitución Imperial misma no conoce los llamados reglamentos del estado de necesidad (*sogenannte Notstandverordnungen*), en analogía con el art. 63 de la Constitución Prusiana».

[153] HUBER, *op. et loc. cit*., así como las págs. 1049 a 1051. *Vid*., también, HUBER E. R., *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. V: *Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung 1914-1919*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1978, págs. 45 y ss. El artículo 4 de esta Ley decía claramente que con la declaración del estado de sitio «se transfiere el Poder Ejecutivo a los Comandantes Militares» exigiéndose a las demás autoridades civiles y municipales la obediencia a sus disposiciones.

modulación de esta doctrina: ya no se reconoce un poder originario al Monarca en forma de cláusula general para actuar; sino meramente la posibilidad de declarar el estado de sitio al *Kaiser*, quedando las actuaciones excepcionales supeditadas a tal declaración, así como a lo indicado en su Ley reguladora[154].

C).- PODERES DE GUERRA Y REGLAMENTOS DE NECESIDAD: A PROPÓSITO DE LA LEY DE HABILITACIÓN DE 4 DE AGOSTO DE 1914

La llegada de la Primera Guerra Mundial supondrá la necesidad de dotar de poderes excepcionales a los Ejecutivos de los distintos Estados que participaron en la contienda, muchas veces yendo incluso *contra legem*. Así, en Francia se complementaron los mecanismos previstos en el ordenamiento con la doctrina jurisprudencial de los «poderes de guerra»[155], mientras que, en otros como Alemania o Inglaterra[156], se vieron forzados a utilizar la técnica de las Leyes de habilitación o de plenos poderes. Como ha destacado HUBER, el desarrollo de un modo de creación simplificada de Derecho para estas situaciones excepcionales es «patrimonio común del pensamiento constitucional europeo» (*hergebrachtes Gemeingut des europäischen Verfassungsdenkens*), añadiendo –en relación con el caso alemán– que fue precisamente la ausencia de la figura del reglamento de necesidad en la Constitución de 1871 lo que provocará la exigencia de acudir a la utilización de esta técnica[157].

Y es que, en efecto, el abandono del modelo de cláusulas generales por otro de Derecho de excepción iba a provocar que los poderes fuesen ahora insuficientes, teniendo que recurrir a complementar su «estado de guerra» con otras modelos de necesidad para poder hacer frente a todas las eventualidades del conflicto bélico[158].

[154] En cualquier caso, como es de sobra conocido, este precepto llegó a tener aplicación práctica, puesto que con fundamento en él se dictaría el reglamento de 31 de julio de 1914, por el que Alemania entraría en guerra. Sobre esta declaración, *vid*. HUBER, *op. cit.*, Vol. V, págs. 22 y ss. Se ha de tener en cuenta que ésta se complementaba con la bávara de la misma fecha, dado que en el *Land* de Bayern regía su propia normativa: la Ley sobre el estado de guerra de 1912 (*Gesetz über den Kriegszustand*).

[155] Al efecto, *vid*., el capítulo tercero de la primera parte de esta obra, especialmente el epígrafe IV.1.B).

[156] Sobre las leyes de habilitación en Inglaterra, *vid*. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., págs. 121 y ss., y también SIEGHART, *op. cit*., págs. 115 y ss., que analiza de modo más pormenorizado las Leyes de defensa del Reino (*Defence of the Realm Acts*), dictándose la primera de ellas cuatro días antes de la Gran Guerra.

[157] HUBER, *op. cit*., Vol. V, pág. 63.

[158] Por otro lado, es de destacar que estas cláusulas generales seguían existiendo en la legislación especial de policía. Además del clásico parágrafo 10 II 17 del Código General de los Estados Prusianos (*Allgemeines Landesrechts für die Preussischen Staaten*), de 1 de junio de 1794 (vigente hasta 1931); es destacable en esta época la «Ley Imperial frente a epidemias» (*Reichsseuchengesetz*, o *RSeuchG*) de 30 de junio de 1900.

Por lo demás, el uso de las Leyes de habilitación no era una novedad en Alemania. Su uso lo encontramos anteriormente, incluso para la redacción del Código Civil[159]; si bien, la doctrina tradicional prefería hablar de delegación (*Delegation*)[160] y no de habilitación (*Ermächtigung*)[161], siendo esta última terminología la que –con claras connotaciones e intenciones político-constitucionales– terminará por consolidarse en el periodo previo a la guerra.

No obstante, su utilización como medio para dotar al Gobierno de poderes excepcionales dentro de la legalidad se produce con la Ley de habilitación de la Primera Guerra Mundial de 4 de agosto de 1914 (*Kriegs-Ermächtigungsgesetz*), norma que supuso, en palabras de HUBER, «el avance de un nuevo principio político-constitucional de extraordinaria trascendencia»[162]. Y es que, en efecto, se produce en este punto un cambio sustancial, una nueva forma de hacer frente a las situaciones excepcionales, ya que ahora se buscará realizar desde un prisma respetuoso con la primacía de la Ley: sólo a través de ella cabe desarrollar actuaciones extraordinarias.

Es así como la Ley de habilitación investía al Consejo Federal (*Bundesrat*) con todos los poderes necesarios para hacer frente a la guerra, habilitación que ha hecho que STOLLEIS señale que, con esta norma, «se establecía una dictadura comisarial civil y militar» (*kommissarische Zivil- und Militärdiktatur*)[163]. El hecho de que se atribuyesen tales poderes a este órgano, integrado por representantes de los *Länder*, fue un

[159] FORSTHOFF, *op. cit*., pág. 150. Es destacable que el autor utiliza el verbo «apoderar» (*ermächtigen*) para referirse a esa actuación bajo la Constitución bismarckiana.
[160] *Vid*. al efecto, JELLINEK, *op. cit*., pág. 378, así como toda la bibliografía que allí se indica. El autor señalaba –en 1887– que a través de esta técnica estaría permitido que una Ley Imperial (*Reichsgesetz*) –incluso sin prever los requisitos del estado de necesidad– habilitase explícitamente al Gobierno para dictar reglamentos con fuerza provisional de Ley (*Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft*); y añade que estas actuaciones se producen gracias a una delegación legislativa imperial especial (*specieller reichsgesetzlicher Delegation*), que termina de cumplir la posibilidad de que se tomen medidas preventivas contrarias al *iter* legislativo común. También en otro lugar (*op. cit*., pág. 383), alude a la posibilidad prevista en la Constitución austriaca de 1867 de suspender ciertos artículos de la Constitución a través de un «reglamento de excepción» (*Ausnahmverordnung*), encuadrándolo como un modo de delegación legislativa.
[161] *Vid*. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 81 y ss., aunque sobre esta noción volveremos más adelante.
[162] HUBER, *op. cit.*, Vol. V, pág. 63.
[163] STOLLEIS, *op. cit*., pág. 58. *Cfr*. con HUBER, *op. cit*., Vol. V, pág.66, para quien la Ley de 1914 abría la puerta a una dictadura comisoria civil, aunque no a una de carácter militar, puesto que esta última sólo se desarrollaba al amparo del artículo 68, antes analizado y en conexión con la legislación de guerra.

movimiento que permitió que tales territorios aceptasen la situación[164], incluso aunque ello pudiese afectarles negativamente[165].

La habilitación se realizaría de modo muy amplio, señalando el artículo 3.1 de la Ley que «[e]l *Bundesrat* está autorizado, mientras dure la guerra, a dictar cualesquiera medidas legislativas necesarias (*während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Massnahmen anzuordnen*) para remediar todos los daños económicos que puedan producirse», inciso que se complementaba con el apartado 2, que añadía que «[e]stas medidas deberán ser sometidas a conocimiento del *Reichstag* en su próxima reunión, pudiendo ser anuladas de acuerdo con sus exigencias».

Desde su publicación, la doctrina alemana discutiría la constitucionalidad de la norma, puesto que *a priori* contrariaba la separación de poderes y modificaba, tácitamente, lo establecido en el texto de 1871 sin alterar su letra. Sin embargo, esta técnica estaba ya ampliamente admitida por la *communis opinio* (SEYDEL, SCHULZE, ARNDT, LABAND, JELLINEK, etc.), con la salvedad de algún autor como VON RÖNNE[166].

Nos resume HUBER que tal admisión se debía a que la propia delegación se preveía sólo para una duración determinada de carácter excepcional (tiempo de guerra[167]), se realizaba con la reserva de que el *Reichstag* siguiera como legislador permanente y, en fin, porque cumplía los requisitos exigidos por el artículo 78 BRV, relativo al procedimiento de reforma constitucional[168]. Ello se complementaba con otros límites y controles. Por un lado, los propios del artículo 3.2 de la Ley que hemos visto[169]; y, por otro, el hecho de que tales normas tenían que ir, únicamente, dirigidas al «remedio de daños económicos», concepto que será interpretado de modo amplio,

[164] STOLLEIS, *op. cit*., pág. 53.
[165] Al efecto, señala HUBER, *op. cit*., Vol. V, pág. 67, que las normas dictadas por el *Bundesrat* podían incluso alterar el reparto competencial existente entre el *Reich* y los *Länder* reconocido en la Constitución.
[166] Sobre esta discusión, *vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. V, págs. 64 y ss., indicando que esta delegación del poder Legislativo se encuadraba como «un acto de quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*)» aunque limitado al tiempo de guerra.
[167] STOLLEIS, *op. cit*., pág. 59. Recuerda que incluso el Canciller VON BETHMANN-HOLLWEG señaló en 1914 –en clara alusión al tradicional *Notrecht*– que «la necesidad no conoce norma» (*Not kennt kein Gebot*).
[168] *Vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. V, págs. 64 y 65. El artículo 78 indicaba que «[l]os cambios constitucionales se harán a través de la Legislación (*im wege der Gesetzgebung*). Se consideran rechazados si se producen 14 votos en contra en el Consejo Federal (*Bundesrat*). Aquellos preceptos de la Constitución del *Reich*, a través de los cuales algunos Estados federados reconocen derechos individuales, sólo pueden ser modificados con el consentimiento del Estado».
[169] Sobre esto, y especialmente en torno a este derecho de anulación (*Aufhebungsrecht*), *vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. V, pág. 66 y 68-69.

permitiendo al *Bundesrat* dictar un total de 825 reglamentos (*Bundesratverordnungen*) en muy diferentes áreas[170].

En lo que a nosotros interesa, se ha de advertir que estas disposiciones no eran reglamentos de necesidad –o al menos, no en el sentido decimonónico tradicional–, si bien no cabe duda que su función práctica resultó muy similar. En efecto, el artículo 3 de la Ley permitía dictar «medidas legislativas» (*gesetzliche Massnahme*), señalando la doctrina que éstas debían poseer «el rango y la fuerza de las Leyes» (*den Rang und die Kraft von Gesetzen besitzen sollten*), «equiparándose a la Ley formal» (*also dem formellen Gesetz gleichgestellt*) [171]. Por todo ello, y en un sentido similar a los clásicos *Notverordnungen,* «podían suspender leyes imperiales o territoriales o apartarse de ellas» (*daher konnten sie Landes- und Reichsgesetze aufheben oder von ihnen abweichen*)[172].

Sin embargo, pese a cumplir la misma función, ya no se habla de «reglamentos de necesidad», dado que la configuración constitucional había cambiado radicalmente. Esto explica también que la literatura jurídica posterior –con algo de perspectiva histórica– prefiera utilizar la expresión de «reglamentos jurídicos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Rechtsverordnungen*) para referirse a estas actuaciones[173].

En definitiva, bajo el manto de la Constitución de 1871 algo había cambiado. La idea tradicional del reglamento de necesidad (*Notverordnung*) se desvanece con el nuevo encuadre democrático: no se dicta ya sobre la base del poder originario del Monarca –expresión de la soberanía– y con reconocimiento en una habilitación constitucional; sino con fundamento en una Ley aprobada democráticamente y que permite actuar al Ejecutivo en un ámbito que, tradicionalmente, le estaría vedado.

[170] En la práctica se dictarán normas en diferentes áreas, que van desde cuestiones estrictamente económicas (reformas respecto a la moneda o a las finanzas) hasta otras cuyo nexo con la economía era más débil, así como reformas en el plano del Derecho civil, laboral o, incluso, del procesal civil y penal. Al respecto, *vid*. HUBER, *op*. *cit*., Vol. V, págs. 69 a 73, donde se analiza con detalle esta normativa.
[171] HUBER, *op*. *cit*., Vol. V, pág. 67.
[172] HUBER, *op*. *et loc. cit.*
[173] *Ibidem*.

II.- LA EVOLUCIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD BAJO LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

La aprobación de la Constitución de Weimar el 11 de agosto de 1919 (en adelante, CW)[174], tras la denominada «Revolución de Noviembre» (*Novemberrevolution*), supondrá un cambio sustancial en cuanto a la configuración constitucional alemana se refiere. Su preámbulo era claro: «El pueblo alemán, unido bajo su estirpe (…) se ha dado a sí mismo esta Constitución»[175]. Para FORSTHOFF, es en estas palabras del preámbulo donde «yace el reconocimiento de una diferencia esencial entre la Constitución de 1871 y la de 1919»[176], puesto que de aquí se dilucida que el principio democrático había terminado por desplazar al monárquico[177].

No obstante, recuerda ELLWEIN, el texto, pese a su prurito democrático, estaría imbuido por la tradición germánica: el elemento distintivo del nuevo Estado alemán radica en su construcción sobre la antigua organización estatal monárquica, tanto en sus instituciones, como en sus raíces psicológicas, cambiándose únicamente la cúspide de la organización del Estado[178].

Ello también se deja entrever en las instituciones de emergencia. El elemento democrático y el paso hacia un sistema legicentrista supondrá, *a priori*, la renuncia a las tradicionales potestades regias en el ámbito normativo, incluyéndose, claro está, la de

[174] Sobre los antecedentes y el tiempo de esta Constitución es fundamental la obra colectiva, dirigida por ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930, especialmente los capítulos de Friedrich MEINECKE sobre la Revolución de Noviembre («Die Revolution. Ursachen und Tatsachen», págs. 95-119), el de Walter JELLINEK sobre la Asamblea Nacional («Die Nationalversammlung und ihr Wert», págs. 119-127), y el del mismo autor sobre las discusiones parlamentarias y la creación del texto constitucional («Insbesondere: Entstehung und Ausbau der Weimarer Reichsverfassung», págs. 127-138). *In extenso*, sobre esto, *vid*. HUBER, E. R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. VII: *Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1984. Un resumen lo encontramos en FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit* (*cit*.), págs. 164-185. En español, puede verse CASQUETE, J., y TAJADURA, J., *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2020.

[175] *Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen (…) hat sich diese Verfassung gegeben*.

[176] FORSTHOFF, *op. cit*., pág. 168. *Vid*. también STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (*cit*.), pág. 90, que indica que con esta Constitución nacía en Alemania una «nueva legitimidad» (*neue Legitimität*), pues tal texto «encarnaba un nuevo Derecho, resultante de una ruptura con el anterior».

[177] En este sentido, *vid*. STOLLEIS, *op. cit*., págs. 75 y ss., analiza las repercusiones de la desaparición de este principio, destacando que ello no era óbice para que en el ideario colectivo persistieran ciertas concepciones a favor de la legitimación monárquica frente a la democrática, estando ésta todavía vista con recelo. Si bien se puede afirmar junto con el autor –pág. 76–, que «el 'principio monárquico', invocado como el pilar central del Estado desde el Acta Final de Viena de 1820, se derrumbó sin prácticamente resistencia alguna en el *Reich* y en los *Länder*».

[178] *Vid*., ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise* (*cit*.), págs. 312 y ss., cuyo último capítulo lleva por rúbrica «[l]a herencia de la Monarquía en la democracia alemana».

dictar reglamentos de necesidad en sentido clásico. Sin embargo, esto no implicaba el abandono de las instituciones de excepción, sino sólo su adaptación al nuevo marco democrático y de jerarquía normativa. Tal adaptación se producirá al calor de las instituciones de excepción de los países del Derecho comparado, donde en los ordenamientos latinos, tras la Primera Guerra Mundial, se terminaría por consolidar –cuando no crear– la técnica de los Decretos leyes.

Es por ello que, advierte HUBER, los reglamentos que representan a la Ley (*gesetzesvertretende Verordnungen*) en esta época «no fueron ninguna especialidad alemana; se encuentran en sus distintas modalidades en los demás Estados constitucionales democráticos occidentales»[179], en clara alusión a los Decretos leyes y a las Leyes de habilitación francesas, inglesas e italianas. Bajo tales circunstancias, el tradicional instituto del reglamento de necesidad clásico, como emanación del Monarca, epicentro de la soberanía estatal, y delimitado sólo por cuestiones competenciales con la Ley, quedará obsoleto.

De este modo, su concepto va a evolucionar de acuerdo con el nuevo panorama: por un lado con la consolidación de la técnica de la autorización legislativa al Gobierno para actuar, bajo la rúbrica de las Leyes de habilitación (*Ermächtigungsgesetze*), y, por otro, con los reglamentos presidenciales dictados sobre la base del artículo 48.2 CW. Ambas instituciones, sustitutivas del decimonónico *Notverordnung*, serán el elemento clave en la caída de la República de Weimar y en la consolidación del poder por el nazismo.

1.- LAS RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN EL TEXTO DE 1919

En torno a las relaciones entre Ley y reglamento en la Constitución de Weimar se han de tener en cuenta dos cuestiones. Por un lado, que la Ley pasa a ser el centro del sistema, desapareciendo aquel tradicional reparto competencial entre ambas normas del siglo XIX. Y, por otro, que la producción legislativa presentaría diferentes formas bajo el texto de 1919[180].

[179] HUBER, E. R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. VI: *Die Weimarer Reichsverfassung*, Kohlhammer, 1ª ed., 1981, Stuttgart, pág. 436.
[180] Un resumen sobre la idea de Ley y sus tipos lo encontramos en HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 402-419.

A).- LA LEY COMO CENTRO DEL SISTEMA

El artículo 68 de la CW señalaba que «las Leyes del Imperio son aprobadas por el Parlamento Imperial (*Reichstag*)». Además, a diferencia de los textos constitucionales del XIX alemán, no se establecía ya, expresamente, una reserva de Ley. Con esta Carta Magna se produce un viraje hacia un sistema constitucional en el que el Parlamento se erige como centro del sistema: el Legislativo logra, *a priori*, el pleno monopolio del poder normativo, quedando limitado el poder del Gobierno a lo señalado en el artículo 77 de esta Carta Magna, esto es, a la potestad de dictar «las disposiciones administrativas (*Verwaltungsvorschriften*) necesarias para la ejecución de las Leyes».

Como ha señalado GALLEGO ANABITARTE, aunque este texto era similar al de 1871, se dejaba claro por los constituyentes que habían de quedar fuera de la regulación gubernamental los «reglamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*), es decir, aquellos que intervienen sobre la libertad y la propiedad. Los reglamentos, así, debían limitarse a lo organizativo, permitiéndose incluso los reglamentos independientes, siempre, claro está, dentro de los límites establecidos por las Leyes y respetando la primacía de éstas[181]. En definitiva, puede decirse que el sistema constitucional había cambiado[182].

De esta forma, sólo a través de autorizaciones legales expresas y definidas iba a tener el Ejecutivo la posibilidad de intervenir en el ámbito reservado a la libertad y a la propiedad. Es así como a través del concepto material de Ley –desarrollado ante el

[181] Sobre esta cuestión, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), pág. 282. Recuerda que, por tradición, el Presidente ostentaba un «poder reglamentario originario», como herencia de las monarquías alemanas decimonónicas y, posteriormente, del Emperador, lo que se plasmaba en ese «poder de organización» (*Organisationsgewalt*) reconocido en el texto constitucional. *Vid*. también, *in extenso*, los comentarios a los artículos 53, 77 y 179 en ANSCHÜTZ, G., *Die Verfassung des Deutschen Reichs von 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14ª ed., Georg Stilke, Berlín,1933.

[182] Es claro al efecto, SCHMITT, C., «El defensor de la Constitución», en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, págs. 232 y ss. (traducción del texto de 1931), que recuerda que en los textos decimonónicos «la exigencia de una ley formal se dirige (…) contra un adversario político determinado, a saber: contra el Gobierno regio de la monarquía constitucional alemana, divorciado de la representación nacional» lo que explica que «la exigencia de una Ley viene a expresar en las Constituciones alemanas del siglo XIX, el hecho de que sólo en virtud de expresiones enumeradas en la Constitución, pueden sustraerse al poder del rey determinados sectores y asuntos reservados al legislador, es decir, a la colaboración del Parlamento», mientras que, por el contrario, «la situación jurídico-constitucional del actual Reich alemán basado en la Constitución de Weimar es radicalmente distinta (…) el Gobierno ya no es un poder independiente del Parlamento, sino que los medios de intervención y control de éste son tan grandes (…) que por esta razón resulta imposible trasladar a este orden de cosas los puntos de vista que pudieron ser razonables respecto al Gobierno monárquico de la monarquía alemana». *Cfr*. con STOLLEIS, *op*. *cit*., pág. 80, indica que bajo el texto de Weimar «el dualismo del Monarca y la representación popular ahora se repetía en el dualismo entre el Presidente del *Reich* y el *Reichstag*».

poder monárquico decimonónico– la República democrática de Weimar pasaba a encuadrar a la Ley como el centro del sistema, en un sentido similar al resto de sistemas parlamentarios europeos de la época[183].

El abandono –teórico– de ese tradicional reparto competencial entre Ley y reglamento se tratará de consolidar con la búsqueda de un concepto unitario de Ley, que pusiese fin a la idea de la proposición jurídica (*Rechtssatz*) y con ella a la dicotomía entre Ley formal y Ley material[184]. Esta búsqueda se hace patente en una conocida ponencia de HELLER, promulgada en 1927 en el seno de la Asociación de Profesores de Derecho Público[185], que tendría como pretensión última encumbrar al Parlamento como soberano[186]. La doctrina mayoritaria mostró sus reticencias, manteniéndose la idea de que por Ley había de entenderse toda intervención en la propiedad y en la libertad, lo que no era óbice para que el Ejecutivo pudiese, a través de una habilitación (*Ermächtigung*), incidir sobre tales materias[187].

Ello va a explicar el desarrollo, tanto práctico como teórico, de los dos instrumentos de excepción en la época. Por un lado, las Leyes de habilitación (*Ermächtigungsgesetze*), en tanto en cuanto son necesarias para poder actuar en la

[183] Hace notar GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 282-283, que, por un lado, el poder reglamentario en Weimar pasaba a ser menor que el francés en este periodo, pese a que en el país galo, a través de la ejecución de la Ley, era posible intervenir sobre la propiedad y la libertad. Ahora bien, el Ejecutivo weimariano poseía la capacidad de desarrollar reglamentos administrativos de modo autónomo y sobre la base de un fundamento originario, *ex Constitutione*; poder del que carecía el Gobierno francés pese a los intentos legitimadores de HAURIOU.

[184] Se trataba de huir de los aires autoritarios de tal distinción, de marcadas raíces ideológicas, desarrollada originariamente por LABAND al calor del conflicto presupuestario del último tercio del siglo XIX alemán, como ha podido verse en el epígrafe I de este capítulo.

[185] Sobre esta Asociación y sus reuniones, *vid*. STOLLEIS, *op. cit.*, págs. 182 y ss.

[186] *Vid*. HELLER, H., «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. IV: *Das Recht der freien Meinungsäusserung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1928, págs. 98-135, así como también la ponencia de Max WENZEL, en esa obra y con el mismo título (págs. 136-167). *Vid*., también, STOLLEIS, *op. cit.*, pág. 193, que resume las posiciones expresadas por ambos autores. En castellano, un resumen lo encontramos en GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 284-287, y en GÓMEZ ORFANEL, G., *Normalidad y excepción en el pensamiento de Carl Schmitt*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 188 y ss.

[187] Es así como el doble concepto de Ley no quedó relegado al olvido. Al efecto, *vid*. en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932, los artículos de Richard THOMA «Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechsprechung» (págs. 221 y ss.) y, especialmente, «Die Funktionen der Staatsgewalt: Grundbegriffe und Grundsätze» (págs. 108 y ss.) así como los de Erwin JACOBI, «Die Rechtsverordnungen» (págs. 236 y ss.). *Vid*. un resumen del problema bajo el texto weimariano en SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 521, que añade, como adheridos a la tesis de THOMA, a autores de la talla de Georg MEYER o de Otto MAYER. *Cfr*. con HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 404 y ss., para quien la tradicional distinción entre Leyes en sentido formal y en sentido material sólo se mantendría en apariencia durante el periodo de Weimar.

esfera de la propiedad y de la libertad a través de actuaciones gubernamentales. Por otro, la delimitación de los poderes del artículo 48.2 CW, respecto a los cuales el Presidente, desde pronto, será competente para entrar en la esfera legislativa desde el prisma material, aunque no formal, lo que llevará a la doctrina a tildar a tales actuaciones de reglamentos que representan a la Ley (*gesetzesvertretende Verordnungen*). Ambas cuestiones pondrán en revisión la noción de reglamento de necesidad (*Notverordnung*).

B).- LOS TIPOS DE LEYES

Bajo el texto de Weimar se desarrolló una tipología de Leyes que puede organizarse en dos grupos: uno relativo a su ámbito de aplicación y otro respecto a sus requisitos de emisión.

En torno al primero, pese a los esfuerzos de un importante sector doctrinal por defender la generalidad de la Ley como característica sustancial de la misma[188], terminó por distinguirse entre Leyes de aplicación general y Leyes de caso único (*Einzelfallgesetze*). Su práctica provocó una discusión en la literatura jurídica entre aquellos que defendían su admisión (HELLER, THOMA) y los que no (SCHMITT, SMEND, KELSEN)[189].

Respecto al segundo grupo –distintos tipos de Leyes por su emisión– puede seguirse, por su claridad, la exposición de SCHMITT, aunque realizando las oportunas matizaciones en cada caso[190]. De acuerdo con este autor, al lado del legislador ordinario (*ordentliche Gesetzgeber*), que actuaría de acuerdo con el principio de la mayoría

[188] Sobre la generalidad de la Ley en SCHMITT, *vid*. GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., págs. 153 y ss. *Vid*. también SANTAMARÍA PASTOR, *op*. *cit*., págs. 516 y ss.

[189] *Vid*. GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., págs. 199 y ss.; HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 416 y ss., nos da ejemplos de este tipo de Leyes de caso único, aunque matizando su «singularidad», y aludiendo, entre otras, a las mismas Leyes de habilitación que luego veremos. Se ha de tener en cuenta que la delimitación doctrinal de esta figura, unida a la distinción entre Ley y medida realizada por SCHMITT en la época, llevaría a que años después se terminase por desarrollar la noción de Ley-medida (*Massnahmegesetz*) a partir de una conocida conferencia de FORSTHOFF, E., «Über Massnahme-gesetze», en *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1ª ed., Isar Verlag, Múnich, 1955, págs. 221 y ss. *Cfr*. con el resumen sobre las Leyes medida que realiza GÓMEZ ORFANEL, *op. cit.*, págs. 231 y ss.

[190] Tales matizaciones no son otras que las relativas a los poderes Legislativos del Presidente del *Reich*. Como se verá, en una primera etapa el autor defiende la imposibilidad del Jefe del Estado para dictar normas de carácter legislativo, si bien, a partir de los años treinta y de acuerdo con una frondosa jurisprudencia que lo permitía, terminará por alzar a este *Reichspräsident* como un legislador más.

parlamentaria, y sobre la base del artículo 68 CW, existirían tres legisladores extraordinarios (*ausserordenlichen Gesetzgebern*)[191].

El primer legislador extraordinario es *ratione materiae*, en tanto en cuanto el artículo 76 exige una mayoría de dos tercios para modificar la parte dogmática del texto constitucional, la «segunda Constitución» –en expresión del autor–, lo que colocaría a este legislador cualificado en una posición distinta y superior a la del legislador ordinario[192]. El segundo legislador extraordinario lo es *ratione supremitates*, en cuanto estamos ante un legislador plebiscitario, ya que el artículo 73.3 CW preveía la iniciativa legislativa popular, cuando lo solicitase un 10% del total del cuerpo electoral, pudiendo llegar a imponerse al Parlamento[193]. Por último, encontramos al legislador extraordinario *ratione necessitatis*, que no es otro que el propio Presidente del *Reich* a quien, en virtud de los poderes del artículo 48.2, se le atribuía la potestad de emitir reglamentos imperiales que representan a la Ley (*reichsgesetzesvertretendes Rechtsverordnungsrecht*)[194], en el sentido que luego analizaremos.

En este último punto se ha de destacar que SCHMITT, *a priori*, no considera como legislador *per se* al Presidente del *Reich*, pues entiende que éste actúa únicamente *ratione temporis ac situationis*, de tal suerte que «a diferencia de los otros dos tipos de legislador extraordinario, el legislador del artículo 48.2 no se coloca, en absoluto, por encima (*übergeordnet*) del legislador parlamentario ordinario sino que, al contrario, queda subordinado (*untergeordnet*) a éste»[195], de acuerdo con las potestades de control que el artículo 48.3 CW tiene sobre estas «medidas» (*Maßnahmen*). No obstante, añade, el legislador extraordinario termina por ser superior al anterior en situaciones excepcionales[196].

[191] SCHMITT, C., *Legalidad y Legitimidad*, 1ª ed., Comares, Granada, 2006 (traducción de la 4ª ed. en alemán de la obra publicada en 1932), págs. 37 y ss. Se ha manejado también la versión alemana, *Legalität und legitimität*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1968 (reimpresión de la 1º ed. de 1932), que dedica sus págs. 40 y ss. a esta cuestión. *Vid*. también, GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., págs. 259 y ss., donde explica estos distintos tipos de legisladores.

[192] SCHMITT, *op*. *et loc*. *cit*.

[193] SCHMITT, *op*. *cit*., págs. 58 y ss.

[194] SCHMITT, *op*. *cit*., págs. 66 y ss. La traducción española habla de «derecho a dictar ordenanzas jurídicas que reemplazan leyes jurídicas». Por su parte, la edición alemana utiliza la expresión señalada. *Vid*. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (*cit*.), pág. 70.

[195] SCHMITT, *Legalität…* (*cit*.), pág. 72.

[196] En efecto, al actuar en situaciones extraordinarias, puede el Presidente decidir de modo discrecional e, incluso, desarrollar actuaciones no reversibles pese a la inicial provisionalidad, que SCHMITT ejemplifica en algo tan gráfico como un fusilamiento, así en *op*. *cit*., págs. 72 y 73 de la edición alemana.

Esto se explica porque la tradicional diferenciación entre Ley y aplicación de la Ley, entre Legislativo y Ejecutivo, presente en tiempos de calma, ordinarios, desaparece en tiempos extraordinarios: el Presidente en situaciones excepcionales «reúne en sí tanto la Legislación (*Gesetzgebung*) como la aplicación de la Ley (*Gesetzesanwendung*), y puede ejecutar directamente, por sí mismo, sus normas legales (*gesetzen Normen*), lo que el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario no puede en tanto que respeta la separación de poderes del Estado Legislativo, con su separación entre Ley y aplicación de la Ley»[197]. Pese a no entenderse, como se ha visto, como un legislador *stricto sensu*, lo cierto es que tanto la jurisprudencia de la época como la mayoría de la doctrina entendieron que el Presidente actuaba –sobre la base del artículo 48.2– como un legislador más: dictando reglamentos con verdadera fuerza de Ley.

2.- EL DERECHO DE NECESIDAD EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

La noción de reglamento de necesidad se iba a modificar *a radice* con la resolución parlamentarizadora de 1914, el tránsito de la soberanía a las Cámaras, el fin del principio monárquico y el derrumbe del tradicional reparto competencial entre Ley y reglamento. Ahora bien, ello no implicaba una renuncia total al desarrollo por parte del Gobierno de normas excepcionales para situaciones de urgencia, sino únicamente un cambio de enfoque: la idea de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*), en su sentido clásico, estaba obsoleta y precisaba de una actualización a esta nueva situación para poder hacer frente el Ejecutivo a situaciones de crisis nunca vistas y respetando ahora este nuevo encuadre constitucional.

Es así como este instrumento va a sufrir no sólo un cambio material bajo el nuevo texto, sino que también se modificará su terminología: la aducida expresión se sustituye por la de «reglamento que representa a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnung*), tomando la tradicional expresión empleada por JELLINEK y seguida por un nutrido grupo de autores años atrás. La cuestión, no obstante, no estará exenta de polémica, discutiéndose por entonces tal cambio.

Dentro de estos reglamentos que representan a las leyes, HUBER delimita dos tipos: los «reglamentos apoderados» (*Vollmacht-Verordnungen*), dictados gracias a una previa Ley de habilitación (*Ermächtigungsgesetz*), y, por otro lado, los «reglamentos de

[197] SCHMITT, *op. cit*., pág. 74.

dictadura» (*Diktatur-Verordnungen*), esto es, los ejercidos con base en el artículo 48.2 de la Constitución[198]. La expresión de «reglamento de necesidad» se habría visto entonces sustituida, sin perjuicio de que se mantuviese en la práctica totalidad de los textos constitucionales de los *Länder*[199]. A esta modificación nos vamos a referir por separado, al estudiar las Leyes de habilitación, por un lado, y los reglamentos dictados sobre la base del artículo 48.2, por otro, para terminar aludiendo al problema terminológico.

A).- LAS LEYES DE HABILITACIÓN

El uso de las Leyes de habilitación durante el periodo de Weimar para hacer frente a la situación de crisis que viviría entonces la República es de sobra conocido[200]. Se continuaba así con la técnica consolidada durante la Primera Guerra Mundial, trasladándose a este nuevo marco constitucional las disquisiciones teóricas que se dieron también –con motivo de la Ley de habilitación de 1914– bajo el texto de 1871.

En efecto, también se discutió la inconstitucionalidad de tales medidas, en tanto en cuanto la Constitución no preveía en ningún precepto la posibilidad de atribuir poderes del Legislativo al Ejecutivo, permitiendo a éste dictar normas que entrasen en el ámbito legal[201]. Y, de nuevo –en un sentido muy similar– muchos de los iuspublicistas de la época entendieron su conformidad con la Carta Magna dado que, en la práctica, tales leyes se aprobaban con una mayoría de dos tercios del *Reichtag*, es decir, la

[198] HUBER, *op. cit*, Vol. VI, págs. 435-436.
[199] *Vid. infra*, el punto II.4 de este capítulo.
[200] Sobre esto, *vid*. SCHOENBORN, W., «Sonstige ausserordentliche Ermächtigungen», en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (*cit*.), Vol. II, págs. 310-313, quien bajo esta rúbrica de «Otras habilitaciones extraordinarias» resume el uso de las Leyes de habilitación en la época. Recuerda también cómo su utilización se dio también en los *Länder* (pág. 311, especialmente nota 3).
[201] No en vano se habla de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), así SCHOENBORN, «Sonstige ausserordentliche… (*cit*.)», pág. 311, o HUBER, *op. cit*., Vol. VI, pág. 438. Hubo otras Leyes que también habilitaron al Ejecutivo para actuar en la esfera de la Ley, si bien no se utilizó en la doctrina, por lo general, la terminología de reglamentos de necesidad o de reglamentos que suplen a la Ley para aludir a las medidas desarrolladas sobre la base de tales normas. Las más conocidas fueron las dos Leyes de defensa de la República (*Republikschutzgesetze*). La primera, dictada en 1922 y que perdurará hasta 1929, se aprobó, en parte, para sustituir, y así dotar de un prurito de legalidad, a los reglamentos de protección de la república 1921 y 1922, dictados sobre la base del artículo 48 CW. Esta primera norma establecía, al efecto, un Tribunal de Defensa de la República (*Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*), sin los preceptivos dos tercios de reforma constitucional, de ahí que su creación fuese controvertida. La segunda norma estuvo en vigor desde 1929 y hasta 1932, aunque su importancia fue menor debido a la existencia de sendos reglamentos presidenciales en la materia. Ambas prohibían organizaciones que fuesen contra «la forma de Estado republicana constitucionalmente reconocida» (*verfassungsmässige republikanische Staatsform*), habilitando al Ejecutivo para realizar actuaciones que entrarían también sobre la esfera legal, especialmente en relación con la prohibición de reuniones o asociaciones. Sobre ambas y su aplicación, HUBER habla de habilitaciones (*Ermächtigungen*) para dictar «medidas ejecutivas» (*Exekutivmassnahme*). *Vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. VI, págs. 658-686.

mayoría necesaria para reformar el texto constitucional, de acuerdo con el artículo 76 CW[202].

Estas mayorías se obtenían por una sencilla razón: si las reformas no se realizaban por esta vía, donde el *Reichtag* se reservaba un cierto derecho de control sobre los reglamentos así promulgados, se acabarían por realizar por la del 48.2 CW. De este modo, las leyes de habilitación daban una pátina de constitucionalidad a la actuación gubernamental pese a que el Ejecutivo, en la práctica, actuase de modo autocrático o dictatorial[203]. En cualquier caso, «la significación práctica de las Leyes de habilitación fue excepcional», ya que entre las antiguas habilitaciones (sobre la base de la Ley de 1914) y las ocho primeras Leyes de habilitación, se dictaron en torno a 420 reglamentos que representan a la Ley[204].

i).- TIPOLOGÍA

Durante el periodo weimariano se promulgaron multiplicidad de Leyes de habilitación que, siguiendo a HUBER, pueden organizarse en varios grupos.

El primer grupo corresponde, más bien, a las llamadas «subdelegaciones» –*Subdelegationen* o «antiguas habilitaciones» (‘*Alt-Ermächtigungen*’, en expresión del autor)– que se desarrollarían sobre la Ley de habilitación de 1914 y que, aunque dictadas bajo el texto de 1871, perpetuarían su vigencia bajo el nuevo texto de Weimar[205]. Se ha de tener en cuenta que la Ley de 1914 estuvo vigente hasta la publicación de la Ley sobre la transitoriedad del poder imperial de 10 de febrero de

[202] *Vid*. STOLLEIS, *op*. *cit*., págs. 113-114, así como la bibliografía que allí se cita. El autor recuerda que juristas de la talla de ANSCHÜTZ, THOMA o JELLINEK defendieron que la Constitución podía ser modificada como cualquier otra Ley y en todos sus elementos, siempre que se respetase el proceso señalado por la misma Constitución en tal precepto, frente a otros, como TRIEPEL, SCHMITT o BILFINGER, que defendían ciertos límites a la reforma constitucional. Incluso algún autor tildó esta situación de «quebrantamiento de la Constitución» (*Verfassungsdurchbrechung*); misma expresión que SCHMITT utilizaría en la época al referirse a la noción de medida (*Maßnahme*). *Vid*. EHMKE, H., «Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 79, 1953, págs. 385 y ss. En un sentido similar, BÜHLER, O., «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos» (traducción de José ROVIRA ARMENGOL, de 1931), en *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid 2010, en su comentario al artículo 76, págs. 240-241, habla de «transgresiones a la Constitución», indicando que al no prohibir el citado precepto una «reforma tácita» de la Constitución por vía legislativa ello se produjo de modo «lamentablemente frecuente» en la época, a través de, como veremos, las leyes de habilitación.

[203] De hecho, como se verá, en la última etapa de la República (1930-1932) no se lograron reunir por el Gobierno del Canciller Heinrich BRÜNING tales mayorías, de ahí que entonces se acudiese a los reglamentos del 48.2 y no a las leyes de habilitación.

[204] HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, pág. 442.

[205] HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, pág. 437.

1919 (*Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt*), reguladora del poder gubernamental en el interregno entre el Segundo *Reich* y la aprobación de la Constitución de Weimar, el 11 de agosto de 1919. Señala el autor que «el número total de reglamentos que hacen las veces de Ley (*gesetzesvertretende Verordnungen*) dictados sobre la base de esas subdelegaciones, tras la entrada en vigor de la Constitución en el periodo 1919-1925, ascendió a 215, algunos de ellos decisivos y con eficacia duradera»[206].

Un segundo grupo de Leyes de habilitación se dictan en los meses previos a la entrada en vigor de la Constitución de Weimar. Así, tan rápido como se reestableció el Poder Legislativo en el Parlamento, tan pronto se cedió este poder al Ejecutivo a través de tres normas: la Ley de emergencia para las actuaciones en Alsacia y Lorena, de 1 de marzo de 1919 (*Not-Gesetz für elsass-lothringische Angelegenheiten*), la Ley para la ejecución de las condiciones del armisticio de 6 de marzo de 1919 (*Gesetz zur Durchführung der Waffenstillstandsbedingungen*), y, en fin, la Ley sobre una simplificación de la legislación para la transición económica de 17 de abril de 1919 (*Gesetz über eine vereinfachte Form für die Zwecke der Übergangswirtschaft*)[207]. De las dos primeras normas emanaron una suerte de reglamentos circunscritos a una situación de emergencia concreta, y bajo unas condiciones determinadas, mientras que la última habilitó para dictar reglamentos de ámbitos y duración más extensa[208].

El tercer grupo de Leyes de habilitación se desarrolla ya tras la entrada en vigor del texto de Weimar, dictándose en el conocido contexto de crisis económica del periodo comprendido entre 1920 y 1923. Concretamente, se dictan cinco leyes: la (segunda) Ley sobre simplificación de la legislación para la transición económica, de 3 de agosto de 1920 (*zweites Gesetz über die vereinfachte Form für die Zwecke der Übergangswirtschaft*)[209], la (tercera) Ley sobre la emisión de reglamentos para lograr la transición económica, de 6 de febrero de 1921 (*drittes Gesetz über den Erlass von Verordnungen für die Zwecke der Übergangswirtschaft*), el artículo VI de la Ley de emergencia del Reich de 24 de febrero de 1923 (*Art. VI des Reichs-Notgesetzes*), la

[206] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 438. Entre estos reglamentos, señala el autor, destaca el reglamento de medidas contra el cierre de empresas (*Stillegungs-Verordnung*) de 8 de noviembre de 1920, que, en su redacción de 13 de octubre de 1923, logró mantenerse en vigor hasta 1934 como uno de los ejes del constitucionalismo social de Weimar.
[207] HUBER, *op. et loc. cit.*
[208] Al efecto, HUBER nos ofrece como muestra el reglamento sobre el Consejo Económico transitorio del *Reich*, de 4 de mayo de 1920, o el reglamento sobre el Tribunal Económico del *Reich*, de 21 de mayo de 1920. *Vid*. HUBER, *op. cit.* Vol. VI, pág. 438.
[209] Sustituye a la primera que, hemos visto, databa de 17 de abril de 1919.

(primera) Ley de habilitación imperial, de 13 de octubre de 1923 (*erstes Reichs-ermächtigungsgesetz*), y, en fin, la (segunda) Ley de habilitación imperial, de 8 de diciembre de 1923 (*zweites Reichs-ermächtigungsgesetz*)[210]. Todas estas normas adjudicaban el Poder Legislativo al Gobierno, teniendo por ello «un carácter modificador de la Constitución» (*verfassungsändernde Charakter*), y ello sin llegar a alterar el texto constitucional en sí, de ahí que se haya dicho de éstas que «fueron actos de 'reforma constitucional tácita' (*stillschweigenden Verfassungsänderung*) o, de modo más exacto, de 'silenciosa elusión constitucional' (*verschwiegenen Verfassungsänderung*)»[211].

Un cuarto grupo de Leyes de habilitación se dicta en los años 1926 y 1927, con objeto de lograr una rápida aplicación del Convenio Económico austro-germano de 1 de septiembre de 1920. Dada la gravedad de la situación económica, el Presidente del *Reich* dictó en 1924, sobre la base del artículo 48.2 CW, un reglamento haciendo provisionalmente aplicable el Convenio. El *Reichstag* daría su consentimiento a este Tratado en 1925. Pues bien, para su efectiva implementación se recurriría a la técnica de las leyes de habilitación, dictándose al efecto dos: la (primera) Ley de habilitación imperial sobre la aplicación provisional del Convenio Económico, de 10 de julio de 1926 (*erstes Reichs-ermächtigungsgesetz über die vorläufige Anwendung von Wirtschaftsabkommen*) y la segunda, de idéntica rúbrica, de 14 de julio de 1927[212]. Ambas otorgaban una autorización al Gobierno para actuar, desarrollando las medidas necesarias, durante el plazo de seis meses.

La técnica de las leyes de habilitación se dejará aparcada durante los años venideros, como consecuencia de un incremento del uso de los reglamentos del artículo 48 CW (especialmente en el periodo 1930-1933), si bien volverá a utilizarse, ya de modo definitivo, en 1933. En efecto, el nombramiento de HITLER como Canciller (*Reichskanzler*), el 30 de enero de 1933, precipitaría el fin de este periodo[213],

[210] *Vid*. BÜHLER, *op*. *cit*., Vol. VI, pág. 206, quien señala de esta norma que llegó «a suplantar al propio artículo 48 como fundamento normativo de futuras disposiciones extraordinarias en materia financiera».
[211] HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, pág. 439.
[212] Como veremos en el punto II.3.B), la exigencia de que el *Reichstag* no se halle reunido para poder dictar estos reglamentos hará que autores como HUBER entiendan que estamos ante reglamentos de necesidad en sentido clásico.
[213] Esta fecha, en la que HITLER alcanza el poder, se suele entender como «el punto final del constitucionalismo histórico de la era de Weimar», como recuerda HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 1255 y ss. También BAÑO LEÓN, J. M.ª, «Estudio Preliminar: Carl Schmitt: la autoridad del poder», en *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, págs. LV y ss., resumiendo el periodo y la posición de Carl SCHMITT.

consolidándose la concentración de poderes en el partido nazi con la última Ley de habilitación, aprobada también con esa necesaria mayoría de dos tercios: la Ley para combatir la emergencia del pueblo y del Imperio, de 23 de marzo de 1933 (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*). Esta supone, junto con el Decreto del incendio del *Reichstag* que luego veremos, la caída del régimen de Weimar y la supresión tácita de la Constitución de 1919.

La nueva Ley –en sus cinco exiguos artículos– concedía al Canciller y a su Gabinete unas potestades absolutas. De este modo, y al contrario que las anteriores, tal norma autorizaba al Gobierno no ya a dictar reglamentos, sino directamente a promulgar Leyes sin intervención del *Reichstag*[214], las cuales, además, podían ir en contra de la misma Constitución[215]. Por otro lado, permitía también que el Ejecutivo firmase tratados internacionales sin intervención parlamentaria alguna[216]. A partir de esta norma, el *Reichstag* quedará, *de facto*, sin potestades normativas, limitándose meramente a la prórroga de tal Ley habilitante en 1937 y 1941.

La Constitución de Weimar seguía vigente, no siendo derogada explícitamente hasta la *Grundgesetz* de 1949. Sin embargo, la Ley de habilitación hacía que, en la práctica, la Carta Magna quedase sin efecto. Por su parte, aunque HITLER era meramente el Canciller, asumió los poderes del Presidente (*Reichspräsident*) a la muerte de VON HINDENBURG en 1934 y hasta el final de la guerra en 1945.

ii).- LÍMITES Y CONTROL

Para finalizar, se ha de destacar que las normas dictadas al amparo de las Leyes de habilitación estaban sujetas a una serie de controles y de límites.

En cuanto al control de esta potestad reglamentaria, éste quedaba sujeto a las previsiones de cada una de las Leyes. Así, en casi todas, se exigía el consentimiento de

[214] Así lo preveía su artículo 1 que indicaba que «[a]demás del procedimiento previsto en la Constitución, las Leyes del *Reich* pueden ser también dictadas por el Gobierno del *Reich*. Esto incluye a las Leyes de los artículos 85.2 y 87 de la Constitución».

[215] El artículo 2 señalaba que «[l]as Leyes promulgadas por el Gobierno del *Reich* pueden contradecir la Constitución Imperial, siempre que no contradigan las Instituciones del *Reichstag* y del *Reichsrat*. Los derechos del Presidente del *Reich* se mantienen incólumes».

[216] El artículo 4 de la norma precisaba que «[l]os Tratados celebrados por el Imperio con Estados extranjeros que afecten a las materias propias de aquél, no precisarán del consentimiento de las Cámaras Legislativas mientras dure la presente Ley. El Gobierno del *Reich* dictará las disposiciones necesarias para la ejecución de tales Tratados».

ciertos órganos del Estado para que estos reglamentos pudieran ser dictados[217], en otras se preveía la posibilidad de ser abolidos por el propio *Reichstag*[218], o, en fin, se indicaba que éste debía no estar reunido para que el Gobierno pudiese promulgarlos[219]. Por otro lado, su contenido muchas veces estaba limitado por razón de la materia: algunas de estas Leyes acotaban el ámbito de actuación de los reglamentos a situaciones determinadas[220], pese a que, en ocasiones, ello se hiciese de modo muy flexible[221].

Además, en ningún caso estos reglamentos habilitados (*Vollmacht-Verordnungen*) podían ir en contra de la Constitución, incluso aunque ello no se señalase de modo explícito en las Leyes de habilitación[222]. Por último, existía una barrera de carácter temporal, habiéndose llegado incluso a señalar que «la limitación más importante de las decisiones habilitadas, dictadas sobre la base de las ocho Leyes de habilitación del periodo weimariano, radicaba en su temporalidad (*Befristung*)»[223]; afirmación que también puede aplicarse a las Leyes de 1926-1927, como se ha podido ver.

Estos controles y límites no fueron meramente teóricos. De hecho, la fuerte oposición del *Reichstag* al abuso de estas potestades en los años 1923-1924, llevó a que

[217] Todas menos las Leyes de 6 de marzo de 1919 y de 13 de octubre de 1923, en las que la potestad reglamentaria se desarrollaba únicamente por el Gobierno. En el resto se exigía el consentimiento del *Reichsrat* o de una Comisión del *Reichstag* (Leyes de 1 de marzo de 1919, 17 de abril de 1919, 3 de agosto de 1920, 6 de febrero de 1921 y, en algunos de los casos de la Ley de 24 de febrero de 1923, así como de las Leyes de 1926 y 1927), o, al menos, que el *Reichstag* y el *Reichsrat* fueran oídos (Ley de 8 de diciembre de 1923). Al respecto, *vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. VI, págs. 440-441 y 448-449.

[218] Concretamente en las ocho primeras Leyes de habilitación (1919-1925).

[219] Es el caso de las Leyes de habilitación de 1926 y 1927.

[220] Así, la Ley de 1 de marzo de 1919 y la de 6 de marzo del mismo año.

[221] Esto acaecía con las Leyes restantes, que utilizarían conceptos jurídicos indeterminados habilitantes de diversa índole para actuar: en las Leyes de 17 de abril de 1919, de 3 de agosto de 1920 y de 6 de febrero de 1921 se precisa que se actúe «con el objeto de lograr la transición económica» (*Zwecke der Übergangswirtschaft*); en la de 24 de febrero de 1923 se permite para defenderse de «influencias extranjeras» (*fremder Einwirkungen*); en la de 13 de octubre de 1923, la actuación se realiza «en el ámbito financiero, económico y social, cuando sea imperioso y necesario» (*auf finanziellem, wirtschaftlichem und sozialem Gebiet erforderlich und dringend*); en la de 8 de diciembre de 1923 se actúa «en atención a la emergencia del pueblo y del *Reich*, necesaria e imperiosa» (*im Hinblick auf die Not von Volk und Reich erforderlich und dringend*); y, en fin, en las dos últimas Leyes de 1926-1927 se podía emitir reglamentos ante situaciones de «imperiosas necesidades económicas» (*dringendes wirtschaftlichen Bedürfnisses*).

[222] Así lo entiende HUBER, *op. cit*., Vol. VI, págs. 440-441, aunque advierte, como excepción, la habilitación que realizaba la Ley de 13 de octubre de 1923, que permitía dictar reglamentos «que se aparten de los derechos fundamentales de la Constitución Imperial» (*von den Grundrechten der Reichsverfassung abgewichen*). *Cfr*. con FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit* (*cit*.), pág. 189, para quien, debido a este párrafo, la susodicha Ley permitía dictar «reglamentos jurídicos con fuerza de Ley» (*Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft*).

[223] HUBER, *op. cit*., Vol. VI, pág. 441.

el *Reichspräsident* EBERT disolviese la Cámara[224], así como a que se prescindiese del uso de esta actuación habilitada a partir de 1930 (con la consabida salvedad de la Ley de plenos poderes de 1933).

B).- EL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

Para BÜHLER, el artículo 48 CW aparece como la disposición «más importante de toda la Constitución», dado el escenario extraordinario del país durante la vigencia del texto[225], las situaciones a las que dio lugar, su tremendo impacto en múltiples textos constitucionales de la época[226], así como en algunos de los distintos *Länder* que a su vez componían la República de Weimar; y, en fin, por la profusa literatura jurídica a la que su estudio dio lugar[227]. Su redacción era la siguiente:

[224] A través del reglamento de disolución de 13 de marzo de 1924 (*Auflösungsverordnung*), con fundamento en su potestad reconocida en el artículo 25 CW, *vid*. HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, pág. 442.

[225] BÜHLER, en su comentario al artículo 48 del «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos» en *La Constitución de Weimar* (*cit.*), pág. 204.

[226] *Vid*. al efecto, ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., pág. 97-98, en la nota 121 recuerda que sendos textos recogieron un párrafo similar, así la Constitución de la República Checa, de 29 de febrero de 1920 (artículo 54), la de Letonia de 15 de febrero de 1922 (artículo 81), la de Polonia de 17 de marzo de 1921 (artículo 44, tras la reforma de 2 de agosto de 1926), la de Lituania de 15 de mayo de 1928 (artículo 53), la de Estonia de 3 de septiembre de 1937 (artículo 99), la de Rumanía de 27 de febrero de 1938 (artículo 46.7), o, como es de sobra conocido, en el artículo 16 de la Constitución Francesa de 1958. También tendrá influencia en nuestra Constitución de 1931, concretamente en su artículo 76. d), que otorgaría al Presidente de la República la facultad de «ordenar las medidas urgentes que exijan la defensa de la integridad, o la seguridad de la nación, dando inmediata cuenta a las Cortes» –pese a que a este precepto no se le haya prestado la atención que merece–, o, ya en pleno franquismo, en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, que habilitaba al Jefe del Estado para «adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inminente, dando cuenta documentada a las Cortes».

[227] Al efecto, *vid*. ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., págs. 97-99, nota 121, indica el grueso principal de bibliografía necesaria para abordar este tema. Destacan especialmente por su profundidad y calidad: ANSCHÜTZ, G., «Kommentar zu art. 48», en su obra *Die Verfassung des Deutschen Reichs von 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14ª ed., Georg Stilke, Berlín, 1933, págs. 267-300; la obra colectiva, dirigida por ANSCHÜTZ y THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (*cit.*), Vol. II, en especial los artículos de Richard GRAU («Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten», págs. 274-295, así como «Die Diktaturgewalt der Landesregierungen», págs. 295-300) y de Walther SCHOENBORN («Die Notverordnungen», págs. 300-310); la conocida reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*) de abril de 1924, cuya temática fue precisamente el delimitar estos poderes del artículo 48 CW, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1924. *Vid*. también GRAU, R. *Die Diktaturgewalt der Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des art. 48 Reichsverfassung*, 1ª ed., Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1922; NAWIASKY, H., «Die Auslegung des art. 48 der Reichsverfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 9, 1925, págs. 1 a 56. En castellano puede verse SCHMITT, *Ensayos sobre la dictadura* (*cit.*), donde se contienen algunos artículos del autor sobre el tema; BAÑO LEÓN, «Estudio preliminar… (*cit.*)»; también GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., págs. 227 a 231 –aunque centrándose en la noción de medida–; y, más recientemente, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «Los poderes excepcionales del Presidente del Reich. El art. 48.2 de la Constitución de Weimar en el debate académico», en CASQUETE, J., y TAJADURA, J. (Coords.), *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2020, págs. 219-249.

«1. Cuando un *Land* no cumpla los deberes que le imponen la Constitución o las Leyes del *Reich*, el Presidente de éste podrá obligarle a ello con ayuda de la fuerza armada (*mit Hilfe der bewaffneten Macht*).

2. Cuando en el *Reich* se hayan alterado gravemente (*erheblich gestört*), o estén en peligro (*oder gefährdet wird*), la seguridad y el orden público (*die öffentliche Sichercheit und Ordnung*), el Presidente del *Reich* puede adoptar las medidas necesarias (*nötigen Maßnahmen*) para su restablecimiento, pudiendo, si fuese necesario, recurrir a la fuerza armada. A tal fin puede, temporalmente, dejar sin efecto (*ausser Kraft setzen*) el ejercicio, total o parcial, de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

3. De todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1º y 2º de este artículo, el Presidente del *Reich* habrá de dar conocimiento inmediato al *Reichstag*. A requerimiento de éste, dichas medidas quedarán sin efecto (*ausser Kraft zu setzen*).

4. El Gobierno de un *Land* podrá aplicar en su territorio medidas provisionales (*einstweilige Massnahme*) de las expresadas en el párrafo 1º de este artículo, cuando el retraso en adoptarlas implique peligro. Tales medidas quedarán sin efecto (*ausser Kraft zu setzen*) si lo reclama el Presidente del *Reich* o el *Reichstag*.

5. Una Ley del *Reich* desarrollará este precepto».

Como señala ANSCHÜTZ, este artículo contenía dos poderes diferenciados. Por un lado, el artículo 48.1 CW habilitaba al Presidente para obligar a los *Länder* a actuar, a través de la «ejecución imperial» (*Reichsexecution*). Y por otro lado se reconocía el «poder dictatorial» (*Diktaturgewalt*) en el artículo 48.2, que autorizaba al *Reichspräsident* para hacer frente a situaciones excepcionales tomando todas las medidas necesarias para ello, así como a los Gobiernos de los *Länder*, habilitados a tales poderes por el artículo 48.4[228].

Un análisis completo de este precepto exige, por un lado, conocer el encaje jurídico-constitucional del Presidente del *Reich* en la Carta weimariana, así como la

[228] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 269. El que estemos ante dos figuras diferenciadas, subraya, se dilucida no sólo de que así se preveía en la misma Constitución de 1871 –artículos 19 y 68, para la ejecución del *Reich* y la declaración de guerra, respectivamente– sino también de que los distintos Proyectos de la Constitución de Weimar delimitaron los poderes en preceptos separados, concentrándose en el artículo 48 en la redacción final.

utilización práctica de sus reglamentos. Por otro, se hace indispensable adentrarse en la problemática de su naturaleza jurídica, para finalizar, sobre la base de lo anterior, estudiando los límites y controles existentes en torno a tal potestad extraordinaria.

i).- *EXCURSUS*: SOBRE LA FIGURA DEL PRESIDENTE DEL *REICH*

Para poder entender la trascendencia del artículo 48 CW –y la plasticidad con que fue interpretada su aplicación– se ha de aludir, brevemente, a la figura del Presidente del *Reich* (*Reichspräsident*)[229], cuyo protagonismo durante la época llegó a ser tal que incluso se discutió su presencia como «Defensor» (*Hüter*) –o, en su caso, ya al final del periodo, como de «Corruptor» (*Verderber*)– de la Constitución[230].

Como ha señalado BÜHLER, la Constitución de Weimar establecería un «Gobierno parlamentario, configurado de manera similar a los de Francia e Inglaterra, pero con la particularidad fundamental de que el Jefe supremo del *Reich*, es un Presidente que, a semejanza de los Estados Unidos de América, resulta elegido por sufragio directo del pueblo», de acuerdo con el artículo 41 de la CW. El Presidente del *Reich* tenía entonces una legitimación democrática[231] –que se ha tildado incluso de «Presidencia plebiscitaria» (*plebiszitäre Präsidentschaft*)[232]– en un sentido similar al del Parlamento o *Reichstag*. Ello hacía que estuviese investido de importantes poderes, pudiendo disolver el *Reichstag* (artículo 25 CW), someter a referéndum las Leyes dictadas por el anterior si así lo quería (artículo 73 CW), investir tanto al Canciller como a los Ministros (artículo 53 CW), o, en fin, dictar las medidas necesarias para restablecer el orden (artículo 48 CW).

Tales poderes, unidos al largo periodo de tiempo que preveía el artículo 43 CW por el que éste era elegido –7 años, siendo posibles ulteriores e ilimitadas reelecciones–

[229] Para ver una evolución del análisis doctrinal de la figura en la época, así como de sus fases, *vid*. STOLLEIS, *op*. *cit*., págs. 114 y ss., que sintetiza tal cuestión bajo el epígrafe de «la posición del Presidente del *Reich*» (*die Stellung des Reichspräsidenten*).

[230] STOLLEIS, *op*. *cit*., pág. 115. Es conocida la polémica entre KELSEN y SCHMITT sobre esta cuestión. Un análisis en nuestro idioma, así como los respectivos artículos de ambos autores, lo encontramos en SCHMITT y KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (*cit*.).

[231] Sobre el fundamento democrático de este cargo, *vid*. SCHMITT, «El defensor de la Constitución (*cit*.)», págs. 280 y ss., especialmente pág. 286, donde indica que: «Que el Presidente del *Reich* sea el defensor de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del *Reich* es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas (…) son, por naturaleza, una 'apelación al pueblo'».

[232] STOLLEIS, *op*. *cit*., pág. 114. Recuerda el autor que en un principio se vio como «síntesis feliz» (*glückliche Synthese*), ya que prometía reconciliar el elemento monárquico con el democrático.

ha llevado a algún autor como MORTATI, a afirmar que estamos ante un nuevo tipo de institución, con funciones de control tanto del Parlamento como del Gobierno, así como «con una eficacia análoga a la del Rey en los Estados monárquicos»[233]. Esto explica que –como indica GÓMEZ ORFANEL, resumiendo las tesis schmittianas– se haya querido ver en el Presidente un poder neutro, donde se incardina la voluntad estatal y se identifica con la voluntad del pueblo, dado su procedimiento de elección. Tal figura aparece contrapuesta al Parlamento, que encarna los intereses divergentes de la sociedad a través de los partidos. El Presidente se alza, pues, como una fuerza aséptica, suprapartidista[234].

Centrándonos –por su trascendencia– en la facultad de actuar bajo situaciones excepcionales, las actuaciones realizadas con fundamento en el artículo 48 CW estaban también, en cierto modo, legitimadas por la voluntad popular, lo que hacía de su naturaleza jurídica un interrogante difícil de resolver. A diferencia de lo que acaecía en el siglo XIX, donde el Ejecutivo se constituía en torno a la figura del Monarca, poseedor de la potestad reglamentaria autónoma por cuestiones sucesorias, el Jefe del Estado en Weimar desarrollaba normas con una alguna justificación democrática.

La naturaleza jurídica de las normas emanadas de este *Reichspräsident* se torna entonces compleja, especialmente si –como indicó parte de la doctrina de su tiempo– de la rúbrica del Capítulo III del texto constitucional («El Presidente del *Reich* y el Gobierno del *Reich*»), se dedujera que este Presidente «no forma parte, en un sentido estrictamente jurídico, del Gobierno o del *Reich*»[235]. Las normas que de él emanaban, en principio, no podían ser reglamentos o decretos porque no emanaban del Gobierno, pero tampoco Leyes o sentencias. Esto serviría de base a SCHMITT para justificar la existencia de las «medidas» (*Maßnahmen*) como normas autónomas y distintas a las reglamentarias.

En la práctica, tales medidas llevarían la rúbrica de reglamentos o decretos (*Verordnungen*). Sin embargo, ambas situaciones señaladas –la no pertenencia al

[233] MORTATI, C., «Una valoración de conjunto de la experiencia de la Constitución de Weimar», en *La Constitución de Weimar* (*cit.*), pág. 33. El texto original es de 1946. *Cfr*. con STOLLEIS, *op. cit*., pág. 115, que subraya el problema de conciliar este elemento monárquico del Presidente y su rol de «poder neutro» con los nuevos poderes dados por la vía plebiscitaria. *Vid*. también SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011 (traducción de la edición alemana de 1928), pág. 374, que indica que el Presidente del *Reich* gozaría de unas facultades semejantes «al de un jefe del Ejecutivo de carácter monárquico», si bien el encuadre de los principios de un Estado burgués de Derecho en la Carta de Weimar hace que no pueda hablarse de figuras intercambiables.
[234] GÓMEZ ORFANEL, *op. cit*., págs. 266 y ss.
[235] BÜHLE, *op. et. loc. cit.*

Gobierno y la téorica «legitimidad democrática» de sus actuaciones– unida a las complejidades económicas y políticas de aquel entonces, permitirán justificar a la doctrina y a la jurisprudencia que las actuaciones del Presidente podían entrar en el ámbito de la Ley con un carácter prácticamente ilimitado[236].

ii).- LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRECEPTO

El uso del artículo 48 CW por los distintos Gobiernos de la época de Weimar fue desmedido, con importantes implicaciones tanto en el plano jurídico como fáctico. Como señala BAÑO LEÓN, «el número de decretos de excepción es de tal porte que puede decirse sin exageración alguna que fueron muy pocos los periodos en que la totalidad de la Constitución de Weimar se aplicó a todo el país»[237]. En efecto, ya EBERT, primer Presidente del *Reich*, dictó durante los años 1919-1925, un total de 136 reglamentos centrados en cuestiones de diversa índole (económicas, de policía, tributarias, etc)[238]. A partir de tal fecha se produjo una disminución de su ejercicio, al calor de la mejoría de la situación política y económica y al uso de las Leyes de habilitación.

En un primer momento tales normas se dirigieron a resolver verdaderas situaciones de crisis, pero, a partir de 1922, como consecuencia del rápido empeoramiento de la situación económica, su uso comenzó a realizarse para incidir en cuestiones económico-sociales, no siempre de corte excepcional. La mutación definitiva de este instrumento se produce a partir de 1930, con la formación del Gabinete de BRÜNING, cuando estos reglamentos del artículo 48 CW –indica LÖWENSTEIN– «se convirtieron entonces en una técnica normal de legislación y ocuparon plenamente el lugar de la legislación parlamentaria»[239], consecuencia de que el Gobierno ya no disponía del apoyo de la Cámara y viéndose obligado a recurrir a estos poderes excepcionales para actuar. Esto explica que la cantidad de reglamentos presidenciales superase en este periodo a la de Leyes promulgadas: en 1931 el número de reglamentos fue de 43, frente a 35 Leyes, y en 1932 se dictaron 59 reglamentos y únicamente 5

[236] Para STOLLEIS, la pervivencia de unos poderes excepcionales a favor del Presidente se debe a una cierta creencia colectiva, como reminiscencia del principio monárquico, de que el Parlamento no iba a ser capaz de desarrollar el liderazgo necesario ante situaciones de emergencia. *Vid*. STOLLEIS, *op. cit*., págs. 76-77.
[237] BAÑO LEÓN, *op. cit*., pág. XLI.
[238] ANSCHÜTZ, *op. cit*., pág. 279.
[239] LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (*cit*.), pág. 289.

Leyes[240]. Todo ello terminaría por provocar que –en febrero de 1933– se produjese la caída de la República de Weimar.

En cualquier caso, de la activación de este precepto puede distinguirse –como se ha adelantado líneas atrás– dos tipos de actuaciones: la utilización de la «ejecución imperial» (*Reichsexecution*) del artículo 48.1, por un lado; y el uso de los poderes de dictadura (*Diktaturgewalt*), de los artículos 48.2 y 4, por otro.

Comenzando por el primero, a través del artículo 48.1 se permitía al Presidente obligar a un *Land* a cumplir con sus obligaciones, en caso de que no lo hiciera, incluso con ayuda de la fuerza armada. Es un claro precedente de la llamada «coacción federal» (*Bundeszwang*), presente ya en otros textos constitucionales germánicos, y también, como veremos, en múltiples ordenamientos jurídicos actuales, incluido el nuestro[241].

No obstante, el uso de este artículo fue más bien escaso, quedando borrosa su delimitación con los poderes del artículo 48.2 CW, por utilizarse de modo indistinto uno y otro precepto en las distintas actuaciones imperiales en los *Länder*[242]. Así se dilucida en las intervenciones del Presidente del *Reich* en Turingia, a través del reglamento de 22 de marzo de 1920; en Sajonia-Gotha, por medio de otro reglamento de 10 de abril de 1920[243], y, en fin, también en Gotha, a través del reglamento de 12 de abril de 1920[244]. Ulteriores intervenciones se produjeron directamente aludiendo al artículo 48.2, obviando el párrafo primero, como la realizada en el *Land* de Sajonia por reglamento del *Reichspräsident* de 29 de octubre de 1923, sustituyendo también su gobierno por autoridades del *Reich*. Como explica SCHMITT, las intervenciones que se realizaron en la práctica contra la autonomía de los *Länder* se produjeron bajo el amparo del artículo 48.2 CW por una cuestión muy sencilla: la utilización del 48.1 CW exigía un efectivo

[240] ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 100, nota 124.
[241] Nos referimos, obviamente, al artículo 155 de la Constitución española.
[242] Sobre la «ejecución imperial», *vid.* HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 731-743. El autor estudia aquí su razón de ser, sus requisitos y límites, su control y, en fin, las cuatro aplicaciones prácticas del precepto (conectadas con el artículo 48.2 CW).
[243] Ambos reglamentos colocaron a un «Comisario del *Reich*» (*Reichskommissar*) al frente del Gobierno del *Land*, suspendiendo la autonomía de la región y, en fin, prohibiendo a los Ministros el ejercicio de sus cargos. El primero, relativo a Turingia, se dictó sobre la base del artículo 48.2 CW, y no sobre su párrafo primero, y, el segundo, de 10 de abril de 1920, directamente se promulgó con fundamento en el artículo 48 CW, sin especificar siquiera si ello se hacía en el párrafo 1º o en el 2º. *Vid.* SCHMITT, *op. cit.*, pág. 334 y ANSCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 270-271.
[244] En este caso se señalaba expresamente que Gotha no había cumplido sus obligaciones, fundándose para ello en el artículo 48.1 CW, aunque, añadía, que, a la vista de las movilizaciones en la región, la intervención se realizaba «también sobre la base del art. 48.2». *Vid.* ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 271.

incumplimiento de las obligaciones del *Land*, mientras que el uso del artículo 48.2 sólo una mera amenaza de tal incumplimiento[245].

El suceso más conocido tal vez sea el de la suspensión de la autonomía prusiana. En efecto, el llamado «Golpe de Estado prusiano» (*Preußenschlag*), se produjo cuando el Canciller VON PAPEN –a través del Presidente VON HINDENBURG– promulgó el conocido *Notverordnung* de 20 de julio de 1932, bajo el pretexto de que el Gobierno prusiano era incapaz de hacer frente a los movimientos violentos que estaban teniendo lugar por aquel entonces[246]. Los efectos del reglamento eran contundentes: disolvía el Gobierno prusiano de BRAUN y declaraba a VON PAPEN Comisario Imperial de Prusia (*Reichskommissar*), pasando éste a controlar la región[247].

La doctrina de la época discutió fervientemente la admisibilidad de esta actuación, tanto a favor (SCHMITT o BILFINGER), como en contra (HELLER), llegando incluso al Tribunal Estatal (*Staatsgerichthof*)[248], que se pronunció por sentencia de 25 de octubre de 1932, señalando la inconstitucionalidad parcial del reglamento[249]: la intervención en Prusia, por la vía del artículo 48.2 CW, se entendía como acorde a la Constitución, pero se declaraba inconstitucional la destitución de los Ministros prusianos a través de este instrumento. Con esta sentencia, en fin, se confirma entonces la posibilidad de utilizar los mecanismos del 48.1 por la vía del 48.2 CW[250].

Respecto al uso del artículo 48.2 CW, dice HUBER que los reglamentos de dictadura que se aplicaron durante la época de Weimar pueden sistematizarse en tres grupos[251]:

Primero, los reglamentos dictados «en el marco de un estado de excepción militar» (*im Rahmen des militärischen Ausnahmezustands*), permitiéndose aquí realizar

[245] SCHMITT, «La dictadura del Presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar (*cit.*)», págs. 303 y ss. *Cfr*. con ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 271, dice que para que entre en aplicación este artículo 48.1 CW se ha de producir un incumplimiento «en tales obligaciones de los *Länder*, en los que por su carácter de miembros del *Reich* estén obligados, las cuales, en otras palabras, resultan de la relación de inclusión y subordinación de los *Länder* respecto al *Reich*».
[246] De nuevo, esta intervención se produjo sobre la base del párrafo 2º del artículo 48 CW.
[247] Sobre esto, *vid*. STOLLEIS, *op*. *cit*., págs. 120 y ss.
[248] El propio SCHMITT –junto con sus colegas JACOBI y BILFINGER– actuaría de abogado en este conflicto ante la corte de Leipzig. *Vid*. LOMBARDI, G., «Estudio Preliminar: La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones acerca de lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre Justicia Constitucional del siglo XX», en *La polémica Schmitt/Kelsen…* (*cit.*), pág. XIV, así como las págs. LXII y ss.
[249] STOLLEIS, *op*. *et loc*. *cit*.
[250] Sobre esto, *vid*. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 159 y ss.
[251] HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 445.

todo tipo de actuaciones, tales como el traslado del poder ejecutivo de la autoridad civil al Comandante Militar (*Militärbefehlshaber*) o al Comisario civil del *Reich* (*zivile Reichskommissar*), la suspensión de los siete derechos fundamentales del artículo 48.2 CW, la implantación de tribunales militares de excepción, etc. En definitiva, cabe realizar todo lo permitido en el modelo clásico del estado de sitio (*klassischen Modell des Belagerungszustand*)[252].

En segundo lugar, los dictados sobre la base de un «estado de excepción económico-financiero» (*wirtschaftlich-finanziellen Ausnahmezustand*). No obstante, la mayoría de las actuaciones en este ámbito, hemos visto, se realizaron a través de las autorizaciones dadas por las Leyes de habilitación. Sólo en dos periodos, en el hiperinflacionario de 1923 y en el comprendido entre 1930 y 1932, se utilizó esta técnica de modo más contundente. En el primer caso, se desarrollaron en el punto álgido de la crisis económica (verano y otoño de 1923), dado que no existía aún una Ley de habilitación en la materia. Esto llevó al *Reichspräsident* EBERT a dictar varias normas al efecto, donde destacan el reglamento sobre la captación de divisas de 7 de septiembre de 1923 o el de 11 de octubre de 1923, sobre la revalorización de tributos y de simplificación en el procedimiento tributario[253]. El uso de esta potestad en este ámbito fue excepcional: de los más de 130 reglamentos de necesidad dictados durante la era EBERT (1919-1925), en torno a un tercio –al menos 44– fueron de carácter económico-financiero[254].

La cesación de la eficacia de la Ley de habilitación de 13 de octubre de 1923 provocó que, de nuevo, se tuviese que recurrir al artículo 48.2 CW para intervenir en la materia. Así, se desarrollaron nuevos reglamentos, como el relativo a la obligación de aceptación del marco en los negocios realizados dentro del país, de 7 de noviembre de 1923, o el primer reglamento de necesidad en materia tributaria (*die Erste Steuernotverordnung*), de 7 de diciembre de 1923[255]. La entrada en vigor de la nueva Ley de habilitación de 8 de diciembre de 1923 hizo que el gabinete del nuevo Presidente, MARX, no se viese obligado a recurrir al artículo 48 CW para actuar en el plano económico.

[252] HUBER, *op. et loc. cit.*
[253] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 445-446. *Vid*. especialmente nota 62, que alude a los tres reglamentos aducidos.
[254] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 701.
[255] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 446. En la nota 64 alude a las cuatro disposiciones.

En el periodo iniciado en 1930, se vuelven a utilizar estos reglamentos. La situación parlamentaria de la época obligó a ello, dado que no existían mayorías suficientes para sacar adelante reformas de carácter económico-financiero. Y es que tras el *crack* de 1929, la situación económica de Weimar entra en un escenario insostenible: a la hiperinflación de los años anteriores se suma una quiebra de las arcas públicas que se trata de suavizar con la reducción de las pensiones, así como de los sueldos a los funcionarios, combinándose con un incremento en materia impositiva. Al efecto se desarrollaron distintas medidas desde el Gobierno de BRÜNING «para el aseguramiento de la economía y las finanzas» (*zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen*), siendo ejemplificativos los reglamentos del Presidente del *Reich* de 1 de diciembre de 1930, de 5 de junio de 1931 o, en fin, los dictados a raíz del *crash* bancario de 1931, como los de 6 de octubre y el 8 de diciembre de tal año[256]. De nuevo, el número de reglamentos presidenciales dictados en este campo es enorme: más de la mitad de los 109 dictados entre 1930-1932 son de carácter económico-financiero[257].

En un tercer grupo se encuadran los reglamentos emanados del Presidente «para la seguridad del ordenamiento jurídico, el orden y la paz interna» (*zur Sicherung des Rechts, der Ordnung und des inneren Friedens*), entrando aquí actuaciones que incidieron tanto en la Administración de Justicia (en el ámbito del Derecho Procesal o del Derecho Penal), hasta medidas de defensa dirigidas a conservar la seguridad pública[258]. Encontramos su utilización ya durante el periodo EBERT (1919-1925), con reglamentos como el de 17 de diciembre de 1923 sobre el aceleramiento del enjuiciamiento de las actuaciones penales, o la creación de tribunales de excepción, por medio de los reglamentos presidenciales de 19 de marzo de 1920 y de 29 de marzo de 1921[259]. A su uso se recurre, de nuevo, con contundencia en el segundo periodo de crisis weimariano (1930-1932), con actuaciones «para hacer frente a disturbios políticos» (*zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen*), donde destacan los reglamentos de 28 de marzo, de 17 de julio y de 6 de octubre de 1931, o con otros «para

[256] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 280. *Vid.* también los trabajos de SCHMITT de 1931, «Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechsgültigkeit», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2º ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1973 (reimpresión de la 1ª ed. de 1958), originariamente publicado en la obra colectiva *Notverordnung und öffentliche Verwaltung*, y en su versión española «El significado en el Derecho Público del reglamento de necesidad, especialmente su validez jurídica», en *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, 1ª ed., Tecnos, 2013, donde se contiene una defensa de la utilización del artículo 48 CW en este ámbito.
[257] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 702.
[258] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 446.
[259] *Vid*. ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 292.

la protección de la paz interior» (*zum Schutze des inneren Friedens*), como el reglamento de 8 de diciembre de 1931[260].

Dentro de este último grupo puede incluirse también el conocido reglamento presidencial para la protección del pueblo y del Estado, de 27 de febrero de 1933 (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*)[261], que, junto con la Ley de habilitación de 1933, fue el elemento clave en la caída de la República de Weimar y el tránsito hacia el Tercer *Reich* de HITLER. Se dicta en aplicación del artículo 48.2 CW, y en sus seis artículos dejaba sin efecto «hasta nueva orden» (*bis auf weiteres*) sendos derechos fundamentales –libertad de expresión, de sindicación, de prensa, el secreto de las comunicaciones, etc.–, instauraba la pena de muerte para determinados delitos (modificando, de paso, el Código Penal), y avocaba al *Reich* las competencias en materia de seguridad de los *Länder*, entre otras medidas. Además, el artículo 6 señalaba que el Decreto se aplicaría con carácter retroactivo, lo que permitiría condenar a muerte al supuesto artífice del incendio. Su contundencia explica que LÖWENSTEIN ha denominado a este reglamento como «la Carta Magna de los campos de concentración»[262].

iii).- SOBRE LA NATURALEZA DE LOS PODERES EMANADOS DEL ARTÍCULO 48

La interpretación de las potestades del artículo 48 CW fue un tema clásico a tratar por la doctrina de la época, siendo profusa la literatura jurídica al efecto. De nuevo, aunque el artículo 48 CW contenía dos tipos de poderes, la llamada «ejecución del *Reich*» (48.1) y los «poderes dictatoriales» (48.2), lo cierto es que las disquisiciones teóricas se centraron fundamentalmente en los segundos, dada su aplicación práctica[263].

[260] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 280.

[261] Más conocido como el Decreto de incendio del *Reichtag*, puesto que se dicta por el Presidente VON PAPEN, presionado por un recién llegado Adolf HITLER a la Cancillería. Se dicta como respuesta al incendio del edificio de la Cámara, con objeto de suprimir la «peligrosa insurrección comunista» que –se indicaba desde el partido nazi– se había iniciado con la quema del Parlamento. El Decreto sirvió también para controlar a los partidos de la oposición y así alzar al NSDAP al poder en las elecciones de 5 de marzo de 1933, para, ulteriormente, dictar la conocida Ley de habilitación de 23 de marzo con el objeto de traspasar el poder que restaba del Legislativo al Ejecutivo. Es de destacar que esta norma estuvo en vigor hasta su derogación por los Aliados al final de la Segunda Guerra Mundial.

[262] LÖWENSTEIN, *op. cit.*, pág. 289.

[263] Ello no es óbice para que algún autor estudiase esa *Reichsexecution*. *Vid*. ANSCHÜTZ, *op. cit.*, en las págs. 271-275. realiza un buen resumen de la cuestión, siendo destacable que las actuaciones fundamentadas en el artículo 48.1 las tilda de «actos de soberanía» (*Staatshoheitsakte*), de «intervenciones ejecutorias» (*exekutorische Einschreiten*) o de «decisiones» (*Entscheidungen*) no usando en ningún momento la terminología de «reglamentos de necesidad» o de «reglamentos que representan a la Ley».

Por su mayor relación con los reglamentos de necesidad, así como por su ejercicio, vamos a seguir esta línea.

La delimitación material de estos poderes se buscó con ahínco en la conocida reunión de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público, de abril de 1924[264]. La opinión mayoritaria entendió que el artículo 48.2 CW no reconocía más que una mera actualización del «estado de sitio» (*Belagerungszustand*), siendo las limitaciones expuestas por los ponentes (SCHMITT y JACOBI) insuficientes. Era preciso entonces dictar una Ley de desarrollo de este precepto, de acuerdo con el artículo 48.5 CW, que embridase susodichos poderes[265] y que, para entonces, habían comenzado a expandirse.

Se entendía así que, al igual que la Constitución de 1871 preveía en el artículo 68 la declaración del «estado de guerra» (*Kriegszustand*) por el *Kaiser* –remitiéndose a una Ley de desarrollo (la Ley prusiana de 1851)– esto mismo hacía el precepto objeto de análisis[266]. La actualización del «estado de guerra» o «estado de sitio» se manifiesta en el uso de la nueva terminología de «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*)[267], así como en que, bajo el artículo 48.2 CW, no se exige ahora una declaración formal antes

[264] *Vid*., al efecto VV. AA, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1924.

[265] STOLLEIS, *op. cit*., pág. 189. *Vid*., también, «Verhandlungsbericht zum Thema 'Diktatur'», en *Veröffentlichungen der Vereinigung… (cit.)*, págs. 137 a 139. En esta sesión participaron STIER-SOMLO, PILOTY, NAWIASKY, VON JAGEMAN, APELT, THOMA, TRIEPEL, FLEICHSMANN, ANSCHÜTZ, KOELLRENTTER, HELLER, WALDECKER, JELLINEK y BILLFINGER. *Cfr*. con SCHMITT, «El significado en el Derecho Público… (*cit*.)», págs. 363 y ss., quien critica la trasposición, sin más, de esta noción al artículo 48.2 CW, citando especialmente los trabajos de FREYMUTH, «Notverordnung rechtgültig?», en *Berliner Tageblatt*, núm. 356, 31 de julio de 1930, de HÄNTZSCHEL, K., «Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Artikles 48 der Reichsverfassung», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, V, enero 1926, pág. 12, nota 1, y, por último, MORSTEIN MARX, F., «Landesrechtliche Verwaltungsgerichtbarkeit und Diktaturmassnahme», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tomo 16, 1929, pág. 289.

[266] *Vid*. ANSCHÜTZ, *op. cit*., pág. 276, indica que «estos poderes se derivan (*hervorgehen*) de la antigua institución jurídica del estado de guerra (*Kriegszustand*) que se atribuía al *Kaiser* de acuerdo con el artículo 68 de la antigua Constitución imperial». *Cfr*. con HUBER, *op. cit*., Vol. VI, págs. 688 y ss., que destaca que el artífice de este precepto, Hugo PREUSS, se basó para su redacción en una norma de esta índole: concretamente en el «parágrafo de la dictadura» (*Diktaturparagraph*), esto es, el artículo 10 de la Ley para Alsacia y Lorena de 30 de diciembre de 1871, que habilitaba al Presidente para desarrollar las «medidas» (*Massregeln*) necesarias en caso de peligro de la seguridad. Además, recuerda que esta misma norma se basaba a su vez en el artículo 11 de la Instrucción Prusiana del *Oberpräsident* de 31 de octubre de 1825 y en el artículo 9 de la Ley francesa del Estado de sitio de 9 de agosto de 1849, ambas en vigor hasta la publicación de la aducida Ley de 1871.

[267] ANSCHÜTZ, *op. cit*., pág. 277.

de intervenir y, en fin, en que ya no siempre se produce una traslación del poder ejecutivo a los mandos militares[268].

Autores más recientes han subrayado esta posición doctrinal, por la que los poderes del artículo 48 estaban inicialmente previstos para desarrollar un Derecho de excepción en sentido moderno, pese a que, insisten, el hecho de que no llegase nunca a ver la luz tal Ley de desarrollo provocase en la práctica una ampliación de esos limitados poderes inicialmente previstos por la Asamblea constituyente[269]. En efecto, el artículo 48.2 CW se quiso ver como interino, hasta que se delimitase por su Ley reguladora qué había de entenderse por «medidas», así como se concretasen sus límites de actuación, su eficacia y sus mecanismos de control. La falta de promulgación de la aducida Ley hizo, como advierte SCHMITT, que este poder provisional terminase por convertirse en derecho vigente[270].

Pero, ¿cuál era entonces la naturaleza de esas disposiciones provisionales? Recordemos que el Presidente del *Reich* no sólo era elegido plebiscitariamente, sino que incluso para una parte de la doctrina ni siquiera formaba parte del Gobierno.

El artículo 48.2 CW –provisional o no– sólo habilitaba para dictar «medidas» (*Maßnahme*)[271]. Por ello, delimitar qué había de entenderse por éstas fuese tan importante. El conocido comentario de ANSCHÜTZ –seguido por la práctica totalidad de los juristas de entonces– indica que sobre la base del indicado precepto podían

[268] ANSCHÜTZ, *op. et loc. cit.*, habla, en el primer caso de una «desformalización del derecho de excepción» (*Deformalisierung des Ausnahmesrecht*) y en el segundo de una «militarización del poder civil» (*Militarisierung der Zivilgewalt*).

[269] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 444, también FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 173, que habla de «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*). En un ejercicio teórico de ampliación de estos poderes llegó a plantearse incluso el que, cuando la normativa de excepción fuese insuficiente para salvar el Estado o la Constitución, pudiese recurrirse al tradicional *Notrecht*, actualizado al «estado de necesidad constitucional» (*Verfassungsnotstand*). *Vid*. HECKEL, J., «Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand: mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 61, núm. 3, 1932, págs. 257-338, quien defiente esta tesis. *Cfr*. con HUBER, E. R, «Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit», en *Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 1ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1975, págs. 193-214, que la rechaza, junto con la doctrina mayoritaria de los años treinta que ya había señalado la inexistencia de un *Staatsnotrecht* bajo este nuevo texto constitucional (GRAU, ANSCHÜTZ, etc.). *Vid.* también, un resumen de la problemática en HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte… (cit.*), Vol. VI, págs. 689 y ss.

[270] SCHMITT, *op. cit.*, pág. 297 (ed. española).

[271] Recuerda SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (*cit.*), pág. 84, que el proyecto de Constitución de H. PREUSS no usaba la expresión «medidas» (*Maßnahmen*), sino la de «disposiciones» u «ordenanzas» (*Anordnungen*), vocablo que en alemán hace referencia tanto a las disposiciones particulares (como los actos administrativos) como a las generales (como los reglamentos). Sobre la noción de medida y su evolución en la historia constitucional alemana, *vid*. el resumen que realiza GÓMEZ ORFANEL, *op. cit.*, págs. 217 y ss.

desarrollarse tanto actuaciones de hecho como actuaciones jurídicas[272]. Dentro de las primeras, se habla de «precauciones» (*Vorkehrungen*) o de «intervenciones de hecho» (*Eingriffe tatsächlicher Art*), pudiendo incluso desarrollarse «intervenciones con ayuda de la fuerza armada».

Por su parte, dentro de esas actuaciones jurídicas (*Rechtshandlungen*) –dictadas con base en esas «medidas»– cabe integrar «disposiciones» (*Verfügungen*), cuando se actúe jurídicamente sobre una cuestión concreta y sus efectos desaparezcan con ello, así como «reglamentos» (*Verordnungen*), cuando se contengan elementos abstractos dirigidos a grupos de personas, como la burocracia o el ejército. Además, dentro de estos últimos cabe que tomen la forma de reglamentos administrativos (*Verwaltungsverordnungen*) o de reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*), según su eficacia[273].

Por otro lado, SCHMITT[274] y JACOBI mantendrían su propia tesis sobre la idea de «medida» en sus respectivas ponencias de 1924: las «medidas» únicamente implican un apartamiento de la norma para el caso concreto, pudiendo tomar alguna de las formas anteriores[275]. Estamos entonces ante una figura nueva, que no puede compararse con ninguna forma histórica de hacer frente a las situaciones de necesidad[276]. Define al efecto SCHMITT las medidas como «actuaciones individualizadas (*Einzelhandlungen*) o disposiciones generales (*generelle Anordnungen*), adoptadas en atención a una situación concreta de carácter anormal y, por tanto, superable, pero que no tienen la pretensión de mantener su validez por tiempo indefinido»[277]. Como luego estudiaremos con más

[272] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 283 y ss.
[273] ANSCHÜTZ, *op. et loc. cit. Cfr.* con JACOBI, «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung (*cit.*)», págs. 105-136, especialmente págs. 107 y ss., que indica que pueden dictarse desde actuaciones de hecho hasta actuaciones jurídicas, quedando dentro de estas últimas tanto los actos administrativos (*Verwaltungsakte*) como los reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*). *Vid.* también, GRAU, *op. cit.* pág. 279.
[274] La posición de este autor respecto a los poderes emanados del artículo 48.2 CW es evolutiva. Un resumen sobre esta cuestión en español lo encontramos en BAÑO LEÓN, «Estudio Preliminar… (*cit.*)», págs. XL-XLIX.
[275] BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pág. XLIX, hace notar como en esta primera fase SCHMITT no busca justificar la presencia de una figura similar al Decreto ley en Weimar.
[276] SCHMITT, «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung (*cit.*)», págs. 82-90 y págs. 320 a 329 de la versión española. En tales páginas diferencia las potestades del artículo 48 CW del tradicional Derecho de necesidad estatal (*Staatsnotrecht*); de las actuaciones de los Monarcas germánicos del siglo XIX (reglamentos de necesidad); de la Dictadura de la Asamblea Nacional; y, en fin, de la regulación, típica del Estado de Derecho, esto es, el «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*). *Vid.* también JACOBI, *op. cit.*, págs. 110 y ss., que también utiliza la expresión de «medidas» en un sentido similar.
[277] SCHMITT, «*op. cit.*, pág. 104.

detenimiento, las «medidas» permiten apartarse o «quebrar» (*durchbrechen*) incluso preceptos constitucionales, justificándose así por los ponentes las intervenciones en tal texto a través de actuaciones presidenciales.

No obstante, y pese al esfuerzo de la doctrina por defender la limitación de estos poderes, señala FORSTHOFF, «prácticamente desde la entrada en vigor de la Constitución imperial (…) se utilizó el artículo 48 para dictar reglamentos con fuerza de Ley (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*)»[278]. Y es que, tanto con la praxis de los sucesivos Gobiernos, como con la misma jurisprudencia, se terminará por consolidar el que estas normas se dictasen con vocación de permanencia, especialmente a partir de 1930 y pese a su realidad en la práctica[279]. En efecto, desde este año la doctrina mayoritaria –encabezada por ANSCHÜTZ– sintetizaría los poderes del artículo 48.2 CW en cuatro vertientes: dictar «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*); dejar sin efecto los siete derechos fundamentales a los que se refiere el mismo precepto; transferir la potestad ejecutiva a otro órgano propio del *Reich*; y, por último, establecer tribunales de excepción[280].

Es esta primera potestad la que se había desarrollado *ex novo*, estando tales reglamentos caracterizados por su «fuerza de Ley» (*Gesetzeskraft*)[281], lo que suponía su capacidad para «quebrar (*durchbrechen*), modificar (*abändern*) y derogar (*aufheben*)» Leyes en sentido formal. Tanto las emanadas del *Reichstag* como de los parlamentos de los *Länder*[282].

A esta opinión mayoritaria se adherirá el propio SCHMITT en dos conocidos artículos de 1931[283], al calor de las experiencias de la crisis económica y social sufrida desde mediados de los años veinte, así como de la jurisprudencia al efecto. Es así como modificará su tesis inicial. Por un lado, seguirá señalando que, de este precepto,

[278] FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 174.
[279] No se ha de olvidar, no obstante, que ya JACOBI en su artículo de 1924 advertía la posibilidad de dictar «reglamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*) por la vía del artículo 48 CW, esto es, Leyes en sentido material de acuerdo con la doctrina germánica. *Vid*. JACOBI, *op. cit.*, págs. 107 y ss.
[280] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 284.
[281] Por todos, ANSCHÜTZ, pág. 283. En sentido moderno también usa esa expresión, para el artículo 48 CW, FORSTHOFF, *op. et loc. cit.*
[282] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 284-285.
[283] SCHMITT, «El defensor de la Constitución (*cit.*)», págs. 212 y ss., si bien el artículo fue originalmente publicado en 1929 («Der Hüter der Verfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, XVI, 1929, págs. 161-237, el que se maneja corresponde a una edición ampliada publicada en 1931; SCHMITT, C., «Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung (*cit.*)», págs. 235-262, y su versión en español: «El significado en el Derecho Público… (*cit.*)», págs. 361-396.

originariamente, sólo podían emanar «medidas». Sin embargo, ahora añade a esta potestad la de dictar «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*) con capacidad de insertarse de modo permanente en el ordenamiento jurídico, así como de modificar, e incluso derogar, las Leyes vigentes[284].

Como advierte BAÑO LEÓN, en esta segunda fase, los Decretos económicos de BRÜNNIG son para SCHMITT «algo más que un reglamento de emergencia», ya que «aunque se les denomine igual (*Notverordnungen*), estas normas son algo cualitativamente distinto (un decreto-ley, diríamos nosotros, a partir de la experiencia constitucional italiana y española)»[285]. Es así como el autor alemán indica que, aunque en 1924 dijera –junto con JACOBI– que del artículo 48 CW sólo cabe dictar «medidas» y no disposiciones con rango de Ley, lo cierto es que, tanto de la praxis constitucional como de la jurisprudencia se ha terminado por reconocer la potestad del Presidente del *Reich* a dictar las últimas[286]. Este poder se «acumula» (*hintreten*) al anterior, de dictar medidas, creándose *ex novo*[287].

Estas ideas las subraya de nuevo en otro trabajo de 1932, de donde queda ya claro que, para el autor, el artículo 48.2 atribuye al Presidente ambas potestades: dictar «reglamentos que representan a la Ley» por un lado, y adoptar «medidas», por otro[288]. La delimitación entre una y otra figura, como ha puesto de manifiesto entre nosotros

[284] El autor alemán indica que «aquí, como pasa con mucha frecuencia en la vida del derecho y, especialmente, de la Constitución, el yerro teórico se ha convertido en el padre de un derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*), o, en todo caso, de una praxis jurídica que ha de ser tenida en cuenta en el campo del derecho positivo (*positiv-rechtlich*) y que llena la provisionalidad (*das Provisorium*) del artículo 48.2, contribuyendo a que la convicción jurídica perteneciente a una práctica así de constante y que la sustenta haya podido permanecer imperturbable». *Vid*. SCHMITT, *op*. *cit*., pág. 242 (ed. alemana) y 372 (ed. española). *Vid*. también, SCHMITT, *Legitimität und Legalität* (*cit*.), pág. 71, donde recuerda que las fundamentales resoluciones del Tribunal Imperial de 5 de diciembre de 1931, así como incontables de otros altos tribunales penales y civiles, han reconocido esta fuerza de Ley.

[285] BAÑO LEÓN, *op*. *cit*., pág. L.

[286] BAÑO LEÓN, *op*. *et loc cit*., dice que el autor realiza un «ejercicio de prestidigitación jurídica» para justificar su cambio de postura.

[287] SCHMITT, *op*. *cit*., págs. 374 y ss. (ed. española) y 243 (ed. alemana). Sea como sea, estos poderes siguen estando incardinados dentro de la Constitución, desarrollándose en el seno de una «dictadura comisarial», distinta, como se sabe, de la «dictadura soberana»: el Gobierno no puede hacer uso de la última, sino sólo de la primera, dado que, al menos en teoría, el Gobierno sigue dependiendo de la confianza del *Reichstag* y éste puede dejar sin efecto las actuaciones del Presidente por imperio del arículo 48.3 CW. Al efecto, *vid*. sobre esta distinción schmittiana, HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 691 y ss., y también GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., págs. 266 y ss.

[288] SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (*cit*.), pág. 86, claramente señala que «en cualquier caso, no es culpa del dictador que la práctica y la costumbre desarrollada durante diez años haya añadido a su facultad de dictar medidas (*Massnahmenbefugnis*) una potestad plena para dictar reglamentos que representan a la Ley» (*ein volles gesetzesvertretendes Verordnungsrecht*).

GÓMEZ ORFANEL, es fundamental[289]. Los primeros reglamentos tendrían la capacidad de modificar las Leyes, en tanto en cuanto otra Ley, les ha atribuido tal poder de suspender las normas de ese rango, pero en ningún caso tendrían poder de intervenir en la Constitución. Por medio de estas actuaciones el Presidente se convierte en una suerte de «legislador».

Por el contrario, las «medidas» pueden afectar a lo señalado en la Constitución, aunque únicamente de modo provisional y sin llegar a crear situaciones jurídicas *per se*: las medidas serían *actio* pero no *constitutio*. A través de estas medidas no se «legisla», señala SCHMITT, dado que el Presidente tiene prohibido legislar de acuerdo con el artículo 68 CW; de ello resulta que, únicamente, puede con ellas «apartarse» (*abweichen*) de la vigencia de los preceptos constitucionales como consecuencia de la situación excepcional, siempre que se haga de modo provisional y que no estemos ante preceptos constitucionales de carácter fundamental[290].

Para terminar de delimitar la distinción entre estas dos figuras, el autor nos ilustra con un ejemplo práctico: «si el Presidente del *Reich* deseara disminuir el salario de los funcionarios, utilizando la vía del artículo 48.2, le bastaría con modificar la Ley reguladora a través de un reglamento que hace las veces de Ley (*gesetzesvertretende Verordnung*), aunque en este caso podría plantearse si tal reglamento lesionaría los derechos adquiridos de los funcionarios, suponiendo una infracción del artículo 129 de la Constitución de Weimar»[291]. Por otro lado, indica, «cabría otra posibilidad, consistente en que el Presidente, sin modificar la Ley salarial, sin plantearse cuestiones de contenido jurídico, diese orden (actuase por medio de medidas) de que se retuviese una cantidad o porcentaje de los sueldos de los funcionarios».

Es así como a través de las medidas cabe suspender ciertos preceptos de la Constitución, que no fuesen sustanciales o relativos a la estructura fundamental del mismo, en aras de proteger tal texto en su conjunto, es decir, la parte relativa a las

[289] GÓMEZ ORFANEL, *op. cit.*, pág. 222.
[290] GÓMEZ ORFANEL, *op. et loc. cit*. SCHMITT criticó en su día la jurisprudencia de la época, que equiparaba al Presidente, en estos casos, al legislador ordinario, insistiendo por ello en la necesidad de establecer una delimitación entre Ley (*Gesetz*) y medida (*Maßnahme*). *Vid*., también, SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (*cit*.), págs. 77-78.
[291] SCHMITT, «Die staatsrechtliche Bedeutung… (*cit*.)», pág. 244, *vid*. también pág. 375 de la edición española.

decisiones fundamentales[292]. A través de las medidas, se podía producir el «quebrantamiento de la Constitución» (*Verfassungsdurchbrechung*), que ha de distinguirse de otras nociones como la mutación constitucional (*Verfassungswandlung*) o la reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) en la teoría schmittiana[293].

En definitiva, y junto con la doctrina mayoritaria, se puede afirmar que el aducido precepto únicamente preveía la delimitación de unos poderes similares a los del estado de sitio o de excepción desarrollados en las democracias constitucionales del siglo XIX –tales como Francia, España o la misma Constitución bismarckiana de 1871– y que debían de haber sido debidamente concretados en una Ley de desarrollo que nunca llegó a ver la luz.

Su ausencia, unida a las dificultades económicas y políticas de la era de Weimar, llevaron a justificar, tanto por el Gobierno en su práctica, como por la jurisprudencia y la doctrina en un momento posterior[294], una potestad a favor del Presidente del *Reich* para dictar normas con rango de Ley en un sentido muy similar al poder de dictar Decretos leyes que, precisamente en esa época, se estaba consolidando en los países latinos. No deja de ser paradójico que exista, como más adelante se verá, una cierta coincidencia temporal entre la recepción en Alemania de la doctrina del Decreto ley –o, al menos, de sus fundamentos teóricos– con el abandono en este país de la figura del tradicional reglamento de necesidad y su traslado al Derecho latino[295].

---

[292] SCHMITT distingue así entre leyes constitucionales (*Verfassungsgesetze*) y Constitución (*Verfassung*), siendo las primeras ciertas normas o referencias que se contienen en la segunda pero que no tienen carácter de «fundamentadoras» (*grundlegende*). La Constitución *per se* es intangible (*unantatsbar*) por ese carácter «fundamentador» –ej. el artículo 1.1 CW que indicaba que «[e]l *Reich* es una República» sería intangible–, mientras que las leyes constitucionales no lo son, pudiendo ser afectadas por las medidas bajo situaciones de excepción del artículo 48.2 CW –ej. el artículo 144.2 CW señalaba que «[l]a inspección escolar será ejercida por funcionarios técnicos superiores»; precepto que se alzaría como ley constitucional y, *por ende*, no sería «intangible» como en el caso anterior–. La diferenciación entre estas normas es básica para entender la interpretación que realiza el autor sobre el artículo 48 CW. Al efecto, *vid*. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (*cit.*), págs. 45 y ss.

[293] Al respecto, *vid*. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (*cit.*), págs. 152 y ss.: y JACOBI, *op*. *cit*. págs. 109 y 118, a quien el anterior atribuye el mérito de haber acuñado el término de «quebrantamiento de la Constitución». Es también elemental, de nuevo, el estudio de GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., págs. 224 y ss.

[294] GÓMEZ ORFANEL, *op*. *cit*., pág. 237.

[295] Mientras en Alemania el concepto de reglamento de necesidad se adaptó a los cambios del periodo de entreguerras, en Francia, Italia y España la noción se recibe de modo coetáneo al desarrollo de los Decretos leyes. Esto explica el hecho de que muchos autores latinos hablen de reglamentos o de ordenanzas de necesidad a principios de siglo (ROYO VILLANOVA en España, DUGUIT en Francia o ROMANO en Italia), al tiempo que tratan de explicar la recién surgida noción de Decreto ley; así, mientras los alemanes sólo hacen uso de un concepto –cuya terminología se adapta por la doctrina– en el Derecho latino coexistirán las dos ideas: la de reglamento de necesidad, por un lado, y la de Decreto ley, por otro; al menos durante un tiempo. En Francia se abandonará pronto el uso del *règlament de nécessité*; mientras

iv).- LÍMITES Y CONTROL

La potestad de dictar reglamentos de acuerdo con el artículo 48 CW contenía también una serie de cautelas, que habrían de ser sistematizadas y organizadas en la Ley de desarrollo a la que se refería el 48.5 del texto fundamental[296]. Como se sabe, esta norma no llegó nunca a ver la luz, quedando entonces el precepto objeto de análisis como una norma de carácter transitorio[297]. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia de la época fuesen las encargadas de determinar sus límites y controles, especialmente los relativos a los poderes dictatoriales del apartado segundo[298].

Respecto a los límites, de la misma dicción del precepto se dilucidaban dos: la exigencia de encontrarnos ante un supuesto en el que, en el *Reich* «se hayan alterado gravemente, o estén en peligro, la seguridad y el orden público» [299], por un lado, y, la imposibilidad de suspender derechos fundamentales, más allá de los siete enumerados en el mismo precepto.

---

en Italia evolucionará deslindándose del *decreto legge* y otras figuras excepcionales a finales de los años cuarenta –gracias a GIANNINI– llegando incluso la *ordinanza di necessità* a lograr sustantividad propia y ser reconocida por la Corte Constitucional. En España, por su parte, ambas nociones coexisten en la doctrina, terminando por permear en la jurisprudencia, explicando así esta dualidad en la actualidad. Al efecto, *vid*., los capítulos tercero y cuarto de esta primera parte para la evolución francesa e italiana, respectivamente; así como el capítulo primero de la segunda parte de esta obra para el desarrollo histórico en España.

[296] Nos vamos a centrar en el control de los decretos emanados del artículo 48.2 CW, ya que los decretos del artículo 48.1, que permitían al *Reich* intervenir en los *Länder*, establecían un control muy similar –de acuerdo con la dicción del artículo 48.3– llegando, incluso, al ámbito judicial. Por su parte, las habilitaciones al Gobierno de los *Länder* que permitía el artículo 48.4 estaban a su vez limitadas por un «doble derecho de derogación», en expresión de SCHMITT, puesto que los decretos emanados del Gobierno regional podían ser dejados sin efecto tanto por el Presidente del *Reich* como por el mismo *Reichstag*. Al efecto, *vid*. SCHMITT, «La dictadura del Presidente del Reich… (*cit.*)», pág. 344.

[297] SCHMITT, *op. cit*., págs. 345-348. Al Presidente se le dota de un «status provisional» hasta que se apruebe la norma a la que se refiere el artículo 48.5 CW. Con su llegada se produciría, dice el autor, la delimitación del «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*) propio del Estado de Derecho, rigiendo mientras tanto la habilitación, de cláusula general, del artículo 48, con un espíritu de muy distinto carácter.

[298] Hubo también cierta discusión respecto a los límites y al control de las actuaciones emanadas del artículo 48.1 CW. *Vid*., al efecto, ANSCHÜTZ, *op. cit*., págs. 271 y ss., indicando que, como límites, sólo podía hacerse uso de este precepto cuando se incumpliesen obligaciones que «resultan de la relación de inclusión y subordinación de los *Länder* respecto al *Reich*», teniendo la actuación un carácter inmediatamente ejecutivo, aunque debiendo ser proporcionada: el uso de la fuerza armada al que se refiere el precepto debía entenderse como *ultima ratio*, habiendo de recurrirse antes a otros medios como la ejecución subsidiaria. El control de estas actuaciones se producía tanto por las instituciones del refrendo y el respaldo ministerial como por el poder judicial –el *Staatsgerichthof*, de acuerdo con el artículo 19 CW, que le habilitaba para dirimir entre los conflictos *Reich-Länder* que pudieran suscitarse– como por el Legislativo, encuadrado en el *Reichstag*. Al primero le correspondería un control puramente jurídico (*reine Rechskontrolle*), mientras el segundo, sobre la base del artículo 48.3 CW, podría ejercer también una fiscalización sobre los elementos de necesidad (*Notwendigkeit*) y de oportunidad o finalidad (*Zweckmässigkeit*).

[299] SCHMITT, *op. cit*., págs. 331 y ss. (ed. española).

En cuanto a la cláusula de «seguridad y orden público», ésta se interpretó en un sentido muy amplio, yendo más allá de las tradicionales nociones de la preservación del Estado, y entrando en la esfera económica o, incluso social, especialmente durante la época de BRÜNING. Como subraya SCHMITT, las nociones de seguridad y orden en el siglo XIX nos remitían, únicamente, a un estado de excepción de carácter policial y militar que no se inmiscuía en la economía. La evolución del Estado en el siglo XX hacia una organización prestadora e interventora en tales ámbitos hace que sea exigible, también, el reconocimiento de un «estado de excepción de índole económico-financiera» (*wirtschaftlich-finanzielle Ausnahmezustand*)[300]. Aunque al principio la doctrina expresó sus reticencias, lo cierto es que tanto ésta como la jurisprudencia terminaron por aceptar su existencia, especialmente a partir de 1930.

Más compleja es la enumeración que se realiza de los derechos fundamentales en la Constitución. El último inciso del 48.2 CW permitía «dejar sin efecto» (*ausser Kraft setzen*) los derechos de libertad personal (artículo 114), la inviolabilidad del domicilio (artículo 115), el secreto de las comunicaciones (artículo 117), la libertad de expresión y prensa (artículo 118), el derecho de reunión (artículo 123), el derecho de asociación (artículo 124) y el derecho de propiedad (artículo 153). La doctrina mayoritaria de la época verá –recuerda SCHMITT– una *enumeratio ergo limitatio*[301], es decir, que la expresa referencia a estos derechos que pueden ser suspendidos hace que los demás señalados en la Constitución no puedan serlo. Los derechos restantes serían intangibles, o en palabras de ANSCHÜTZ «firmes frente a la dictadura» (*Diktaturfest*), siendo compartida esta teoría por la práctica totalidad los iuspublicistas de entonces, así como por la jurisprudencia[302].

Frente a la tesis mayoritaria, tanto SCHMITT como JACOBI defendieron, en la conocida reunión de 1924, que si bien no cabe suspender el resto de derechos

[300] SCHMITT, «El significado en el Derecho Público… (*cit*.)», pág. 392, y pág. 259 de la edición alemana.
[301] SCHMITT, «La dictadura del Presidente del Reich… (*cit*.)», pág. 298. (ed. española). *Cfr*. con ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 289, que contundentemente indica que «el señalamiento de los siete derechos fundamentales tiene la naturaleza jurídica de una enumeración limitativa (no ejemplificativa)».
[302] *Vid*. al efecto «Verhandlungsbericht zum Thema 'Diktatur'», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten* (*cit*.), págs. 137 a 139. En esta acta de la sesión de la Asociación de Profesores de Derecho Público se resumen las posiciones tomadas en ella respecto al artículo 48 CW indicando como –frente a la tesis de SCHMITT y de JACOBI– el resto de juristas presentes defendieron la imposibilidad de intervenir en el resto de derechos no citados (ni siquiera por la vía de «medidas»). *Vid*. también, ANSCHÜTZ, *op*. *et loc*. *cit*., que, como defensores de esta posición, nombra a THOMA, POETZSCH-HEFFTER, APELT, NAWIASKY, PILOTY, GRAU, HATSCHEK, STIER-SOMLO, GIESE, R. SCHMIDT, PREUSS y HÄNTZSCHEL, así como subraya, en este sentido, jurisprudencia del *Reichsgericht*.

fundamentales en el sentido jurídico tradicional –a través de reglamentos, actos administrativos, etc.– sí cabe «apartarse» de ellos por medio de «medidas», en tanto en cuanto éstas, como categoría jurídica diferenciada, no «dejan sin efecto» los derechos fundamentales aludidos en el sentido del artículo 48.2, sino que únicamente se apartan de su aplicación para el caso concreto[303]. Este «apartamiento» de la Constitución supone –en palabras de ambos autores– un «quebrantamiento de la Constitución» (*Verfassungsdurchbrechung*) en el sentido antes advertido[304].

Además de estos límites explícitamente contenidos en el artículo 48.2, la doctrina de entonces analizó la existencia de otros, tanto desde el prisma material como desde el temporal.

Desde el material, la discusión giraba en torno a si, por la vía de estos reglamentos, podía contrariarse la misma Constitución. Al efecto, es claro ANSCHÜTZ: «de acuerdo con la doctrina dominante y la práctica se puede afirmar lo siguiente: los reglamentos dictados sobre la base del apartado 2 pueden entrar, y prohibir, en todo aquello en donde una Ley del *Reich* sea competente y bastante (siempre que no sea una Ley de reforma constitucional). Dicho de otro modo: la potestad reglamentaria dictatorial se extiende, básicamente, a todo el ámbito de la reserva de Ley (*das ganze Vorbehaltsgebiet*) de la simple Legislación (no de la que modifica la Constitución)»[305].

[303] *Vid*. SCHMITT, «La dictadura del Presidente del Reich… (*cit.*)», pág. 310 y ss. y 74 y ss. de la edición alemana. Nos indica cómo sólo los derechos enumerados pueden ser «dejados sin efecto», si bien «también es posible, por vía de un procedimiento de hecho, ignorar una norma y, en un caso concreto, apartarse de ella sin dejarla sin efecto (*ohne sie ausser Kraft zu setzen*)» y añade «quien comete una violación de una disposición jurídica no la deja sin efecto ni la invalida. El delincuente transgrede una norma de derecho penal, se aparta de ella, la quebranta (*durchbrechen*), y todo ello sin dejarla sin efecto. Del mismo modo tampoco deja sin efecto un precepto aquel que, por haber sido habilitado, realiza algo excepcional (*Ausnahme*)». En definitiva, al Presidente del *Reich* se le conceden dos poderes: por un lado, el poder de dejar sin efecto los derechos enumerados en la Constitución y, por otro, la posibilidad de realizar todas las «medidas» necesarias para mantener el orden y la seguridad pública lo que, puede implicar, apartarse del resto de derechos no enumerados en aras de lograr tal fin. En 1932 termina por consolidar esta tesis – al efecto, SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (*cit.*), págs. 76-77– señalando que «las 'medidas' de las autoridades facultadas para realizar acciones extraordinarias (…) no son ilegales, pero tampoco tienen fuerza de Ley (*gesetzeskräftig*). Esta última no podría, ni necesitaría existir, porque se prevé la suspensión de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) y, con ello, la supresión de todos los límites del Estado legislativo que hubieran requerido una Ley y una fuerza de Ley (*Gesetzeskräftigkeit*)»; añade, además, que tales medidas «pueden a su vez convertirse en reglamentos con fuerza de Ley (*gesetzeskräftigen Verordnungen*), como ha admitido la práctica jurisprudencial».

[304] Esta tesis es compartida por HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 716 y ss., nota 56, enumerando una serie de reglamentos presidenciales que, en la práctica, intervinieron sobre otros derechos fundamentales no enumerados (concretamente los de los artículos 111, 129, 151 y 152). Además, añade el autor que tal «firmeza frente a la dictadura» del resto de derechos no enumerados era «prácticamente irrelevante», dado que no había motivos para intervenir en ellos, puesto que de la suspensión de los siete principales se habilitaba prácticamente a todo.

[305] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 284.

En un sentido similar, GRAU hablaría de la «intangibilidad del contenido de la Constitución» (*Unantastbarkeit des Verfassungsinhalts*)[306] fuera de la referencia explícita a los derechos fundamentales aludidos, en donde cabe su suspensión.

De nuevo, frente a la interpretación mayoritaria, SCHMITT esgrime su concepto de «medida» para justificar ciertas intervenciones en el texto constitucional: a través de ellas no cabe incidir sobre las «decisiones fundamentales» de la Constitución, pero sí sobre los demás preceptos o «leyes constitucionales» de modo transitorio[307]. Del mismo modo, y a raíz de las dos conocidas sentencias de 5 de diciembre de 1931 del *Staatsgerichthof*, se entendió que la división competencial (*Zuständigkeitsverschiebung*) entre el *Reich* y los *Länder*, no aparecía como un límite a los poderes del artículo 48 CW[308].

Por último, siguiendo desde la perspectiva material, la literatura jurídica se planteó si a través de los «reglamentos que representan a la Ley» podía el Presidente del *Reich* entrar a regular materias que la Constitución de Weimar, explícitamente, reservaba a Leyes en sentido formal, es decir, aquellas que la Carta Magna ordenaba que fuesen reguladas a través de Ley[309]. La tesis mayoritaria defendía que esa reserva de Ley no podía ser completada por las actuaciones presidenciales con rango de Ley, siendo tales reservas, también, «firmes frente a la dictadura» (*Diktaturfest*)[310].

---

[306] GRAU, «Die Diktatur des Reichspräsidenten… (*cit.*)», págs. 281 y ss., en las que habla de «la vinculación de la dictadura al contenido de la Constitución Imperial».

[307] De ahí que para el autor no quepa alterar el «mínimo de organización intangible de la Constitución», sin perjuicio de que, a través de medidas pueda incidirse en otros preceptos de menor relevancia. A esto ya nos hemos referido *supra*, donde nos remitimos. *Vid*. SCHMITT, *op*. *cit*., págs. 333 y ss.; BÜHLER, *op. cit*., pág. 206, que indica que «jamás podría el Presidente del *Reich* invocar el artículo 48 para hacer algo que repugne al espíritu de la Constitución, por ejemplo, dictar medidas para preparar el tránsito hacia otra forma de Gobierno»; y, en fin, la posición de HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 693 y ss., que –como discípulo de SCHMITT– hace suyas estas ideas al reconocer la existencia de medidas por las que el Presidente podía apartarse (*abweichen*), provisionalmente, de «frases constitucionales concretas» (*einzelne Verfassungssätze*), únicamente con el objeto de lograr la pervivencia de la Constitución en su conjunto, y nunca para suprimirla (*beseitigen*) o para sustituirla por otra nueva. Todo ello, claro está, siempre que no entrase a regular las instituciones básicas del Estado, que para el autor son el Gobierno del *Reich*, el *Reichstag*, la construcción federal (*föderative Reichsaufbau*) y las demás instituciones constitucionales de relevancia, incluyendo los Parlamentos de los *Länder*.

[308] Ambas sentencias se pronunciaban sobre los reglamentos presidenciales de 26 de julio y de 24 de agosto de 1931. *Vid*. HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 707 y ss., así como *infra*, donde volvemos sobre estas resoluciones.

[309] Sobre esto, HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 711 y ss.

[310] ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 285 y ss., ejemplifica esta cuestión en los artículos 45 («la declaración de guerra y la conclusión de la paz se harán a través de una Ley imperial») y 49 CW («para toda amnistía se precisa una Ley imperial»), siendo más discutida la que realizaba el 85.2, respecto del presupuesto. Dice que el caso más claro es la reserva que realiza el artículo 48.5 CW a para regular los pormenores de los poderes dictatoriales de ese precepto: no sería lógico que el Presidente, a través de uno de sus

Ya desde una perspectiva formal, se planteó si estos poderes presidenciales eran delegables, cuestión que terminó por admitirse por la jurisprudencia con motivo de la distinción entre titularidad y ejercicio[311]. Más compleja fue la cuestión relativa a la temporalidad de los reglamentos. En un principio, tanto en la doctrina[312], como en la jurisprudencia[313], se destacó que la eficacia de estas normas no podía perpetuarse en el tiempo, debiendo de tener un marcado carácter provisional. Sin embargo, destaca SCHMITT, el hecho de que haya sido admitido el que del artículo 48.2 CW puedan dictarse –además de «medidas»– «reglamentos que representan a las Leyes» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), con capacidad no ya de apartarse de las Leyes en un momento dado, sino de modificarlas, o de derogarlas con carácter permanente, ponía en tela de juicio lo anterior.

Así, indica HUBER –ya con cierta perspectiva histórica– que «especialmente, fue ampliamente admitido, que los reglamentos de dictadura del Presidente del *Reich* no estaban limitados a cuestiones temporales, sino que éstos, en su regulación general, podían ostentar una duración indeterminada»[314]. Es decir, en tanto en cuanto actuasen como reglamentos que representan a la Ley, los decretos del artículo 48.2 no estaban limitados temporalmente.

En congruencia con los límites aludidos, se estructuraban en torno al artículo 48 una suerte de controles, que eran de carácter fundamentalmente formal[315]. Pese a que, según BÜHLER, los reglamentos del artículo 48 no tenían siquiera que ser publicados en el Boletín Oficial del *Reich* (*Reichsgesetzblatt*)[316], sí que se exigían otras formalidades,

reglamentos que suplen las Leyes, fuese capaz de desarrollar los límites a sus propios poderes. *Vid*. también, respecto al problema del presupuesto, HUBER, *op. et loc. cit.*, advirtiendo que la reserva de Ley presupuestaria no se respetó, hasta el punto de que el reglamento de 30 de junio de 1932 «consumó la transición hacia un sistema dictatorial-presupuestario para el año completo».

311 Sobre el tema, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Los poderes excepcionales del Presidente del Reich… (*cit.*)», págs. 239 y ss.

312 Así, ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 280 y ss., destaca que han de estar limitados a la duración del estado de necesidad o al conflicto para el cual se crearon. También GRAU, *op. cit.*, pág. 280, que habla de la «interinidad de las medidas dictatoriales», indicando que con el desvanecimiento de la eficacia de la medida vuelve a entrar en vigor el estado jurídico anterior (*alte Rechtszustand*), con carácter *ipso iure* y sin precisarse un acto especial para ello.

313 La sentencia del Tribunal del Estado del *Reich* de 5 de diciembre de 1931, explícitamente sostuvo que los reglamentos del Presidente «no pueden establecerse con duración indeterminada». Sobre esta idea, y su crítica respecto a la noción de medida, *vid*. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (*cit.*), pág. 86.

314 HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 444; también ANSCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 280-281. *Vid*. por otro lado, SCHMITT, «El Defensor de la Constitución» (*cit.*), pág. 213, cita jurisprudencia de la época que indica que el juez no es competente para pronunciarse sobre la duración de estos decretos.

315 *Vid*. al efecto, con carácter resumido, ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, págs. 99 y 100.

316 BÜHLER, *op. cit.*, pág. 205, de acuerdo con la dicción del artículo 70 CW, que indicaba que el Presidente ha de publicar en el plazo de un mes las leyes constitucionalmente votadas, no diciendo nada

como el que la promulgación de los decretos fuese siempre refrendada por los Ministros (artículo 50 CW), así como los controles ofrecidos por el Legislativo y el Judicial.

En efecto, respecto al primero, el artículo 48.3 CW exigía que todas las actuaciones tomadas al amparo de los párrafos 1º (ejecución imperial) y 2º (poderes dictatoriales) del artículo 48 fueran puestas inmediatamente en conocimiento del *Reichstag*. Las medidas podían quedar sin efecto a requerimiento de éste, control que, dice ANSCHÜTZ, es ilimitado (*unbeschränkt*), porque con él no sólo cabe analizar la legalidad (*Rechtsmässigkeit*) de la medida, sino también su oportunidad o finalidad (*Zweckmässigket*), así como su utilidad (*Nützlichkeit*)[317]. No obstante, siguiendo a LÖWENSTEIN, esta última potestad sólo llegó a ser utilizada en una ocasión, con los reglamentos de 18 de julio de 1930, zanjándose tal intromisión parlamentaria por el Canciller BRÜNING al disolver el *Reichtag* para así volver a aplicarlos[318].

Además, cabía también la posibilidad de que el *Reichstag* anulase los reglamentos presidenciales a través de la emisión de una Ley, lo que sólo logró realizarse en una ocasión y de modo parcial[319]. Por último, el poder Legislativo ostentaba todavía otro control ya que «la Asamblea parlamentaria tiene, en última instancia, la posibilidad de iniciar un procedimiento criminal contra el Presidente ante el Tribunal Supremo de Justicia, acusándole de violación de la Constitución»[320].

Por otro lado, antes de entrar en el control judicial de estos decretos, se ha recordar que el Tribunal Estatal (*Staatsgerichthof*) tenía funciones similares a las que hoy tienen los Tribunales Constitucionales modernos, resolviendo conflictos de competencia entre el *Reich* y los *Länder* o mediante el control abstracto de las Leyes del *Reich*, bajo la rúbrica de «disputas constitucionales» (*Verfassungsstreitigkeiten*), de

respecto de estos reglamentos. *Vid*. también ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 280, nota 3, dice que en la práctica esto fue así: algunos reglamentos se dieron a conocer únicamente en la prensa o en la radio.

[317] ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 293, señalando inmediatamente algunos matices a esa afirmación. *Cfr*. Con HECKEL, *op*. *cit*., págs. 269 y ss., para quien, en el caso de estar ante una situación de «estado de necesidad constitucional» (*Verfassungsnotstand*), el *Reichtag* no podría siquiera controlar su actuación por la vía del artículo 48.3 CW.

[318] LÖWENSTEIN, *op*. *cit*., pág. 288; también HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 722-727, que realiza un resumen de los intentos del *Reichstag* de rechazar o anular reglamentos presidenciales.

[319] HUBER, *op*. *cit*., Vol. VI, págs. 726-727. El 17 de diciembre de 1932 entró en vigor esta Ley, anulándose la segunda parte del reglamento presidencial de 4 de septiembre de 1932. Téngase en cuenta que para la promulgación de las Leyes del *Reich* se precisaba la firma de su Presidente.

[320] ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., pág. 99.

acuerdo con el artículo 19 CW. No obstante, ello no suponía que pudiese usarse como un genuino control frente a las actuaciones del Ejecutivo o del *Reichstag*[321].

Pese a este encuadre, la doctrina de entonces discutió hasta dónde podía llegar el susodicho control judicial, sobre la base de la contradictoria jurisprudencia de la época[322]. La opinión mayoritaria entendía que el Poder Judicial no era competente para poder examinar la oportunidad o finalidad (*Zweckmässigeit*) y la necesidad (*Notwendigkeit*) de la utilización del artículo 48 CW, dado que ello sólo le corresponde al propio Presidente del *Reich*[323].

Además, el control que podían realizar los tribunales era, únicamente, de carácter indirecto, es decir, sólo podía pronunciarse aquél sobre una cuestión concreta (*Einzelfall*) afectada por el reglamento, pero no podía pronunciarse directamente sobre la validez del reglamento en sí, salvo que se tratara de alguno de los supuestos mentados del artículo 19 CW[324]. Se exceptuaba de tales limitaciones el caso de que estuviéramos ante una situación de claro abuso arbitrario del precepto, por el que se persiguieran objetivos completamente ajenos a su espíritu. Sobre la base de esta cuestión podía el juez examinar la concordancia del decreto en cuestión con los preceptos de la Constitución[325].

En fin, pese a todo lo señalado, recuerda ÁLVAREZ GARCÍA que la expresa regulación jurídica de estos límites no pudo impedir «el abuso de los poderes de

[321] Así lo afirma STOLLEIS, *op. cit.*, pág. 117, recordándonos las discusiones que tuvieron lugar sobre la ampliación, o no, de los poderes de este Tribunal (hacia otro de carácter constitucional) en la trigésimo cuarta Conferencia de Juristas Alemanes (*Deutsche Juristentag*) celebrada en 1926, como consecuencia de que, con la sentencia de 4 de noviembre de 1925, este tribunal se declaró competente a para establecer la concordancia existente, por razón de contenido, entre las Leyes ordinarias y la Constitución del *Reich*.

[322] *Vid*. BÜHLER, *op. cit*., págs. 206-207, y también ANSCHÜTZ, *op. cit*., págs. 294 y ss. Y es que, por un lado, se señalarían sendos límites al control judicial, como veremos, y por otro el Tribunal Supremo de Hacienda, en su resolución de 5 de enero de 1925, llegó a anular un reglamento presidencial.

[323] SCHMITT, «El significado en el Derecho Público del reglamento de necesidad… (*cit.*)», pág. 379. *Vid*. también pág. 248 de la edición alemana. En este sentido, también ANSCHÜTZ, *op. cit*., págs. 294 y ss., donde subraya que el control ha de limitarse a lo estrictamente jurídico.

[324] ANSCHÜTZ, *op. cit*., págs. 294 y 295, añade que otros tribunales, fuera del *Staatsgerichthof*, ostentaban también un control indirecto sobre estos reglamentos, no pudiendo más que señalar su conformidad, o no, de éstos para el caso concreto, siendo incapaces de anularlos.

[325] SCHMITT, *op. et loc. cit.* En un momento posterior critica el mismo control judicial, señalando que si el *Reichstag* no puede –o no quiere– hacer uso de su derecho de anulación de estos decretos, no parece lógico que pueda todavía controlarse por los jueces. En palabras del autor «no se debe exigir al Poder Judicial una tarea política de esta envergadura», puesto que «el poder judicial sólo puede frenar, no actuar políticamente, no pudiendo tampoco, en absoluto, reemplazar el control que conforme a lo previsto en el párr. 3 del artículo 48, ha de ser ejercido por el *Reichstag*». *vid*. págs. 391 y ss. (ed. española) y 258 y ss. (ed. alemana).

necesidad del artículo 48», que terminaron por desembocar, como se sabe, en la dictadura[326].

3.- La mutación terminológica: en torno a la existencia de reglamentos de necesidad en el texto weimariano

La delimitación conceptual del reglamento de necesidad (*Notverordnung*) fue un tema candente en la doctrina alemana previa a la publicación de la Constitución de Weimar, siendo numerosos los estudios que analizarían la extensión y los límites de esta potestad regia[327].

Así, en esta primera etapa, parte de la doctrina identificaría con los reglamentos de necesidad las actuaciones desarrolladas por el Ejecutivo sobre la base de cláusulas generales de habilitación reconocidas en los textos constitucionales, siempre que concurrieran situaciones excepcionales. Se hablaría entonces de reglamentos de necesidad «verdaderos» o «auténticos», cuando tal cláusula está presente en la Constitución, y de reglamentos de necesidad «especiales», cuando la anterior se encuadra en Leyes especiales que delimitan esta potestad[328].

Pocos años más tarde, con la publicación de la Constitución de Weimar en 1919, esta temática se abandona, centrándose la literatura jurídica en el texto recién aprobado y quedando las viejas disquisiciones sobre el reglamento de necesidad relegadas a una posición secundaria. A partir de este momento, la *communis opinio* –tomando la terminología popularizada por, entre otros, Jellinek– verá las nuevas habilitaciones al Ejecutivo no ya como reglamentos de necesidad, sino como reglamentos que representan a la Ley (*gesetzesvertretende Verordnungen*), precisamente porque son normas que actúan allí donde debería hacerlo la Ley, pero que, por motivos excepcionales, no puede hacerlo. De ahí que «representen» a la Ley habilitante.

Este encaje no estará exento de polémica, ni respecto a los «reglamentos dictatoriales» del artículo 48.2 CW, ni tampoco respecto de los «reglamentos

[326] Álvarez García, *op. cit.*, pág. 100.
[327] A título ejemplificativo, *vid*. Friedman, «Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen (*cit.*)»; Menzel, «Zur Lehre von der Notverordnung (*cit.*)»; Messerschmidt, *Das Notverordnungsrecht nach preussischem Staatsrecht* (*cit.*); Spiegel, «Zur Lehre vom Ursprunge der Notverordnung (*cit.*)»; y, especialmente, el estudio de Hansel, *Die Notverordnung nach deutschem Staatrechte* (*cit.*).
[328] Hansel, *op. cit.*, pág. 6. *Vid. supra*, el punto I de este capítulo.

habilitados», dictados con fundamento en una Ley de habilitación. Centrémonos en ellos separadamente.

A).- LOS REGLAMENTOS «DICTATORIALES»

Señala HUBER que la Constitución de Weimar de 1919 «no contenía una *potestad reglamentaria de necesidad en su vertiente clásica*»[329]. Con esta afirmación está excluyendo también de tal denominación, claro está, los reglamentos dictados sobre la base del artículo 48.2 CW. Esta afirmación responde a una discusión existente en la época, relativa a si podía hacerse uso del vocablo de *Notverordnung* –utilizado, como sabemos, para aludir a las potestades extraordinarias de los Monarcas del constitucionalismo alemán del siglo XIX– a los poderes recogidos en el indicado precepto del texto weimariano.

La problemática la resume SCHOENBORN, en un conocido trabajo, al señalar lo siguiente: «el concepto de reglamentos de necesidad (*Notverordnungen*) puede hoy entenderse bien en sentido amplio, o bien en sentido estricto». Y añade: «[e]n sentido amplio se entiende bajo la rúbrica de reglamentos de necesidad reglamentos con fuerza de Ley (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*), y en sentido propio se entienden reglamentos que representan a la Ley (*gesetzesvertretende Verordnungen*), los cuales, comúnmente, puede dictar el portador del Poder Ejecutivo (*Träger der vollziehende Gewalt*) cuando hubiera una situación de imperiosa necesidad (*dringender Notstand*), entrando en el ámbito del Poder legislativo, que ha de encontrarse en algún tipo de peligro que haga que su actuación se entienda como demasiado lenta dada la necesidad de la situación»[330].

De este modo resume el encaje de la cuestión en la doctrina mayoritaria, que entenderá, con carácter general, que las emanaciones del artículo 48.2 CW no pueden concebirse como reglamentos de necesidad en sentido estricto[331]. Y ello es así, se defiende, porque al dictar estos reglamentos bajo el texto weimariano no se exige que la representación popular –en este caso el *Reichstag*– no esté reunido, como sí, se entiende, era requisito en las Monarquías decimonónicas. De ahí que se prefiera utilizar otra terminología: se habla de «reglamentos de excepción» (*Ausnahmeverordnungen*),

[329] HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*…(*cit*.), Vol. VI, pág. 435. La cursiva es del autor.
[330] SCHOENBORN, «Die Notverordnungen (*cit*.)», págs. 300-301.
[331] SCHOENBORN, *op. cit*., pág. 301, nota 3, encuadra aquí a autores como GRAU, FORSTHOFF, GIESE, NAWIASKY o W. JELLINEK.

o, con más extensión, de «reglamentos de dictadura» (*Diktaturverordnungen*)[332] para aludir a estas emanaciones del *Reichspräsident*[333].

Pese a que es evidente que este requisito no siempre se exigía en las Constituciones del siglo XIX –como se extrae fácilmente del análisis antes realizado[334]–, lo cierto es que terminó por extenderse la idea de que, bajo el texto de Weimar y en el ámbito del *Reich*, no cabía hablar ya de reglamentos de necesidad[335]. Ello no sólo en la doctrina, sino que se llegó a generalizar tanto que el Gobierno del *Reich* presentó un Proyecto de modificación de la Constitución al *Reichstag*, el 16 de marzo de 1925, para incluir, un nuevo precepto, el artículo 77 a)[336], en el que se encerraría una potestad reglamentaria de necesidad en el sentido de la época[337].

[332] En este sentido, JACOBI, *op. cit.*, pág. 121; GRAU, *op. cit.*, pág. 275, que habla de «reglamentos jurídicos de dictadura» (*Rechtsverordnungen der Diktatur*), o HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 445-446.

[333] *Vid.* por todos, SCHMITT, «El defensor de la Constitución (*cit.*)», pág. 214, señala, a propósito del artículo 48.2, que «en un sentido más estricto y específico, el Derecho constitucional de la monarquía constitucional sólo ha reconocido el caso de decreto de necesidad cuando el Parlamento no está reunido, y sólo entonces ha desarrollado para él una regulación típica» y, añade, «cuando los decretos de necesidad del Presidente del *Reich* se promulgan en una situación semejante [que el Parlamento no esté reunido] puede hablarse también de decretos de necesidad (*Notverordnungen*) en sentido estricto»; *vid.* también SCHMITT, «Die staatsrechtliche Bedeutung… (*cit.*)», págs. 239-240, y también su edición española, «El significado en el Derecho Público del reglamento de necesidad… (*cit.*)», pág. 369, subrayando que «hasta qué punto este poder reglamentario [del artículo 48.2] puede ser definido como una potestad reglamentaria de necesidad (*Notverordnungsrecht*) es otra cuestión», dado que «por reglamento de necesidad (*Notverordnung*) se ha entendido, hasta el momento, en la terminología constitucional, únicamente, una disposición legislativa provisoria emanada del Gobierno que tenía lugar cuando el Parlamento no se encontraba reunido ni estaba deliberando. Tal potestad reglamentaria de necesidad no se reconoce en términos generales en la Constitución del Imperio», ello porque el artículo 24 CW atribuye al *Reichstag* la potestad de convocarse a sí mismo, y añade que «se puede, de modo inexacto (*ungenau*), atribuir a todos los reglamentos que se dictan con el propósito de hacer frente a una situación de emergencia la denominación de reglamentos de necesidad (*Notverordnungen*), pero de este modo el concepto pierde la claridad y la precisión que hasta ahora tenía».

[334] *Vid. supra*, el punto I.3.b) del presente capítulo. El propio SCHOENBORN, *op. cit.*, págs. 301-302, a propósito de la distinción que se realiza entre reglamentos de necesidad y de excepción, indica que «sobre la base del desarrollo histórico, no aparece, a primera vista, un motivo para realizar tal diferenciación», dado que «muchas de las antiguas constituciones alemanas de antes de la Revolución [se refiere a la de 1919] contenían también una potestad reglamentaria de necesidad (*Notverordnungsrecht*) a favor del Monarca para cuando el *Landtag* estuviese reunido y sin hacer una distinción para con el resto», siendo buenos ejemplos los textos de Württemberg o de Hesse, que –sorprendentemente–el autor no señala.

[335] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 283, recuerda que la opinión dominante le da especial importancia «a la constatación de que, sobre la base del artículo 48.2 y 4, los reglamentos que de allí emanan no pueden ser 'reglamentos de necesidad' (*Notverordnungen*) o 'reglamentos de necesidad en sentido propio' (*eigentlichen Notverordnungen*)», citando al efecto a autores como THOMA, o APELT. Modernamente también ha defendido HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, págs. 447-448, la exigencia de no estar reunido el Parlamento como elemento clave del reglamento de necesidad clásico. *Vid.* también, GRAU, *op. cit.*, pág. 275, nota 5, que, tras adherirse a la aducida tesis, señala que otra diferencia de los reglamentos de necesidad tradicionales con los del artículo 48 CW radica en que los últimos no están limitados a hacer frente a «peligros relativos a la seguridad» (*Sicherheitsgefahren*), sino que, en general, pueden orientarse a la supresión de «situaciones de necesidad» (*Notständen*).

[336] *Vid.* HUBER, *op. et loc. cit.*, así como la bibliografía que allí se cita. El aducido Proyecto de Ley buscaba introducir los reglamentos de modo similar al previsto por entonces en la Carta prusiana, si bien

Esta concepción terminará por extenderse, con la salvedad de algún autor como ANSCHÜTZ, para quien «el si estos reglamentos merecen el nombre de 'reglamentos de necesidad' (*Notverordnungen*) o no, no es sino una mera disputa terminológica (*Streit um Worte*)»[338]. Y añade, que, precisamente porque cabe utilizar esta potestad «también para cuando el *Reichstag* esté reunido», y porque «no precisa del consentimiento ulterior (*nachträgliche Genehmigung*)» de tal Cámara, puede afirmarse que «lo que el artículo 48.2 y 4 otorga al Poder Ejecutivo, es aquello que, en comparación con su tipo tradicional (*überlieferte Typus*), se encuadra como una potestad reglamentaria de necesidad ampliada, reforzada (*vergrössertes, verstärktes Notverordnungsrecht*)»[339].

Pese a que esta fue la posición minoritaria, lo cierto es que la terminología de *Notverordnung* se siguió utilizando durante la época en el lenguaje cotidiano (prensa, radio, etc.), bien por una cuestión de inercia, bien por lo gráfico de su expresión, o, tal vez, por la pervivencia de los reglamentos de necesidad en sentido clásico, también en su denominación, tanto en las Constituciones de los *Länder*, como en el sistema austríaco. Es más: todavía hoy los alemanes hacen uso de la indicada expresión en conexión con el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar[340].

no logró llegar a buen puerto, ni bajo el mandato de LUTHER, ni bajo el de MARX, siendo descartado definitivamente por resolución del *Reichstag* de 31 de marzo de 1928. El texto del artículo era el siguiente: «Cuando sea imperiosamente necesario para hacer frente a un estado de necesidad excepcional (*ungewöhnliche Notstand*) y el *Reichstag* no esté reunido, podrá dictar el Gobierno del *Reich* con el consentimiento del *Reichsrat* y de la Comisión para la Protección de los Derechos de la Representación Popular (*Ausschuss zur Wahrung der Rechte der Volkvertretung*), reglamentos con fuerza de Ley (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*), que no podrán ir en contra de la Constitución. Tales reglamentos deberán ser inmediatamente sometidos ante el *Reichstag*. Su entrada en vigor quedará supeditada a sus designios».

[337] Al efecto, SCHOENBORN, *op. cit.*, pág. 302, indica que sólo el haber presentado este proyecto nos muestra la importancia que el Gobierno le dio también a esta característica distintiva (*Unterscheidungsmerkmal*) de que el *Reichstag* no estuviese reunido. Debido a ello termina por claudicar: dice el autor que, por una cuestión de funcionalidad técnica –distinguir cuándo se habla de unos reglamentos o de otros– puede decirse que la potestad reglamentaria de necesidad *stricto sensu* sólo puede darse cuando la representación popular no esté reunida y, en fin, que la Constitución de Weimar, por ello, no reconoce tal poder.

[338] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 283-284.

[339] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 284.

[340] En términos generales, en Alemania se utiliza la expresión de reglamentos de necesidad o *Notverordnungen* en relación con el artículo 48 CW. Sirva a título de ejemplo, WEBER, K., «Notverordnungen», en WEBER, K. (Coord.), *Creifelds Rechtswörterbuch*, 25ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020. También se usa esta expresión en nuestra doctrina, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 750; o ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 97, aunque este último prefiere traducirlos por «ordenanzas de necesidad».

Sea como sea, la doctrina mayoritaria hablaría de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*)[341], abandonando la anterior noción. Así, se quería hacer notar que tales poderes permitían una intervención en la esfera del Legislativo, «representando» o «supliendo» a la norma legal. Sin embargo, este cambio lingüístico, tal vez, esconda una motivación que va más allá de lo meramente terminológico. El hecho de que autores como SCHMITT defendiesen que no puede hablarse de reglamentos de necesidad respecto de las emanaciones del artículo 48 CW tiene, probablemente, la siguiente explicación: la doctrina de los años previos a la Constitución de 1919 había terminado por delimitar el *Notverordnung* como una actuación provisional, que suspende o aturde las Leyes durante su vigencia, desapareciendo una vez superada la situación de necesidad[342]. Por ello –para SCHMITT– la presencia de este instrumento de carácter circunstancial y sin capacidad de permanencia podía quedarse corto. El autor en sus escritos de 1931 va más allá: pretende justificar la presencia de Decretos leyes, no ya como normas provisionales que suspenden las Leyes, sino como normas equiparadas a las anteriores. Esto dotaría a los reglamentos de una duración perenne y una capacidad jurídica de modificar y sustituir a las mismas Leyes del *Reichstag*.

Su rectificación respecto a la diferenciación entre los reglamentos de necesidad decimonónicos y los reglamentos presidenciales del artículo 48 CW no hacen sino atestiguar lo señalado. En efecto, en su ponencia de 1924 había indicado que «el derecho a adoptar tales medidas, conforme al artículo 48.2, no es un derecho general a dictar reglamentos de necesidad (*kein allgemeines Notverordnungsrecht*), es decir, no es un derecho legislativo provisional» (*kein provisorisches Gesetzgebungsrecht*) y añade que «no es la finalidad del párrafo 2 dotar al Presidente del *Reich* de una potestad reglamentaria de necesidad» (*allgemeines Notverordnungsrecht)*[343]. Y ello, explica, se produce porque del artículo 48.2 CW no emanaba una potestad reglamentaria de necesidad por un motivo claro: por encuadrarse el *Reichspräsident* en una situación muy diferente a la del Príncipe del siglo XIX.

[341] También así autores modernos, como HUBER, que delimita estas normas como «reglamentos de dictadura» (*Diktatur-Verordnungen*), como subcategoría de esos «reglamentos que representan a la Ley».
[342] De ahí que incluso autores como HANSEL defendiesen que el decimonónico *Notverordnung* no ostentaba fuerza de Ley *stricto sensu*. *Vid. supra*, el epígrafe I.2 del este capítulo.
[343] SCHMITT, «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung (*cit.*)», págs. 99 y ss., así como págs. 339 y ss. de la edición española.

En efecto, indica el autor que «[e]l Presidente del *Reich* tampoco recibe, en virtud de este artículo, una posición similar a la del Príncipe soberano según el principio monárquico», explicándose ello porque, en tal periodo, «el poder del Estado» radica en tal principio[344]. Es decir, la diferencia aquí radica en que se parte de un sistema constitucional distinto: en el siglo XIX los Monarcas alemanes podían actuar excepcionalmente en el ámbito reservado al Parlamento gracias a que la soberanía residía en ellos y no en el anterior, mientras que bajo el texto de Weimar el contexto es de soberanía popular.

El viraje hacia esa delimitación conceptual aducida en los años treinta –que, como se ha visto, es mucho menos convincente– tiene probablemente una marcada intencionalidad ideológica. Pese a ello, y gracias al prestigio del autor, terminará por consolidarse la idea de que para poder hablar del reglamento de necesidad hemos de estar ante normas con fuerza de Ley dictadas por el Ejecutivo y, únicamente, cuando el Parlamento no esté reunido[345].

B).- LOS REGLAMENTOS «HABILITADOS»

Para parte de la doctrina de principios de siglo los reglamentos dictados por una Ley especial –por cuestiones extraordinarias y de eficacia claudicante– se entendieron como «reglamentos de necesidad especiales» (*spezielle Notverordnungen*), pudiendo éstos no sólo habilitar al Jefe del Estado, sino también a otros órganos del Poder Ejecutivo[346].

Sin embargo, la llegada de la Constitución de Weimar y la popularización en la literatura jurídica del requisito de un Parlamento disuelto o no reunido como *condictio sine qua non* para la presencia de reglamentos de necesidad, terminará por hacer que la aducida expresión quede relegada al olvido. Es precisamente la exigencia de tal requisito lo que provocará que autores como HUBER se vean forzados a realizar un

[344] SCHMITT, *op. cit.*, págs. 48 y ss., (ed. alemana), y págs. 323 y ss. de la versión española. Ejemplifica este poder en el artículo 63 de la Constitución prusiana de 1850 o en el 14 de la Carta francesa de 1814, preceptos ambos que hemos estudiado antes como reglamentos de necesidad en sentido tradicional.

[345] Puede decirse lo mismo de E. R. HUBER, discípulo de SCHMITT, quien –en su monumental obra de ocho tomos– estudia todas las Constituciones germánicas previas a la de Weimar, incluyendo la problemática de los reglamentos de necesidad en el siglo XIX y los requisitos que en cada uno de los textos se exigía. No se explica –si no es porque el autor tenga las mismas motivaciones que su maestro– que defienda que los reglamentos de necesidad son únicamente aquellos que se dictan cuando el Parlamento no está reunido.

[346] HANSEL, *op. cit.*, pág. 6. *Vid. supra*, el punto I de este capítulo.

estudio separado de las Leyes de habilitación de 1926 y 1927[347], entendiendo sus autorizaciones como reglamentos de necesidad *stricto sensu* (*Notverordnungen*), precisamente porque su cláusula habilitante señalaba que, para ser dictados, el *Reichtag* no debía encontrarse reunido[348].

En efecto, para el autor, de tales Leyes no sólo emanaban reglamentos que representan a las Leyes *(gesetzesvertretende Verordnungen*), sino que de éstas terminaba por dictarse «un verdadero reglamento de necesidad de corte clásico» (*eine echte Norverordnung klassischen Stil*)[349], dado que en ellas se habilitaba al Gobierno del *Reich* a actuar sólo en el caso de que el *Reichstag* no estuviese reunido. Es decir, que la presencia de reglamentos de necesidad en sentido tradicional de otros reglamentos de excepción no se fundamenta en un reconocimiento constitucional, sino única y exclusivamente en el hecho de que el Parlamento no esté reunido.

En efecto, no puede hablarse de reglamentos de necesidad en el periodo weimariano del mismo modo del que se hablaba en los textos y en la doctrina del siglo XIX, si bien parece más difícilmente asumible la mentada justificación esgrimida por la literatura jurídica dominante en la época, que la vinculaba con el hecho de que el Parlamento esté –o no– reunido. No puede hablarse de un *Notverordnung* clásico por la sencilla razón de que el encaje jurídico-constitucional es radicalmente distinto al presente en las monarquías constitucionales decimonónicas: la Ley como centro del sistema *versus* el reparto competencial Ley-reglamento; y, en fin, parlamentarismo *versus* monarquía constitucional.

No obstante, la utilidad de la idea del reglamento de necesidad era innegable: servía para aludir a todo reglamento provisional dictado por el Ejecutivo en situaciones excepcionales, bajo la previsión de una cláusula general, bien constitucional, bien legal. De ahí que no se abandone su figura, sino únicamente su terminología. El tránsito en Alemania hacia la noción de «reglamento que representa a la Ley» permitía dejar atrás el regusto autoritario que persistía en la expresión de «reglamento de necesidad», manteniéndose, de paso, su utilidad.

[347] Leyes de habilitación imperial sobre la aplicación provisional del Convenio Económico, de 10 de julio de 1926 y de 14 de julio de 1927.
[348] *Vid*. el apartado II.2.A) de este capítulo. La habilitación en ambos casos precisaba que el Gobierno estaba autorizado, con el consentimiento del *Reichrat* y un comité del *Reichtag*, a aplicar acuerdos económicos con Estados extranjeros «en caso de necesidad urgente» y «en caso de que el *Reichtag* no se encuentre reunido» por un plazo máximo de tres meses.
[349] HUBER, *op. cit.*, Vol. VI, pág. 449.

La modificación lingüística no permeará en los ordenamientos jurídicos latinos; seguramente por la dificultad de su traducción y por la pérdida de fuerza expresiva en las lenguas romances. Los juristas franceses, italianos y españoles preferirán la expresión de «ordenanza» o «reglamento de necesidad» –adaptando el término alemán de *Notverordnung*– a partir de la primera mitad del siglo XX, consolidándose en nuestro país al calor de la clasificación de VON STEIN.

4.- PODERES DE EMERGENCIA Y REGLAMENTOS DE NECESIDAD EN LOS *LÄNDER*

El encuadre federal de la Constitución de Weimar, que seguiría la línea del texto bismarckiano de 1871, implicaría también el reconocimiento de una marcada autonomía a favor de los *Länder*. Esta autonomía se manifestó también en el reconocimiento constitucional de una serie de poderes excepcionales a favor de éstos, incluida una potestad reglamentaria de necesidad en sentido clásico[350].

En efecto, advierte HUBER que catorce de los dieciocho *Länder* preveían este poder excepcional a favor de los respectivos Gobiernos regionales. Sólo los territorios de Bremen, Lübeck, Lippe y Waldeck estaban desprovistos del mismo[351]. Por su importancia, destaca el artículo 55 de la Constitución prusiana de 1920, que, incluso, hablaría de «reglamentos con fuerza de Ley» (*Verordnungen… mit Gesetzeskraft*) para aludir a estas actuaciones de las que –por otro lado– se hizo uso con gran generosidad[352]. Desde una perspectiva material, dice SCHOENBORN, «el reglamento de necesidad tenía la eficacia, en términos generales, de una Ley regional simple (*ein einfaches Landesgesetz*)»[353], existiendo la posibilidad de un control judicial de tales normas en caso de que se hiciere un uso inadecuado de ellas[354].

Además, nos advierte HUBER, los Gobiernos de los *Länder* desarrollaron, al lado de esos reglamentos de necesidad (*Notverordnungen*) de corte tradicional, otros reglamentos que hacen las veces de leyes (*gesetzesvertretende Verordnungen*) por

[350] *Vid*. HUBER, *op. cit*., Vol. VI, págs. 449-450; SCHOENBORN, *op. cit*., págs. 303 y ss. *In extenso*, NESEMANN, U., *Notverordnungsrecht und -praxis in den Ländern der Weimarer Republik*, Georg-August-Universität zu Göttingen, 1973 (Tesis).
[351] HUBER, *op. cit*., Vol. VI, pág. 449.
[352] HUBER, *op. cit*., Vol. VI, pág. 450, recuerda que se dictaron en este periodo noventa y tres reglamentos de necesidad en el territorio de Prusia. *Vid*., también, págs. 747-748, donde ahonda sobre esta cuestión.
[353] SCHOENBORN, *op. cit*., pág. 308.
[354] SCHOENBORN, *op. cit*., pág. 310, indica que una minoría del *Landtag* que se sintiese desapoderada, sería competente para hacer un llamamiento al *Staatsgerichthof*, para que éste controlase los requisitos formales y materiales exigibles en la promulgación del reglamento de necesidad.

varias vías[355]. Así, sobre la base de Leyes de habilitación de los propios parlamentos regionales (*Landesermächtigungsgesetzen*); sobre las referencias constitucionales de Estados como el de Bayern en torno al Estado de necesidad (*Notstand*)[356]; sobre la autorización conferida por el reglamento presidencial de 24 de agosto de 1931 («Reglamento de Dietramszell»)[357]; o, en fin, con fundamento en el artículo 48.4 CW[358].

En torno a esta última cuestión, tal precepto preveía una intervención directa de los Gobiernos de los *Länder*, en un sentido similar al 48.1[359]. Sin embargo, ello sólo se permitía en aquellos casos en los que existiese riesgo de demora en la intervención del *Reichspräsident* en el *Land* en cuestión[360]. BÜHLER escribía sobre este precepto que «dada la rapidez con que actualmente pueden transmitirse las noticias, es difícil que este supuesto se presentase jamás, por lo cual no resulta fácil que se de en la práctica esta dictadura territorial fundada en el derecho del *Reich*, máxime cuando el Presidente del *Reich* siempre puede dejarla sin efecto de manera inmediata»[361].

Las medidas que podía dictar el *Land* habilitado eran de muy distinta índole, prácticamente idénticas a las del artículo 48.2 CW, incluyendo el poder entrar sobre Leyes del *Reich* o suspender los siete derechos reconocidos en el precepto. El único límite diferenciado radicaba en que el *Land* no podía hacer uso de la fuerza armada, en

[355] HUBER, *op. et loc. cit*.
[356] El parágrafo 64 de su Constitución de 14 de agosto de 1919 preveía esta cuestión. HUBER, *op. et loc. cit*., no considera que las normas dictadas a su amparo sean «reglamentos de necesidad», en sentido clásico, prefiriendo utilizar la denominación de reglamento que representa a la Ley (*gesetzesvertretende Verordnung*).
[357] Denominado así por ser dictado –con fundamento en el artículo 48.2 CW– por VON HINDEMBURG, en el municipio alemán de Dietramszell. Esta norma, con objeto de asegurar el presupuesto (*Haushalt*) de los *Länder* y de los municipios, habilitaba a los gobiernos de los primeros a dictar todas las medidas necesarias para lograr lo señalado, incluso aunque ello supusiese suspender (*abweichen*) las Leyes de los *Länder*. *Vid*. ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 282.
[358] Sobre esto, *vid*. un resumen en ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., págs. 296-300, y, ya con carácter más extenso, STRUPP, K., «Das Ausnahmerecht der Länder nach art. 48 IV der Reichsverfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 44, 1923, págs. 182-205; también GRAU, R., «Die Diktaturgewalt der Landesregierungen», en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (*cit*.), págs. 295-300.
[359] ANSCHÜTZ, *op*. *cit*., pág. 299, sostiene que el control para los reglamentos emanados de este precepto es similar al existente para el artículo 48.2, si bien en este primer caso se añadiría la posibilidad de anular el reglamento cuando así lo exija el Presidente del *Reich* o el *Reichstag*, como explícitamente indica el artículo 48.4 CW.
[360] Para SCHOENBORN, *op*. *cit*., pág. 304, esta habilitación del artículo 48.4 CW podía actuar como sustitutivo a la potestad reglamentaria de necesidad de la que algunos *Länder* carecían.
[361] BÜHLER, *op*. *cit*., pág. 207.

el sentido del artículo 48, por la sencilla razón de que el artículo 47 CW atribuía al Presidente del *Reich*, y sólo a él, el mando supremo del ejército[362].

Como recuerda FORSTHOFF, el precepto llegó a utilizarse, aunque sólo en una ocasión: el 22 de octubre de 1923 por el Gobierno bávaro, lo que marcaría los posteriores acontecimientos del *Putsch* de 9 noviembre. Para el aducido autor, «no hay duda de que la autorización del artículo 48.4 fue utilizada de modo incorrecto y de que el proceder del Gobierno bávaro fue inconstitucional»[363].

III.- EL MODELO DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN: DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DERECHO DE PREVENCIÓN DE PELIGROS

La entrada en vigor de la *Grundgesetz* (en adelante, GG) en 1949 traerá consigo el abandono de la noción de «reglamento de necesidad». Y ello tanto en su configuración clásica, como en lo que respecta a su terminología. Esta situación tal vez se explique por el contexto en el que se forja la norma fundamental: la presencia de los Aliados hasta 1955, unida al temor de repetir los sucesos conocidos de la Segunda Guerra Mundial; contexto que llevará a la inclusión de unos raquíticos poderes excepcionales en la Constitución de 1949 y que se verán ampliados con la introducción en 1968 de una serie de estados excepcionales de muy difícil activación.

A ello se ha de sumar la presencia del artículo 80 GG –precepto que exige la existencia de una Ley al Gobierno para actuar– que hará que los poderes extraordinarios del Ejecutivo queden limitados a tres supuestos: el «estado de necesidad legislativa» del artículo 81 GG; las situaciones de Derecho de excepción indicadas; y, en fin, una serie de disposiciones transitorias presentes en el Título XI GG, ya sin valor alguno.

Este encaje, como era de esperar, no podía ser suficiente en un contexto globalizado y complejo. Para hacer frente a las distintas contingencias y situaciones de necesidad se producirá en Alemania un reverdecimiento de los tradicionales poderes presentes en el Derecho de seguridad pública alemán, esto es, el denominado «Derecho de prevención de peligros» (*Gefahrenabwehrrecht*), a través de las autoridades de la

[362] ANSCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 298-299.
[363] FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 174. *Cfr.* con ANSCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 299, que es aún más contundente al indicar que esta intervención «no fue una medida realizada al amparo del apartado 4º [del artículo 48], sino más bien una abierta violación de la Constitución imperial».

«policía del orden» (*Polizei- und Ordnungsbehörde*)[364]. El indicado ordenamiento jurídico cuenta con una sofisticación encomiable –estando extraordinariamente perfilados todos sus diferentes conceptos y categorías–, extendiendo sus tentáculos a todos y cada uno de los ámbitos en los que pueda existir algún tipo de peligro (desde el urbanismo hasta la seguridad alimentaria, pasando por las enfermedades infecciosas, aguas, medio ambiente, etc.). Este último razonamiento ha de entenderse sin perjuicio de que, paulatinamente, se ha venido produciendo una ampliación material de su competencia. Y es que, como recuerda FUENTES I GASÓ, el *Gefahrenabwehr* «va más allá de las tesis clásicas del Derecho administrativo como Derecho de policía o de servicio público y se centra más en el aspecto nuclear de la protección de la vida, la integridad y los derechos de la persona, que en el control de sus actividades»[365].

Además, en tal marco, se mantiene la técnica tradicional de actuación del Derecho alemán: la «cláusula general» (*Generalklausel*) que, al igual que las habilitaciones para emitir «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*), autoriza a la autoridad competente para dictar «las medidas necesarias» con objeto de confrontar una situación imprevista. Ahora bien, aunque ambos instrumentos están dirigidos al mismo objetivo –servir de válvula de seguridad ante hechos imprevisibles en materia de «seguridad interna» o del «orden público»– lo cierto es que la cláusula general posee una finalidad distinta: mientras «reglamento de necesidad» se erigía en el centro neurálgico del Derecho de necesidad en Alemania –siendo su finalidad la de lograr la supervivencia del Estado mismo–, la «cláusula general» tiene un objetivo más prosaico, sirviendo de último recurso ante situaciones imprevistas, sean éstas de crisis o no.

Por todo ello, considero indispensable realizar una aproximación a todas estas categorías. Así, comenzando con la posición del reglamento en la Ley Fundamental de Bonn, se aludirá a la configuración en este texto del Derecho de excepción, para terminar realizando un análisis de la institución de la «cláusula general» en el Derecho de prevención de peligros; acervo normativo que, consecuencia de la rigidez de los

[364] El núcleo de este Derecho de policía es precisamente el concepto de «peligro» (*Gefahr*), recuerda FUENTES I GASÓ, J. R., «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, págs. 76-77, quien además subraya que la paradoja que plantea este sistema es que «cuanto más acertado sea el diagnóstico, y más eficaz la adopción de las medidas efectivas de prevención, menos perceptible será el peligro, al haber sido reducido o suprimido preventivamente por los instrumentos aplicados que harán desaparecer los aspectos materiales y visuales del mismo».
[365] FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 80.

estados excepcionales, ha terminado por ser el epicentro de la batalla jurídica frente a la COVID-19.

1.- LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

La *Grundgesetz* nació con la pretensión de concentrar el poder normativo en el Parlamento[366]. Esto explica que la Ley se erija como centro neurálgico del sistema, apareciendo como la vía de desarrollo o concreción de las decisiones fundamentales señaladas en la propia Constitución. Su posición central se garantiza a través de las instituciones de la «primacía de la Ley» (*Vorrang des Gesetzes*) y de la «reserva de Ley» (*Vorbehalt des Gesetzes*)[367]: la primera implica una relación jerárquica frente a las normas inferiores –como los reglamentos– y, *por ende*, un mandato al Ejecutivo a no derogar con sus actuaciones las propias Leyes; mientras que la segunda presupone la existencia de materias que sólo pueden ser reguladas a través de una Ley emanada del Parlamento, bien con carácter general, bien con carácter especial[368].

Ambas ideas –de marcada tradición histórica en Alemania– se extraen hoy del artículo 20 III GG que indica que el poder Ejecutivo está vinculado a lo dispuesto en la Ley y el Derecho (*an Gesetz und Recht gebunden*)[369]. Sobre la base de este precepto se ha configurado el denominado «principio del Estado de Derecho» (*Rechtsstaatsprinzip*),

[366] GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), pág. 289.

[367] Sobre esta primacía y reserva de Ley es fundamental MAUNZ, T., DÜRIG, G., y GRZESZICK, B., «Kommentar zu art. 20» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 72 y ss., para la primera, 75 y ss., para la segunda, ambos del apartado III del precepto (bajo la rúbrica «VI. Die Verfassungsgrundsätze des art. 20 Abs. 3 GG»). Me remito *in totum* a esta exposición, así como a la bibliografía que en ella se cita. Por lo demás, puede encontrarse un resumen de esta cuestión en cualquier manual de Derecho Administrativo, destacando la de EHLERS, D., «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en ERICHSEN, H., y EHLERS, D. (Dirs.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., De Gruyter, Berlín, 2010, págs. 83 y ss. Sobre la evolución del concepto de Ley –y su reserva– en castellano, GALLEGO ANABITARTE, *op*. *cit*., págs. 293 y ss., así como UHLE, A., «Las fuentes del Derecho alemán», en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001, págs. 63 y ss.

[368] Me refiero a la distinción entre «reserva de Ley general» (*allgemeiner Gesetzesvorbehalt*) y las llamadas «reservas expresas» (*ausdrückliche Gesetzesvorbehalte*). Al efecto, MAUNZ, DÜRIG, y GRZESZICK, «Kommentar zu art. 20 (*cit*.)», parágrafos 91 y ss., quienes recuerdan que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado que sólo existe una expresa mención a la «primacía de la Ley» en la GG, pero no así a la «reserva» de Ley general, aunque la una no puede entenderse sin la otra: sin la reserva de Ley la primacía de la Ley perdería su sentido –*BVerf* 40, 237 (240 y ss.)–. De nuevo, en nuestro idioma, *vid*. UHLE, «Las fuentes del Derecho alemán (*cit*.)», págs. 63 y ss. Sobre esta distinción, *vid*., también y más resumidamente, EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht (*cit*.)», 83 y ss., especialmente págs. 85 y ss.

[369] EHLERS, *op*. *cit*., pág. 83.

que, unido a las nociones anteriores, han llevado a configurar la moderna concepción de la reserva de Ley[370].

En efecto, y pese a los intentos de construir por la doctrina del siglo pasado una «reserva total de Ley» (*Totalvorbehalt des Gesetzes*) –en la que el Ejecutivo precisaría de habilitación legal para todo tipo de actuación y no únicamente en aquellas de carácter coactivo con incidencia en la libertad o propiedad, según el sentido clásico de la expresión–, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha evolucionado hacia el reconocimiento de un poder normativo dual, repartido entre el Ejecutivo y el Legislativo[371].

Ahora bien, esta dualidad se ha venido matizando a través de la «teoría de la esencialidad» (*Wesentlichkeitstheorie*), por la que al Parlamento le corresponde el desarrollo de los elementos «esenciales» de la Ley; elementos o cuestiones que no pueden cederse o delegarse al Ejecutivo en ningún caso, al existir sobre ellas una «reserva de Parlamento» (*Parlamentsvorbehalt*). Esta última reserva contrasta con la clásica concepción de «reserva de Ley» (*Gesetzesvorbehalt*) indicada, dado que en la reserva parlamentaria se va más allá: se produce una prohibición parcial de delegación sobre esos elementos delimitados como esenciales; delimitación realizada de forma casuística por el Tribunal Constitucional alemán en un nutrido *corpus* jurisprudencial que no ha estado exento de polémica doctrinal[372].

La manifestación más expresiva de este encaje –y, de paso, de las relaciones entre Ley y Reglamento– lo encontramos en el artículo 80 I GG que indica que:

«El Gobierno Federal, un Ministro federal o los Gobiernos de los *Länder*, pueden ser autorizados (*ermächtigen*) por una Ley a emitir reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*). Se deberá fijar en la Ley el contenido (*Inhalt*), fin (*Zweck*), y el alcance (*Ausmass*) de la autorización otorgada. En estos reglamentos deberá de

[370] Sobre este principio, MAUNZ, DÜRIG, GRZESZICK, «Kommentar zu art. 20 (*cit*.)», especialmente el apartado que lleva por rúbrica «VII. Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit». Me remito a la bibliografía y jurisprudencia allí indicada.

[371] Tal teoría fue defendida a partir de los años sesenta, pero el Tribunal Constitucional alemán ha dejado clara su inexistencia –*BVerf* 49, 89 (124 y ss.); 67, 100 (139); 68, 1 (87)– remarcando que la democracia de un Estado de Derecho implica la separación de poderes y, por tanto, un ámbito de actuación dual.

[372] MAUNZ, DÜRIG y GRZESZICK, «Kommentar zu art. 20 (*cit*.)», parágrafos 105 y ss., recordando jurisprudencia en la materia –*BVerf* 49, 89 (126 y ss.); 57, 295 (327); 83, 130 (142); 101, 1 (34)–, aunque subrayando también que, en los últimos años, se ha enfocado esta doctrina desde un prisma más restrictivo, así: *BVerf* 98, 218 (251 y ss.); 105, 252 (268 y ss.); 105, 279 (301 y ss.).

mencionarse su base normativa (*Rechtsgrundlage*). Si la Ley prevé que una habilitación puede a su vez ser delegada, será necesario un reglamento jurídico para la delegación de la autorización»[373].

De este precepto se ha dicho que se alza como una innovación en la tradición constitucional alemana, surgiendo como respuesta a la confusión entre los regímenes de la Ley y el reglamento de por entonces[374]; configurando además un Ejecutivo, *a priori*, «sin poder normativo, a no ser el concedido expresamente»[375]. Así, en principio, como señala MÖSTL: «no existe bajo la Ley Fundamental una potestad reglamentaria originaria del Ejecutivo» (*ein originäres Verordnungsrecht der Executive gibt es unter dem Grundgesetz nicht*)[376]. En otras palabas: no caben actuaciones del complejo Ejecutivo-Administración sin interposición legislativa que les habilite[377].

En efecto, la Ley autoriza la emisión de reglamentos y, en general, de toda actuación del Ejecutivo. Ahora bien, esto no es óbice para que –al menos cuantitativamente– la producción normativa siga en manos del complejo Ejecutivo-Administración[378], que, en todo caso, y por cuestiones de seguridad jurídica, deberá de citar o indicar el propio reglamento el fundamento legal en el que se basa para ser dictado (*Zitiergebot*)[379]. Bajo este esquema, es claro que desaparece entonces la dicotomía clásica entre Ley y reglamento como compartimentos estancos de la Alemania decimonónica; como emanaciones de poderes relacionados entre sí por el

[373] Este precepto se completa con otros tres apartados. El artículo 80 II GG prevé determinados casos en los que se exige consentimiento del *Bundesrat* para aprobar ciertos reglamentos por parte del Gobierno Federal; el artículo 80 III GG habilita también a la indicada Cámara para enviar reglamentos al Gobierno para su aprobación; y, en fin, el artículo 80 IV –introducido en la reforma de 1994– permite a los Gobiernos de los *Länder* dictar reglamentos. Sobre este precepto, *vid.* MAUNZ, T., DÜRIG, G., y REMMERT, B., «Kommentar zu art. 80» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020. Con carácter algo más sintético, *vid*., EHLERS, *op*. *cit*., págs. 90 y ss.

[374] SCHÖNENBROICHER, K., «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Gesetz und Rechtsverordnung», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 20, 2011, pág. 624, indica que el citado precepto «es una reacción a la terrible época del señorío del reglamento de necesidad del Presidente de la República (especialmente) al final de la República de Weimar».

[375] GALLEGO ANABITARTE, *op*. *cit*., pág. 290.

[376] MÖSTL, M., «Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis», en ERICHSEN, H., y EHLERS, D. (Dirs.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., De Gruyter, Berlín, 2010, pág. 646.

[377] *Cfr*. con GALLEGO ANABITARTE, *op*. *cit*., pág. 291, recordando el debate respecto a este poder reglamentario originario para con las disposiciones administrativas (aquellas que no inciden sobre la libertad o propiedad de los ciudadanos).

[378] EHLERS, *op*. *cit*., pág. 89, recuerda como en las Legislaturas 13-15 (1994-2005) se dictaron 4236 reglamentos federales frente a 1485 Leyes federales.

[379] Sobre esta doctrina de la *Zitiergebot*, *vid*. un resumen en MÖSTL, *op*. *cit*, págs. 651 y ss., quien recuerda que su violación deja sin efecto al reglamento, por ser un verdadero requisito de su eficacia (*Wirksamkeitsvoraussetzung*), hasta el punto de que su omisión implica la nulidad (*BVerf* 101, 1).

principio de competencia. Nada escapa ya al poder de la Ley, que se alza como presupuesto habilitante de toda actuación normativa de la Administración.

A).- TIPOS DE REGLAMENTOS

Entendida entonces la posición de la Ley en el sistema alemán actual, los reglamentos aparecerían como «Derecho derivado en la medida en que, al constituir una manifestación de regulación delegada, supone una ejecución del poder legislativo, que le es prestada expresamente para ello al Ejecutivo por el Legislativo»[380]. De este modo, los alemanes ya sólo hablan de reglamentos para aludir a los tradicionales «reglamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*), esto es, aquellos que pueden vincular a los particulares, por tener capacidad de crear derecho (*Rechtssatz*)[381].

Es así como quedan fuera de esta categoría las llamadas «disposiciones administrativas» (*Verwaltungsvorschriften*), que aparecerían como regulaciones de administración interna, sin carácter jurídico *stricto sensu*[382], lo que se desprende de su eficacia vinculante únicamente para con la Administración, no pudiendo afectar por ello a la esfera de actuación de los ciudadanos[383]. Esto explica su situación especial para con la Ley, tal y como ha subrayado el propio Tribunal Constitucional alemán (así, *BVerf* 78, 214, 227)[384]. Como se ha dicho entre nosotros, tal categoría ha sustituido, en la práctica, a la tradicional noción de «reglamentos administrativos»

[380] UHLE, *op. cit*., págs. 57 y 75.
[381] Sobre esto, son clásicos los escritos de LEPA, M., «Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnungen», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 105, núm. 3, 1980, págs. 337 y ss.; PEINE, F.-J., «Gesetz und Verordnung. Bemerkungen zu aktuellen Fragen eines problematischen Verhältnisses», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1988, págs. 121 y ss.; OSSENBÜHL, F., «Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1997, págs. 305 y ss.; o, en fin, SCHMIDT-AßMANN, E., «Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift», en KIRSCHHOF, P., LEHNER, M., RAUPACH, A., y RODI, M., (Coords.), *Staaten und Steuern (Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag)*, 1ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2002, págs. 477 y ss. Ya, con carácter más actual, *vid*. VON DANWITZ, T., «Rechtsverordnungen», en *Iura*, núm. 2, 2002, págs. 93 y ss.; LINDNER, J. F., «Zeitgleiches Inkrafttreten von Gesetz und Rechtsverodnung?», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm 7, 2001, págs. 193 y ss.; SCHÖNENBROICHER, K., «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Gesetz und Rechtsverordnung (*cit.*)», págs. 624 y ss.; LINDNER, J. F., «Weitere Bemerkungen zum Verhältnis con Gesetz und Rechtsverordnung», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 20, 2011, pág. 626 y ss., como respuesta al anterior; y, en fin, KRÜGER, E., «Die Rechtsverodnung –eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz in Studium», en *Verwaltungsrundschau*, núm. 10, 2015, págs. 342 y ss. También –con carácter más resumido– cualquier manual o tratado de Derecho administrativo, como los que se citan *infra*., así como los aducidos comentarios a los artículos 20 y 80 GG en MAUNZ y DÜRIG.
[382] UHLE, *op. cit*., pág. 58. Me remito a la bibliografía sobre el tema por él indicada.
[383] *Cfr*. con HEUN, W., *The Constitution of Germany*, 1ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2011, pág. 133, quien advierte que, como mínimo, han llegado a tener una práctica eficacia vinculante.
[384] EHLERS, *op. cit*., pág. 83.

(*Verwaltungsverordnungen*) del Derecho alemán, habiendo sido esto tildado de verdadero «avance terminológico»[385].

También son distintos de los reglamentos los «Estatutos» (*Satzungen*), entendidos como aquellas disposiciones normativas emanadas por las personificaciones jurídico-públicas destinadas, principalmente, a su autoorganización. La diferencia con el reglamento radica en que mientras el primero es Derecho del Estado, el segundo es Derecho autónomo, circunscrito a esa personalidad jurídica[386]. Lo mismo puede decirse respecto de las normas que rigen la configuración interna de los órganos colegiados, que en Alemania no reciben la denominación de «reglamentos», sino otra de difícil traducción (*Geschäftordnung*); precisamente por no emanar del Ejecutivo[387]. Así, en teoría, sólo los reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) tienen capacidad para establecer derechos y obligaciones *stricto sensu* (*Rechtssatz*), lo que se explica por la habilitación dada por la Ley[388]. Tal autorización puede otorgarse –como normalmente ocurre– a través de una Ley formal, aunque también por medio de un texto constitucional[389].

Se ha de destacar también que los *Länder* pueden emitir reglamentos jurídicos, tanto sobre la base de una Ley federal –en cuyo caso quedan sujetos también a las exigencias del artículo 80 GG–, como sobre la de una Ley propia, supuesto en el que no quedan vinculados a los requisitos del indicado precepto, sino a los que se señalen en la Constitución del *Land* (que, por lo general, no suele distar mucho de los anteriores[390]).

[385] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 293.
[386] UHLE, *op. cit.*, págs. 57-58 y, especialmente, 86 y ss.; también, EHLERS, *op. cit.*, págs. 92 y ss.
[387] Bajo tal noción se encuadran lo que nosotros denominaríamos «reglamentos» de las Cámaras o del Tribunal Constitucional; normas reconocidas muchas veces por la propia Ley Fundamental (ej. artículo 40.2 GG para el reglamento del *Bundestag*). Sobre el tema, *vid*. SCHMIDT, T. I., «Die Geschäftsordnungen der Verfassungsorgane als individuell-abstrakte Regelungen des Innenrechts», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 128, 2003, págs. 608 y ss.
[388] La distinción ha sido puesta en duda en los últimos años, por entenderse que la eficacia «interna» –es decir, *ad intra* de la Administración– de las disposiciones administrativas y de los estatutos es bastante relativa, pudiendo también tener eficacia «externa» en muchas ocasiones y, *por ende*, fijando derecho (*Rechtsetzung*). La doctrina alemana suele entender que en el primer caso sí se fija derecho, siendo más discutido en el segundo. Sobre esto, MAUNZ, DÜRIG, y REMMERT, «Kommentar zu art. 80 (*cit.*)», parágrafos 208 y ss., en donde se explican las relaciones entre estos tres tipos de normas.
[389] STOBER, R., «Die Arten der Rechtsquellen», en WOLFF, H. J., BACHOF, O., STOBER, R., y KLUTH, W., *Verwaltungsrecht I*, 13ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017, pág. 283, con cita a sendos preceptos de Constituciones de los *Länder*.
[390] IPSEN, J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., Franz Vahlen, Múnich, 2019, pág. 33.

Entendido este marco normativo –y pese que se parte de una cierta «reglamentofobia» (*Verordnungsphobie*) doctrinal[391]– se ha de remarcar que, en la práctica, el despliegue de estas normas es extensísimo. Ello hasta el punto de que –en el ámbito federal– existen tres veces más reglamentos jurídicos que Leyes[392]. Tradicionalmente, la clasificación de los tipos de reglamentos jurídicos se solía realizar en los manuales de estudio de Derecho administrativo desde una perspectiva muy teórica, comúnmente atendiendo a su relación con la Ley[393]. Lo cual no deja de ser curioso, habida cuenta de que la mayoría de los reglamentos son, como se ha visto, producto de una habilitación legal y, *por ende*, «infralegales» (*untergesetzesliche Verordnungen*)[394].

Y es que, en efecto, existen –de manera muy residual– ciertas disposiciones complejas que se sitúan en el mismo plano de la Ley o que ostentan su rango o fuerza (total o parcialmente). Bajo tal configuración se alude a las confusas figuras de los reglamentos modificadores de Leyes (*gesetzesändernde Verordnungen*)[395] o de

[391] OSSENBÜHL, «Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht (*cit*.)», págs. 309 y ss., consecuencia de las experiencias pasadas por todos conocidas.
[392] IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (*cit*.), pág. 31.
[393] Para ver estas distinciones clásicas, *vid*., en nuestro idioma, tanto GALLEGO ANABITARTE, *op*. *cit*., pág. 291; como GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (*cit*.), pág. 82, quienes recogen las categorizaciones de la segunda mitad del siglo XX. Se han omitido estas distinciones, habida cuenta de que –en los últimos años– la literatura jurídica alemana establece una clasificación reglamentaria como la que aquí se expone. No obstante, *vid*. STOBER, «Die Arten der Rechtsquellen (*cit*.)», págs. 284 y ss., donde –tal vez por inercia– sigue manteniendo estas referencias tradicionales.
[394] En este punto, algún autor habla también de «reglamentos colectivos» (*Sammelverordnungen*), esto es, aquellos reglamentos jurídicos que se dictan con base en varias habilitaciones legales, así, MÖSTL, *op*. *cit*., pág. 646. También se habla de «reglamentos especiales» (*Sonderverordnungen*), que aparecerían al lado de los reglamentos jurídicos y se dictarían para la regulación de las denominadas «relaciones especiales de sujeción» (*besonderer Gewaltverhältnisse*), pero que, como indica STOBER, *op*. *cit*., pág. 285-286, no está claro si han de entenderse como reglamentos o como disposiciones administrativas (*Verwaltugnsvorschriften*), habida cuenta de su –teórica– eficacia *ad intra* de la Administración.
[395] Sobre la posibilidad de dictar un reglamento que modifique una Ley –así como de una Ley que modifique un reglamento–, es clásico el comentario de PETER, C., «Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlaß gesetzändernder Rechtsverordnungen ermächtigen? Zur Problematik gesetzändernder Rechtsverordnungen», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 92, 1967, págs. 357 y ss. Más recientemente, *vid*. UHLE, A., «Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?», en *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 6, marzo 2001, págs. 241 y ss. *Vid*. también MAUNZ, DÜRIG y REMMERT, «Kommentar zu art. 80 (*cit*.)», parágrafos 99 y ss. También STOBER, *op*. *cit*., pág. 284, prefiere hablar de «reglamentos modificadores de Leyes limitados» (*beschränkte gesetzesändernde Verordnungen*), habida cuenta de que las modificaciones no son absolutas o ilimitadas, porque si no estaríamos ante, directamente, normas con rango de Ley. Y, ya en nuestro idioma, *vid*. UHLE, «Las fuentes del Derecho alemán (*cit*.)», págs. 83-84, indica que el Tribunal Constitucional alemán no se ha pronunciado de forma definitiva sobre la admisibilidad de estos reglamentos, pero recuerda que la literatura jurídica, por lo general, los suele admitir.

complemento de ésta (*gesetzesergänzende Verordnungen*)[396]; a los reglamentos que representan a la Ley (*gesetzesvertretende Verordnungen*)[397]; o, en fin, a los reglamentos a los que –directa o tácitamente– se les atribuye fuerza de Ley (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*)[398].

Estas últimas dos categorías se utilizan –muchas veces– de modo indistinto, consecuencia de su eficacia jurídica asimilada a la de la Ley[399]. Ahora bien, doctrinalmente parece existir un patrón de diferencia: en el primer caso estamos ante una habilitación (*Ermächtigung*) por una Ley, que permite al reglamento colocarse en su lugar (de ahí que la «represente», para que tome las decisiones no previstas en la norma legal)[400]; mientras que, en el segundo, la atribución de tal rango o fuerza se realiza directamente por la Constitución, lo que explica que se hable de una «potestad reglamentaria autónoma»[401].

Sea como sea, tales disquisiciones académicas han quedado apartadas en los últimos años –consecuencia de la consolidación en la literatura jurídica y en el Tribunal Constitucional de los modos de producción normativa– centrándose en cuestiones más

[396] Muchas veces estas dos normas –reglamentos modificativos y de complemento de las Leyes– se estudian de forma conjunta, en tanto en cuanto, indica EHLERS, *op. cit.*, pág. 90, en ambos casos su fundamento se establece en la misma Ley. Ahora bien, estos reglamentos simplemente complementan los elementos esenciales que ya están previstos en la Ley, aunque pueden establecer nuevas obligaciones (*Verpflichtungen*) y autorizaciones (*Berechtigungen*), recuerda STOBER, «Die Arten der Rechtsquellen (*cit.*)», págs. 284.

[397] Por lo general, se alude aquí a la habilitación que realiza el artículo 129 III GG, pudiéndose, tal vez, también añadir las presentes en el artículo 115k GG, en cuanto se remite a otras Leyes autorizantes, para el caso del «estado de defensa». El propio Tribunal Constitucional alemán –*BVerf* 2, 327; 7, 291; 8 (206)– ha indicado que esta regulación del artículo 129 III GG sólo se estableció para previsiones preconstitucionales, como recuerda UHLE, *op. cit.*, pág. 85. Esta situación ha hecho que algún autor –así, LEPA, *op. cit.*, especialmente págs. 353 y ss.– haya subrayado que bajo el ordenamiento jurídico existente una vez entrada en vigor la Ley Fundamental, esto es, en el Derecho «posconstitucional» (*nachkonstitutionell*), no pueden existir ya reglamentos con tal fuerza o valor.

[398] Me refiero a las previsiones de los artículos 119, 127 y 132 IV GG, a los que enseguida nos referiremos.

[399] Así, STOBER, *op. cit.*, pág. 284, que, tras aludir a los reglamentos con fuerza de Ley (*mit Gesetzeskraft)* indica que «tales reglamentos (...) son a menudo denominados como 'representantes de la Ley'» (*solche (...) Verordungen werden oft auch 'gesetzesvertretend' gennant*).

[400] STOBER, *op. cit.*, pág. 284. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán –*BVerf* 2, 307– utiliza esta expresión, en este sentido, para referirse a las habilitaciones *ex* artículo 129 III GG.

[401] MAUNZ, DÜRIG y REMMERT, «Kommentar zu art. 80 (*cit.*)», parágrafos 46 y 49, en los que recuerdan el modelo de habilitación para el artículo 129 no se encuentra en el artículo 80 GG, sino en la propia Ley Fundamental y, en fin, que sí que se puede hablar de un poder reglamentario originario para las previsiones de los artículos 119, 127 y 132. En nuestro idioma, *vid.*, UHLE, *op. cit.*, pág. 76, para quien las únicas manifestaciones de una potestad reglamentaria autónoma se encuentran en estos preceptos. *Cfr.* con VON DANWITZ, «Rechtsverordnungen (*cit.*)», pág. 94, nota 7, quien, pese a aludir a los artículos 119 y 127, deja fuera el 132 GG. Por su parte, KRÜGER, «Die Rechtsverodnung –eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz in Studium (*cit.*)», pág. 342, usa la expresión de *gesetzesvertretende Verordnungen* sólo en un contexto de habilitación legal. Por lo demás, la expresión se ha recuperado recientemente con motivo de la pandemia del COVID-19, como veremos.

ajustadas a la realidad; situaciones que, en su aplicación práctica, plantean ciertos problemas. Así, es común ver una referencia a las «habilitaciones reglamentarias» (*Verordnungenermächtigungen*) desarrolladas en el campo del Derecho de prevención de peligros (*Gefahrenabwehrrecht*) a través de Leyes de los distintos Estados federados muchas veces sobre la base de una mera «cláusula general» (*Generalklausel*)[402]. Y es que, en efecto, como veremos, esta es una cuestión de primer orden, dado que se permite la emisión de reglamentos sobre la base de una habilitación general lo que, *a priori*, podría vulnerar las exigencias del artículo 80 I GG.

En congruencia, puede afirmarse que no hay rastro alguno de la trilogía de VON STEIN –que tanto predicamento tuvo en España– en el Derecho alemán y que, *por ende*, los reglamentos de necesidad «no existen en Bonn»[403]. Así, su presencia ha desaparecido respecto de su configuración constitucional y terminológica tradicional. Sin embargo, ello no es óbice para que se sigan manteniendo aún algunos supuestos de producción normativa que recuerdan a estos tradicionales poderes, por un lado; y, que, por otro, las actuaciones realizadas sobre la base de la cláusula general policial se asemejen, en gran medida, a lo que hoy se estudia bajo las expresiones italiana y española de «ordenanzas» y «reglamentos» de necesidad», respectivamente.

B).- LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL EJECUTIVO AL MARGEN DEL ARTÍCULO 80 DE LA *GRUNDGESETZ*

Pese a la centralidad de la técnica de la «habilitación» (*Ermächtigung*) presente en el artículo 80 GG, lo cierto es que en el texto constitucional se contienen todavía dos grupos de actuaciones del Ejecutivo que se alejarían de la mentada configuración para

[402] IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (*cit.*), págs. 80 y ss.; MAURER, H., y WALDHOFF, C., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, págs. 396 y ss. También STOBER, «Die Arten der Rechtsquellen», en WOLFF, BACHOF, STOBER y KLUTH, *Verwaltungsrecht I* (*cit.*), págs. 284-284, aunque encaja estas normas como «reglamentos de aplicación de la Ley» (*gesetzanwende Verordnungen*), que han de distinguirse de los reglamentos de mera ejecución (*Ausführungsverordnungen*). En efecto, y a diferencia de los últimos, los reglamentos de aplicación permiten establecer nuevas obligaciones para los particulares, distinguiéndose de la mera ejecución de la Ley en su carácter abstracto. Pueden, además, basarse en habilitaciones especiales (*Spezialermächtigung*) –si está más o menos concretado su propósito– o en una habilitación general (*Generalermächtigung*), cuando la finalidad para la que se habilitan es también general, como en el caso de «la prevención de peligros» (*Gefahrenabwehr*); y es que, en estos casos, la regulación específica de ese reglamento se cede por la Ley a la discrecionalidad de la autoridad competente, habida cuenta de que el legislador no puede prever todos los peligros existentes.

[403] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 292.

actuar: el «estado de necesidad legislativa» del artículo 81 GG y los poderes transitorios del Título XI GG[404].

i).- EL «ESTADO DE NECESIDAD LEGISLATIVA» DEL ARTÍCULO 81

El artículo 81 de la *Grundgesetz* habilita al Presidente Federal (*Bundespräsident*) –a solicitud del Gobierno y con la aprobación del *Bundesrat*– para declarar el «estado de necesidad legislativa» (*Gesetzgebungsnotstand*). Puede hacerlo cuando el *Bundestag* no fuese disuelto tras una moción de censura –a la que se refiere el artículo 68 GG– y además rechazase un proyecto de Ley que el propio Gobierno haya declarado como «urgente» (*dringlich*).

De ahí que el artículo 81.2 GG permita que –una vez declarado el estado de necesidad legislativa– el proyecto de Ley pueda ser convertido en Ley si lo aprueba el *Bundesrat* para el caso de que el *Bundestag* rechazare nuevamente el indicado proyecto (o lo aprobase en una versión no aceptada por el Gobierno). Esta previsión, continúa el precepto, rige también «en caso de que el proyecto no fuera adoptado por el *Bundestag* dentro de las cuatro semanas siguientes a la nueva presentación». Además, una vez declarada esta situación, y durante el mandato del Canciller Federal, podrá convertirse en Ley todo proyecto rechazado por el *Bundestag* –o alterado en el sentido indicado en el párrafo anterior– en el plazo de 6 meses.

Se establece en este punto la garantía de que, una vez transcurrido este plazo, «no podrá volverse a declarar el estado de necesidad legislativa durante el periodo de funciones del mismo Canciller Federal», lo que se adhiere a la previsión del artículo 81.4 GG que indica que la Ley Fundamental «no podrá ser reformada, ni derogada, ni suspendida, total o parcialmente» por una Ley adoptada en los términos del artículo 81.2.

Como puede verse, este precepto se prevé para hacer frente a una situación de crisis política[405], en la que ni hay mayoría en el *Bundestag* para aprobar los proyectos de

[404] A estas previsiones se han de añadir las disposiciones de Derecho de excepción a las que luego nos referiremos en el punto III.3 de este capítulo. *Cfr*. con GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., pág. 290, para quien el artículo 81 GG aparece como «el único poder normativo excepcional del Ejecutivo a nivel de la Ley Fundamental».
[405] HEUN, *The Constitution of Germany* (*cit*.), pág. 139.

Ley del Ejecutivo, ni para constituir un nuevo Gobierno, por haber fallado una moción de censura[406].

Hay, como subraya la doctrina alemana, una «perturbación constitucional» (*Verfassungstörung*)[407] de carácter político –concretamente un bloqueo parlamentario– para el cual se prevé esta regulación, que dista mucho de las crisis extremas reales que regula el Derecho de excepción que analizaremos. El artículo en cuestión, se hace eco de la situación presente en la República de Weimar, en la que –especialmente desde 1930– los parlamentarios nacionalsocialistas y comunistas impedían el desarrollo de las necesarias actuaciones gubernamentales para hacer frente a la situación económica, siendo entonces necesario recurrir al artículo 48.2 CW como mecanismo de actuación[408].

Esto explica la tremenda discusión en su redacción inicial. El proyecto de Constitución de Herrenchiemsee preveía un artículo 111 fuertemente inspirado en el citado artículo 48 CW[409]. En esta redacción se habilitaba al Gobierno, ante situaciones de necesidad, a dictar reglamentos con rango de ley en un sentido muy similar al de la última época de Weimar. No obstante, los debates parlamentarios se apartaron paulatinamente de estos poderes, tratando de centrarlos en este concepto de «estado de necesidad legislativa», con el objeto de limitar los poderes del Ejecutivo. Tales precedentes tal vez expliquen que, para algún autor, el artículo 81 GG implique el reconocimiento de una «potestad reglamentaria de necesidad ejecutiva» (*exekutives Notverordnungsrecht*) otorgada al Gobierno alemán, habiéndose cambiado su

[406] En este sentido, MAUNZ, T., DÜRIG, G., y HERZOG, R., «Kommentar zu art. 81» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 1 y ss. Me remito, en general, a toda la bibliografía allí recogida.
[407] Por todos, HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17ª ed., C. F. Müller, 1990, pág. 278.
[408] MAUNZ, DÜRIG y HERZOG, *op. et loc. cit.*
[409] Hubo múltiples proyectos de la Ley Fundamental de Bonn, siendo este uno de ellos.

denominación por meras cuestiones históricas[410] o, incluso, que –en la doctrina española– se hayan asimilado a los Decretos leyes[411].

Ahora bien, de lo que no cabe duda alguna es de que estamos ante Leyes en sentido estricto, esto es, ante una «forma especial de legislación» (*Sonderform der Gesetzgebung*), prevista para casos muy específicos[412]. Es por ello que esta figura se deslinda de las instituciones de Derecho de necesidad analizadas a lo largo de este estudio: no estamos más que ante una solución para terminar con un bloqueo político, terminándose por dictar genuinas Leyes que, además, cuentan con el apoyo o consentimiento del Consejo Federal[413].

ii).- EL DERECHO TRANSITORIO DEL TÍTULO XI

El Título XI de la Constitución alemana lleva por rúbrica «Disposiciones transitorias y finales», recogiéndose aquí los artículos 116 a 146. Este conjunto normativo –como Derecho transitorio que es– recoge un acervo de reglas dirigidas a adaptar las viejas instituciones y poderes públicos previos a la Segunda Guerra Mundial al nuevo marco constitucional; reglas en las que –se ha dicho entre nosotros– «reina un verdadero caos»[414].

En cualquier caso, son normas de carácter temporal diseñadas para cuestiones muy concretas, lo que explica que se habilite al Ejecutivo para crear Derecho fuera de lo previsto en el artículo 80 GG. Estas disposiciones, además –a través de distintas técnicas–, permiten dictar normas con rango de Ley, correspondiendo por ello su

[410] BRYDE, B.-O., «Kommentar zu art. 81», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012, pág., 269, usa esta denominación tratando de explicar que no existe aquí ningún «legislador sustituto» (*Erstaztgesetzgeber*), sino meramente una potestad extraordinaria a favor del Ejecutivo en situaciones muy especiales. Que el constituyente rehuyese la citada expresión tiene su explicación histórica, como también recuerdan MAUNZ, DÜRIG y HERZOG, *op. cit*., parágrafos 6 y ss., quienes subrayan que la Ley Fundamental «evita ante todo el empleo del histórico y tan preocupante concepto de reglamento de necesidad (*Notverordnungsbegriff*)».

[411] ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2016, págs. 23-24.

[412] MAUNZ, DÜRIG, y HERZOG, *op. et loc. cit*., recogiendo abundante doctrina en este sentido. Es esta, pues, la tesis dominante, que entiende que estamos ante genuinas Leyes.

[413] Este precepto no ha sido activado hasta la fecha y lo cierto es que, dadas los exigentes requisitos necesarios para su ejercicio, no parece que vaya a utilizarse nunca. En este sentido, GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., pág. 290, se refiere a él como «prácticamente inviable».

[414] PÉREZ SERRANO, N., «Tres lecciones sobre la Ley Fundamental de Bonn» (Cursillo explicado en la Escuela Social de Madrid en los días 21 y 28 de febrero y 8 de marzo de 1951), en *Obras Escogidas de Nicolás Pérez Serrano*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2017, págs. 595 y ss., añade el autor que «parece como si acuciosamente unos y otros partidos políticos hubieran acudido a estos preceptos de tipo final para ir salvando alguna preocupación, manteniendo algún compromiso, dejando constancia de algún sentimiento que al propio partido o fracción hubiera animado».

control al Tribunal Constitucional (artículo 126 GG). Aunque no tengan ya funcionalidad práctica, son interesantes en tanto en cuanto se han vertido sobre ellas diferentes reflexiones que conectan con las terminologías empleadas en nuestro ámbito de análisis. De acuerdo con el modo de habilitación pueden establecerse, al efecto, dos grupos.

En un primer grupo encontramos las previsiones de los artículos 119, 127 y 132 IV de la *Grundgesetz*. En todos estos preceptos se habilita *ex Constitutione* al Ejecutivo para actuar, lo que ha hecho que la doctrina haya visto aquí una manifestación –o más bien la única– de la potestad reglamentaria autónoma[415]. Analicémoslos sumariamente.

Comenzando por el artículo 119 GG, éste reconoce la posibilidad de dictar «reglamentos con fuerza de Ley» (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*) en materias relacionadas con refugiados y desplazados[416]. La disposición fue introducida en la Constitución por cuestiones circunstanciales tras la Segunda Guerra Mundial[417], habiéndose discutido por ello si el precepto podría tener hoy día algún tipo de aplicación[418]. Más allá de todo esto, lo importante es que estamos ante una excepción al artículo 80 GG, que permite al Gobierno dictar «reglamentos con fuerza de Ley», aunque previa intervención del *Bundesrat*. Es, además, el único supuesto en que la Ley

[415] UHLE, *op. cit.*, pág. 76, haciendo expresa referencia a los artículos 119, 127 y 132 IV GG a los que nos vamos a referir. *Vid*, también, *supra*. Por su parte, MÖSTL, *op. cit.*, pág. 646, en referencia a estos preceptos, prefiere hablar de «habilitaciones constitucionales directas para dictar reglamentos» (*verfassungsunmittelbare Verordnungsermächtigungen*), siendo, la consecuencia, en esencia la misma.

[416] El precepto indica que: «En asuntos relacionados con refugiados (*Flüchtlinge*) y desplazados (*Vertriebenen*), y especialmente para su distribución entre los *Länder*, el Gobierno Federal, previa aprobación (*Zustimmung*) del *Bundesrat*, podrá dictar reglamentos con fuerza de Ley hasta que la materia sea regulada a través de normativa legal federal. En casos especiales, podrá ser habilitado el Gobierno Federal para dictar instrucciones concretas (*Einzelweisungen*). Las instrucciones irán dirigidas a las máximas autoridades del *Land*, salvo que haya peligro en la demora». La laguna legal se ha cubierto de forma paulatina con la promulgación de sendas Leyes, donde destaca la Ley Federal sobre desplazados de 1953 (*Bundesvertriebenengesetz* o BVFG).

[417] Con este precepto se buscaba hacer frente a la llegada de millones de refugiados y desplazados tras la Segunda Guerra mundial, así como al hecho de que ciertas áreas geográficas del país se viesen desbordadas, precisándose para ello una normativa *ad hoc* para coordinar y repartir las llegadas entre los *Länder* hasta que la materia fuese regulada por Ley. En este sentido, SCHAEFER, K. H., «Kommentar zu art. 119 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012, págs. 1479-1480.

[418] MAUNZ, T., DÜRIG, G., y BUTZER, H., «Kommentar zu art. 119» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 40 y ss., se hacen eco de la discusión presente en la literatura jurídica respecto de si podría hacerse todavía uso de este precepto ante nuevos casos de afluencia de refugiados. Para JARASS, H. D., «Kommentar zu art. 119», en JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020, pág. 1281, el precepto carece de aplicación hoy; mientras que, para SCHAEFER, «Kommentar zu art. 119 GG (*cit.*)», págs. 1480-1481, en teoría podría todavía utilizarse, pues no ha sido derogado expresamente y, además –a diferencia del artículo 129 III GG–, este precepto no señala expresamente la caducidad de su aplicación.

Fundamental dota a un reglamento de tal potencia de forma palmaria, lo que ha servido para defender que esta atribución tan contundente se realiza para que no pueda haber duda de su rango normativo y, en definitiva, de su constitucionalidad[419].

En España, GARCÍA DE ENTERRÍA –reconociendo la «fuerza de Ley» de estas disposiciones– los cataloga de «Reglamentos de necesidad»[420], mientras que otros como BAÑO LEÓN se refieren a ellos como equiparados a nuestros Decretos leyes[421]. La doctrina alemana, por lo general, habla de reglamentos con fuerza de Ley –siguiendo la dicción del precepto– con la primacía de la Ley (*Vorrang des Gesetzes*) que ello conlleva[422].

Por su parte, el artículo 127 GG permite al Gobierno Federal alemán –previa aprobación de los *Länder* interesados y en el plazo de un año desde la aprobación de la Ley Fundamental– poner en vigor (*in Kraft setzen*) las disposiciones emanadas de la administración de la Zona Económica Unida (*Vereinigtes Wirtschaftsgebiet*)[423] en los *Länder* señalados en el precepto (Baden, Gran Berlín, etc.). Todo ello de acuerdo con los artículos 124 y 125 GG.

De nuevo, estamos ante un precepto *ad hoc*. Con él se pretende extender la regulación existente en la denominada «Bizona» al resto del territorio alemán, habilitándose al Gobierno Federal para ello[424]. Ahora bien, la autorización al Ejecutivo sólo puede ejercerse «dentro el plazo de un año desde que se apruebe esta GG», por lo

[419] Es decir, que, gracias a lo explícito del precepto, no hay quebrantamiento (*Durchbrechung*) del artículo 20 III GG en una interpretación sistemática de la Carta Magna, así SCHAEFER, *op. cit.*, pág. 1486.
[420] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (*cit.*), pág. 82.
[421] BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria…* (*cit.*), pág. 50. A mi juicio, lo único que comparten estas normas con los Decretos leyes es su rango legal, pero no su configuración jurídica, control parlamentario, etc. La posición de GARCÍA DE ENTERRÍA tampoco termina por ser acorde con su propia doctrina, pues éste distingue nítidamente los Decretos leyes de los reglamentos de necesidad, al tiempo que atribuye a estos últimos el carácter de meras normas administrativas sin fuerza de Ley. Al efecto, *vid. infra*, capítulo segundo de la primera parte de esta obra, especialmente el epígrafe III.1.
[422] Por todos, MAUNZ, DÜRIG y BUTZER, «Kommentar zu art. 119 (*cit.*)», parágrafos 51 y ss., quienes, además, se hacen eco de la discusión existente respecto del movimiento de poblaciones, dado que el artículo 11.1 GG exige una «Ley» (*Gesetz*) para restringir la libertad de circulación. Por su parte, SCHAEFER, *op. cit.*, pág. 1486, entiende que el precepto atribuye el mismo rango normativo que aquel con el que se dota a otros reglamentos similares en los artículos 127 y 132 GG, pese a la distinta terminología utilizada.
[423] La «Bizona» fue establecida con la ocupación aliada en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, creándose una unión económica entre el territorio británico y el estadounidense a partir de 1947.
[424] Concretamente al territorio ocupado por los franceses y a la entidad local (*Kreis*) bávara de Lindau. Un resumen de esta cuestión, con jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en JARASS, H. D., «Kommentar zu art. 127», en JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020, pág. 1307.

que –desde el 23 de mayo de 1950– el precepto ha perdido relevancia[425]. La importancia del precepto vuelve a ser teórica, dado que, efectivamente, la normativa que de él emane va a tener, necesariamente, rango o fuerza de Ley, puesto que busca extender a otros territorios una normativa de tal rango. Y ello pese a que no se explicite en la Constitución[426]. De ahí que la doctrina entienda que –a través de la interpretación y de la finalidad buscada por el propio precepto– estamos ante «reglamentos jurídicos con rango legal» (*Rechtsverordnungen mit Gesetzesrang*) o «reglamentos con fuerza de Ley» (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*)[427].

Ya, por último, hemos de hacer una sucinta referencia al artículo 132 GG. Esta disposición permitía incoar la jubilación (*Ruhestand*), la suspensión (*Wartestand*) o, incluso, el traslado a otros cargos de menor retribución, a aquellos funcionarios y magistrados que ostentasen puestos con carácter vitalicio al momento de la entrada en vigor de la *Grundgesetz*, y dentro de los seis meses siguientes a la celebración de la primera reunión del *Bundestag*. El precepto se aplicaba, obviamente, en el marco de la denominada «desnazificación» (*Entnazifizierung*), como además subraya el artículo 132 II GG, al concretar su uso para con tales empleados públicos. Ello, sin perjuicio claro está, de que éstos pudieran recurrir tales decisiones (artículo 132 III GG).

El artículo interesa aquí en tanto en cuanto el inciso cuarto establece que «los pormenores (*Nähere*) de la aplicación serán regulados por un reglamento del Gobierno Federal, que requerirá de la aprobación del *Bundesrat*». Esta autorización –vigente hasta el 6 de marzo de 1950– permitió dictar el reglamento de 17 de febrero del mismo año. La doctrina, por lo general, no entra a discutir la naturaleza de esta norma, aunque suele entenderse que tiene rango legal[428], y que, en fin, estamos –junto con los artículos 119 y

[425] MAUNZ, T., DÜRIG, G., y KLEIN, H., «Kommentar zu art. 127» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafo 20, lo que no implica que el precepto siga vigente en tanto en cuanto se mantengan vigentes las disposiciones emanadas sobre su base. *Vid*. también los parágrafos 1 y 4, en los que recuerdan que el Tribunal Constitucional ha destacado que estamos ante una excepción al artículo 80 GG, así *BVerf* 15, 268, (271).

[426] KIRN, M., «Kommentar zu art. 127 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012, pág. 1586, recuerdan que los órganos de esta Bizona dictaron aproximadamente 150 Leyes hasta la entrada en vigor de la GG.

[427] Así la mayoría de la doctrina desde MAUNZ, DÜRIG y KLEIN, «Kommentar zu art. 127 (*cit*.)» parágrafos 3 y ss., que equipara esta habilitación a la que hace el artículo 119 GG ya citado. *Cfr*. con KIRN, M., «Kommentar zu art. 127 GG (*cit*.)», pág. 1586, para quien esta puesta en vigor por el Gobierno es más bien una «medida de legislación administrativa» (*administrative Gesetzgebungsmaßnahme*).

[428] Ni KÜNIG, P., «Kommentar zu art. 132 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012, págs. 1607 y ss.; ni tampoco JARASS, H. D., «Kommentar zu art. 132», en JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020, págs. 1313-1314, entran en esta

127– ante una de las escasas manifestaciones de la potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo alemán[429].

En sentido diverso a las tres previsiones hasta ahora indicadas, se erige el artículo 129 GG. Este precepto, que lleva por rúbrica «Continuidad de la vigencia de las habilitaciones» (*Fortgelten von Ermächtigungen*) alude a las antiguas habilitaciones (*Alt-Ermächtigungen*) realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental y, en fin, a su traslado a los órganos que sean competentes en la materia a partir de tal momento. De los cuatro apartados del precepto, nos importa el tercero, que indica: «En tanto las disposiciones a las que se refieren los apartados 1 y 2 habiliten (*ermächtigen*) su propia modificación (*Änderung*) o complemento (*Ergänzung*) o a dictar disposiciones jurídicas en lugar de la Ley (*Rechtsvorschriften an Stelle von Gesetze*), quedan estas habilitaciones sin efecto».

Su importancia radica en que el último inciso, en conexión con los artículos 129 I y II GG, permite al Gobierno Federal –y, en su caso, a los de los *Länder*– dictar disposiciones que «modifiquen» o «complementen» tales Leyes habilitantes o, incluso, a que se sitúen «en lugar de la Ley». Se distinguen por ello dos grupos de reglamentos.

Por un lado, aquellos que permiten realizar una «modificación» o «complemento» de las propias disposiciones habilitantes, erigiéndose en reglamentos jurídicos modificadores o de complemento de las Leyes (*gesetzesändernde und gesetzesergänzende Rechtsverordnungen*). Y, por otro lado, los reglamentos que se situarían «en lugar de la Ley», dicción que ha llevado a la doctrina a hablar de «reglamentos jurídicos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Rechtsverordnungen*), siguiendo la expresión utilizada por el propio Tribunal Constitucional alemán –*BVerf* 2, 307 (330)–[430]. Una vez más, estamos ante una

discusión. Por su parte, MAUNZ, T., DÜRIG, G., y BADURA, P., «Kommentar zu art. 132» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 1 y ss., lo califican de «reglamento que representa a la Ley» (*gesetzesvertretende Rechtsverordnung*). Sea como sea, el reglamento afectó a 1271 funcionarios y 47 empleados de los Gobiernos del *Bund* y los *Länder*, llegando a pronunciarse el Tribunal Constitucional al efecto, así *BVerf* 4, 294; órgano que, por cierto, evita también entrar en el tema de su naturaleza.

[429] Así, MAUNZ, DÜRIG, y REMMERT, «Kommentar zu art. 80 (*cit.*)», parágrafo 49; y también UHLE, *op. cit.*, pág. 76.

[430] Por todos, MAUNZ, T., DÜRIG, G., y KLEIN, H., «Kommentar zu art. 129» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 20 y ss.; JARASS, H. D., «Kommentar zu art. 129», en JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020, pág. 1309; KIRN, M., «Kommentar zu art. 129 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich,

regulación de Derecho transitorio (*Übergangsregelung*), siendo una excepción al modo de dictarse reglamentos que, hoy, no tiene ya aplicación[431]. Lo que le diferencia de los casos anteriores es la existencia aquí de una habilitación previa[432]: de ahí que se utilice esta terminología y no la de reglamento con fuerza de Ley, como en los supuestos de los artículos 119, 127 y 132 IV de la Ley Fundamental. Ahora bien, independientemente de la terminología, en todos estos casos las consecuencias son las mismas: la atribución de rango legal a un reglamento.

Como puede verse del estudio sistemático de todos estos preceptos, la literatura jurídica prefiere omitir la tradicional expresión de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung)*, utilizando sólo en raras ocasiones la de «reglamento que representa a la Ley» *(gesetzesvertretende Verordnungen*). No hay, en definitiva, rastro alguno de los clásicos reglamentos de necesidad.

2.- EL MODELO DE DERECHO DE NECESIDAD DE LA LEY FUNDAMENTAL: LA *NOTVERFASSUNG*

La Ley de situaciones excepcionales (*Notstandgesetz*), de 30 de mayo de 1968 –en vigor desde el 24 de junio de tal año– supondría la decimoséptima modificación de la Ley Fundamental alemana, introduciendo cambios en veintiocho artículos. La reforma –que no estuvo exenta de polémica– implicó la recepción definitiva del Derecho de excepción en Alemania, llevando aparejado el indefectible abandono de la teoría del *Staatsnotrecht* germánico y sus modulaciones a través de los clásicos reglamentos de necesidad.

La instauración de la «Constitución de emergencia» (*Notverfassung*) en 1968 pretendía colmar la laguna constitucional presente desde la aprobación de la Ley Fundamental. Ésta quedaría subsanada a través de una detalladísima configuración de

2012, pág. 1593, equiparándolos a los reglamentos con fuerza de Ley (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*); EHLERS, *op. cit*., pág. 90; y, en fin, en esta última obra, también MÖSTL, pág. 646. Recordemos que a este caso de «reglamentos que representan a la Ley» habría de añadirse los dictados con base en el artículo 115k GG, puesto que también se dictan «con fundamento» (*auf Grund*) en las Leyes dictadas para confrontar el estado de defensa.

[431] El Tribunal Constitucional alemán (*BVerf* 2, 327; 15, 272) señaló que la vigencia de tales habilitaciones no queda supeditada a los requisitos que exige el artículo 80 GG, precisamente por ser anteriores al mismo. También ha indicado que estas habilitaciones han de entenderse expiradas –así, *BVerf* 2, 327, (334)–. Al efecto, *vid*. MAUNZ, DÜRIG y KLEIN, «Kommentar zu art. 129 (*cit.*)», parágrafos 21 y ss.

[432] EHLERS, *op. cit*., pág. 90, habla de «habilitaciones preconstitucionales» (*Vorkonstitutionelle Ermächtigungen*). También MÖSTL, *op. cit*., pág. 646.

estas situaciones excepcionales, que, a la postre, encorsetaban al máximo los poderes del Ejecutivo y –especialmente– los del Ejército, que quedaba relegado a una mera función defensiva[433].

De este modo, a través de un conjunto desordenado de preceptos constitucionales, se configuran una serie de estados excepcionales que la doctrina, en un intento de sistematización, ha dividido en «situación de necesidad externa» (*äusserer Notstand*) y «situación de necesidad interna» (*innerer Notstand*), dependiendo de dónde provenga la injerencia al orden establecido[434]. Así, dentro de los peligros externos, la doctrina alemana distingue cuatro tipos de situaciones[435], que aparecerían de modo escalonado ante un contexto de amenaza creciente[436].

El primero de ellos es el «estado consentido» o «aceptado» (*Zustimmungsfall*), reconocido en el artículo 80a I.1.2º de la Ley Fundamental. Éste se prevé para contextos en los que existe una cierta intranquilidad en las relaciones internacionales, estando el umbral de peligro por debajo del siguiente estado excepcional, esto es, del de «tensión». De ahí que se haya visto como una fase previa de éste[437] o, incluso, como un «estado de tensión reducido» (*kleiner Spannungsfall*)[438]. En este contexto, y a través de una mera mayoría simple, el *Bundestag* autoriza al Gobierno únicamente para emitir disposiciones de necesidad de carácter individualizado, con el objeto de lograr una

[433] HEUN, *op. cit.*, págs. 153 y ss., aunque como *ultima ratio* podría ser utilizado en caso de guerra civil en el sentido del artículo 87 GG. El encaje de la *Bundeswehr* como institución de carácter defensivo se ve claramente en la dicción del artículo 26 GG, que prohíbe explícitamente las actuaciones preparatorias para una «guerra de agresión» (*Angriffskriege*), o en el artículo 65a GG que subraya la sumisión del poder militar al civil. Además de estas previsiones puede también destacarse el artículo 12.2, que alude a las prestaciones forzosas, así como el anecdótico «derecho de resistencia» (*Widerstandsrecht*) del artículo 20.4 GG.

[434] En general, toda la doctrina, tanto tradicional como actual, recoge esta categorización. Es interesante IPSEN, J., «Notverfassung und Corona-Virus», en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 2, 2020, págs. 118 y ss., en el que se realiza un estupendo resumen de los distintos estados excepcionales de la Ley fundamental, para, finalmente, estudiarlos a la luz de la crisis del COVID-19.

[435] Otros autores clásicos hablan de tres estados, omitiendo el *Zustimmungsfall*. *Vid*. en este sentido, HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (*cit*.), págs. 279 y ss.; clasificación que fue recogida en España por ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., págs. 136-137, nota 177.

[436] MAUNZ, T., DÜRIG, G., y DEPENHEUER, O., «Kommentar zu art. 80a» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 1 y ss.; en sentido similar, JARASS, H. D., y KMENT, M., «Kommentar zu art. 80a», en JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020, págs. 965 y ss., aunque parece encajar la «cláusula de alianza» fuera de estos peldaños.

[437] HEUN, *op. cit.*, pág. 154.

[438] MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, «Kommentar zu art. 80a (*cit*.)», parágrafo 70.

preparación frente al potencial conflicto; medidas que podrá ir modulando –o ampliando, en su caso– de acuerdo con la evolución de la situación[439].

En segundo punto encontramos ya el aludido *Spannungsfall* o «estado de tensión» del artículo 80a I.1.1º GG. Aunque no delimitado por la propia Constitución, sí se conceptualizó en la exposición de motivos del proyecto de Ley preparatorio de la reforma constitucional de 1968, como «un periodo de tensiones internacionales graves que hace necesario el desarrollo de la capacidad de respuesta (armada)»[440]. La comprobación de esta situación exige una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por parte del *Bundestag*; aprobación que habilita al Ejecutivo para dictar las diferentes medidas previstas en la Ley Fundamental, así como en la normativa federal de Defensa y de Protección Civil.

Además, el Parlamento puede anular las medidas que se adopten en el seno de la activación de este estado –medidas por cierto que pueden adoptar diferentes formas, incluso de reglamentos jurídicos (*Rechtsverodnungen*)[441]– sin perjuicio de la posible intervención del Tribunal Constitucional, en su caso. Por otro lado, aunque en este punto la Ley Fundamental no dice nada, la doctrina moderna entiende que este estado excepcional finaliza por medio de una mayoría cualificada[442].

La tercera situación excepcional por motivos externos se prevé con fundamento en la denominada «cláusula de alianza» (*Bündnisklausel*), recogida en el artículo 80a III. Bajo este estado caben dictar las medidas indicadas para el estado de tensión «sobre la base y en los términos de una decisión adoptada por un organismo internacional dentro del marco de un tratado de alianza con la aprobación del Gobierno Federal»[443]. Lo característico de esta situación excepcional es la ausencia de intervención parlamentaria[444], que queda justificada porque el cumplimiento de las obligaciones de un Tratado Internacional –por ejemplo, las relativas a la OTAN– no pueden depender de una autorización de esta índole. Ahora bien, el control del *Bundestag* es bastante amplio. Por un lado, porque el Tribunal Constitucional ha destacado que para la

[439] MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, *op. cit.*, parágrafo 71.
[440] ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 136, nota 177.
[441] MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, *op. cit.*, parágrafos 29 y ss.
[442] MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, *op. cit.*, parágrafo 67. *Cfr.* con HESSE, *op. cit.*, pág. 284, que entiende que es bastante una mayoría simple.
[443] Sobre el tema, *vid.* MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, *op. cit.*, parágrafos 73 y ss.
[444] ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 137, nota 177.

movilización de las Fuerzas Armadas se exige su intervención[445]; y, por otro, porque el propio artículo 80a III *in fine*, le permite anular las medidas dictadas por mayoría[446].

Ya, en cuarto y último lugar, encontramos el «estado de defensa» (*Verteidigungsfall*), como situación más agravada del peligro[447]. Y es que éste se da cuando «el territorio federal ha sido atacado por la fuerza de las armas» o «existe peligro inminente de este tipo de ataque»; estando profusa y detalladamente regulado en el Título Xa de la Carta (artículos 115a a 115l), así como en otros preceptos concordantes (artículos 12a III-VI, 80a y 87a III). Su activación exige una mayoría de dos tercios por parte del *Bundestag* –o de la «Comisión Conjunta» (*Gemeinsame Ausschuß*), en caso de que no fuese posible la reunión parlamentaria–, así como el consentimiento del *Bundesrat* (artículo 115a I y II). La declaración implica el traslado del mando de las Fuerzas Armadas al Canciller (artículo 115b GG), sin reducir los poderes de las Cámaras (artículos 115d y 115l GG) o del Tribunal Constitucional (artículo 115g GG). La finalización de este estado excepcional se produce, por regla general, por mayoría simple del *Bundestag*[448].

En relación con este *Verteidigungsfall*, es contundente HESSE al afirmar que en la carta alemana «no está previsto una potestad reglamentaria de necesidad a favor del Gobierno central» (*ein Notverordnungsrecht der Bundesregierung ist nicht vorgesehen*)[449], sino que únicamente lo que se prevé son habilitaciones (*Ermächtigungen*) a su favor, a través de la legislación al efecto que autorizaría al Gobierno para dictar reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*)[450]. Esta aseveración

[445] Así en *BVerf* 90, 286, como recuerda IPSEN, *op. cit*., pág. 120.
[446] De nuevo, no se especifica qué tipo de «mayoría» ha de darse. Para HESSE, *op. cit*., pág. 285, esta mayoría es simple; mientras que, por su parte, MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, *op. cit*., parágrafo 80, sostienen que debe ser una mayoría absoluta, razonando que –de sostener una mayoría menos reforzada– se pondría en peligro la credibilidad alemana en materia de política exterior y, en congruencia, de formar alianzas internacionales.
[447] Sobre el tema, *vid*. los comentarios a los artículos 115a-115l en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar* (*cit*.).
[448] Digo regla general, porque la cuestión es más compleja. *Vid*. MAUNZ, T., DÜRIG, G., y HERZOG, R., «Kommentar zu art. 115l» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 22 y ss.
[449] HESSE, *op. cit*., pág. 281.
[450] Se refiere a las Leyes de desarrollo dictadas al amparo de la reforma de 1968, estando algunas de ellas hoy derogadas, y encajándose como las medidas no militares que se tomarían en casos de declaración del estado de tensión o de defensa. Téngase en cuenta que el artículo 87a III GG permite, para estos dos estados excepcionales, dictar «medidas policiales» (*polizeiliche Maßnahme*), que podrán ser apoyadas, en su caso, por las Fuerzas Armadas. *Vid*. también, MAUNZ, T., DÜRIG, G., y HERZOG, R., «Kommentar zu art. 115k» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 7 y ss., en donde se discute la naturaleza de estas medidas que la Constitución alemana habilita para «dejar en suspenso» o «sin aplicación» (*ausser Anwendung setzen*) las disposiciones que se opongan a ellas, no

es extrapolable al resto de situaciones excepcionales previstas en la *Grundgestz*: la legislación de emergencia se enmarca ya en un Derecho de excepción *stricto sensu*, esto es, dentro del marco de las Leyes emanadas del Parlamento o de sus autorizaciones.

Ya, por otro lado, atendiendo a las situaciones de peligro que puedan plantearse desde el interior de la República alemana, existen dos tipos de respuestas jurídicas para casos bien diferenciados. Así, en primer lugar, se alude a aquellos casos en los que se produzcan «catástrofes naturales» (*Naturkatastrophen*) o una «calamidad de especial gravedad» (*schwerer Unglücksfall*). El artículo 35 GG señala en estos casos dos posibilidades. Por un lado, cuando tal situación afecta a un único *Land*, éste podrá solicitar «ayuda de las fuerzas de policía de otros *Länder*, fuerzas y equipos de otras administraciones, así como de la Policía Federal de Fronteras y de las Fuerzas Armadas» (artículo 35.2)[451]. Ya, en segundo lugar, se prevé que cuando sean dos o más los *Länder* afectados, podrá ser el *Bundesregierung* quien tome la iniciativa en la adopción de las medidas señaladas (artículo 35.3).

La segunda respuesta que prevé la Ley Fundamental frente a crisis internas se encuadra en los artículos 87a IV y 91 GG, que regulan de modo asistemático el llamado «estado de crisis interior stricto sensu»[452], denominado por ello, más modernamente, «estado de necesidad estatal» (*Staatsnotstand*)[453]. Y es que éste se dirige a «la defensa frente a un peligro que amenace el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Estado» (*zur Abwehr einer drohender Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung*), tal y como reza el artículo 91 I GG[454]. En estos casos, los *Länder* podrán reclamar la ayuda de las fuerzas policiales de otros territorios, así como del propio *Bund*; permitiéndose, además, que, si el *Land* no

estando claro si tienen carácter derogativo o meramente suspensivo. Por otro lado, respecto de los reglamentos dictados con base en esta situación, la doctrina –parágrafo 37– suele hablar de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), aunque, recuerda el autor, en el sentido indicado por el Tribunal Constitucional alemán –*BVerf* 2, 307 y ss. (330)– para el artículo 129 III GG que hemos visto. En este sentido, también, STOBER, *op. cit*., pág. 284, quien pone como ejemplos de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*) –que, recordemos, equipara a aquellos «con fuerza de Ley» (*mit Gesetzeskraft*)– a los dictados por el Gobierno con fundamento en este artículo 115k GG.

[451] De hecho, como recuerda HEUN, *op. cit*., pág. 154, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional –*BVerf*, 115, 118, (140 y ss.)– la «Ley de seguridad aérea» de 2005 (*Luftsicherheitsgesetz*), entre otros motivos, por entender que la *Bundeswehr* únicamente puede ejercitar poderes policiales en tanto en cuanto ejerza de apoyo a los *Länder*, de conformidad con este artículo 35 GG.

[452] Así lo denomina en nuestro país ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.* pág. 137.

[453] IPSEN, «Notverfassung und Corona-Virus (*cit*.)», págs. 121 y ss.

[454] Sobre este estado y su relación con el «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*) *vid*., MAUNZ, DÜRIG y DEREDER, «Kommentar zu art. 91 (*cit*.)», parágrafos 2 y ss.

estuviese preparado para hacer frente a tal contingencia, pueda la Federación asumir el mando policial de las fuerzas de los territorios federados (artículo 91 II GG) o, incluso, recurrir a las Fuerzas Armadas (artículo 87a IV GG).

En este contexto pueden dictarse medidas de diferente índole –incluso limitando las libertades de circulación y residencia (artículo 11.2 GG)– habiendo de entenderse automáticamente revocadas una vez desaparecida la situación que le dio lugar, así como en cualquier momento que lo indique el *Bundesrat*. La preeminencia de las fuerzas policiales, así como las medidas por ellas desarrolladas, ha hecho que este precepto se haya enfocado como genuino «Derecho constitucional de prevención de peligros» (*verfassungsrechtliches Gefahrenabwehrrecht*), esto es, un «cuasi-Derecho constitucional de policía» (*quasi Verfassungspolizeirecht*) o «Derecho constitucional de policía directo» (*verfassungsunmittelbares Polizeirechts*)[455]. Aunque, eso sí, supeditado siempre al cumplimiento del presupuesto de hecho antes indicado, lo que reduce drásticamente su esfera de actuación.

Analizado el esquema recogido por la Ley Fundamental puede afirmarse que se configura en ella un Derecho de excepción de carácter eminentemente rígido. Tan rígido que difícilmente puede hacer frente a las situaciones excepcionales que puedan presentarse hoy día, pudiendo incluso entenderse como inoperante respecto de los peligros externos e internos. Ambas cuestiones han suscitado un acalorado debate en Alemania respecto de la posibilidad de revisar la *Grundgesetz*, tanto para hacerlo más acorde a los nuevos riesgos presentes en el plano internacional[456], como para afrontar amenazas interiores, habiéndose discutido al efecto la regulación constitucional del estado de excepción (*Ausnahmezustand*) o, incluso, de recurrir a otros mecanismos –al margen de ésta– en caso de necesidad[457]. Tales discusiones académicas han pasado al

[455] Expresión última que alude a la inexistencia de una Ley que medie entre las actuaciones policiales y la Constitución. Se ha de recordar que en este estado se permite, como *ultima ratio*, el uso de las Fuerzas Armadas (*ex* artículo 87a IV GG). Sobre esto, MAUNZ, DÜRIG y DEREDER, «Kommentar zu art. 91 (*cit.*)», parágrafo 51, así como 52 y ss. en los que se analiza su «naturaleza jurídico-policial» (*polizeirechtslicher Natur*). Esta precisión es importante, habida cuenta de la utilización de la normativa de prevención de peligros para afrontar la crisis del COVID-19, como veremos en el epígrafe siguiente.

[456] MAUNZ, DÜRIG y DEPENHEUER, «Kommentar zu art. 80a (*cit.*)», parágrafo 1 y ss., recuerdan cómo los cambios que se han producido en materia de política exterior (Guerra Fría, terrorismo internacional, etc.) hacen difícilmente aplicables estos preceptos constitucionales configurados para el marco del año 1968, como puede verse en el Libro Blanco sobre Política de Seguridad y el Futuro de la *Bundeswehr* de 2006. De ahí que, subrayan, «una revisión profunda de la Constitución de emergencia sería aconsejable por el bien de la cuestión».

[457] De hecho, se llegó incluso a discutir si sobre la base del artículo 34 del Código Penal alemán –relativo al estado de necesidad– podía verse una habilitación general para actuar en casos extraordinarios. Sobre el

plano práctico con motivo de la crisis del COVID-19. En efecto, la doctrina ha manifestado recientemente la imposibilidad de aplicar los estados excepcionales previamente analizados ante una epidemia de estas características, precisamente por no cumplirse sus presupuestos fácticos[458].

Se ha reverdecido así el debate respecto de la necesidad de revisar la «Constitución de emergencia» (*Notverfassung*), con el objeto de no tener que recurrir a la normativa ordinaria para afrontar problemas que, en esencia, son de carácter constitucional[459]; llegándose a preguntar incluso un relevante grupo de iuspublicistas –de modo muy crítico, dicho sea de paso– cuál es el papel del Derecho Constitucional en todo esto[460].

Y es que, como se verá en un punto posterior, los instrumentos jurídicos utilizados para gestionar la pandemia han sido de Derecho ordinario –o, mejor dicho, a caballo entre éste y el extraordinario–, recurriéndose a la Ley de protección frente a enfermedades infecciosas y a las medidas en ella previstas. Es decir, a una norma de policía o de seguridad pública, consecuencia de la insuficiencia de los preceptos

tema, *vid*. BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in ausßer gewönhlichen Lagen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 38, 1978, págs. 1881 y ss.; LÜBBE-WOLFF, G., «Rechsstaat und Ausnahmerecht-Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 11, núm. 1, 1980, págs. 108 y ss.; así como la respuesta a este último de BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Rechsstaat und Ausnahmerecht. Eine Erwiderung», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 11, núm. 4, 1980, págs. 591 y ss. En torno al estado de excepción, *vid*., más recientemente, FRANKENBERG, G., «Im Ausnahmezustand», en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2017, págs. 3 y ss., especialmente 15 y ss. en las que estudia una hipotética constitucionalización del mismo (número, por cierto, dedicado esta materia); también MAUNZ, DÜRIG y DEREDER, «Kommentar zu art. 91 (*cit.*)», parágrafos 45 y ss.; o ya, con carácter más extenso, el reciente estudio de KAISER, A.-B., *Ausnahmeverfassungsrecht*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2020, que vuelve a poner sobre la mesa la necesidad de actualizar el Derecho de necesidad de la Ley Fundamental, analizando los diferentes modelos en la materia y su posible aplicación en Alemania.

[458] Es fundamental en este sentido, IPSEN, «Notverfassung und Corona-Virus (*cit.*)», especialmente págs. 126 y ss., que, además, no puede ser más claro al señalar que «el bosquejo de los preceptos constitucionales relativos al estado de necesidad, muestran que éstos no son operativos respecto a un estado de excepción originado por una pandemia». También BARCZAK, T., «Die 'Stunde der Exekutiv'», en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 4, 2020, págs. 458 y ss., especialmente 464 y ss., cuando habla de «lagunas constitucionales» (*Verfassungslücken*); y, en fin, ya en inglés, JÜRGENSEN, S., ORLOWSKI, F., «Critique and crisis: the german struggle with pandemic control measures and the state of emergency», en *www.verfassungsblog.de*, 19 de abril de 2020, quienes ponen especial acento en el «estado de necesidad estatal» del artículo 87a, recordando cómo el COVID-19 no se erige como un riesgo que «amenace el régimen fundamental de libertad y democracia».

[459] THIELBÖRGER, P., BEHLERT, B., «COVID-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor der Hintergrund neuer Gesetze», en www.*verfassungsblog.de*, 30 de marzo de 2020.

[460] Es fundamental al efecto, HEINIG, M., KINGREEN, T., LEPSIUS, O., MÖLLERS, C., VOLKMANN, U., y WIßMANN, H., «Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise», en *Juristen Zeitung*, núm. 18, 2020, págs. 861 y ss. Puede verse este artículo en nuestro idioma en DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (traductor), «Why Constitution Matters – La ciencia del Derecho constitucional ante la crisis del Coronavirus», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021, págs. 129 y ss.

constitucionalizados a tal fin. Para ello, se ha hecho uso de la «cláusula general» presente en esta norma, que –habilitando para dictar «las medidas necesarias»– actuó como balón de oxígeno jurídico en la primera ola. En segundo punto, y todavía en el marco de esta Ley, se terminó por crear un verdadero y genuino estado excepcional legal, *ad hoc*, no incluido en la Constitución, con el objeto de dotar de un mayor revestimiento de legalidad a tales actuaciones; el cual fue reformado en distintas ocasiones y, ulteriormente, declarado como conforme a la *Grundgesetz* por el Tribunal Constitucional alemán[461].

En definitiva, con la Ley Fundamental de Bonn se produce el cambio definitivo del modelo de Derecho de necesidad, transitándose desde las habilitaciones generales presentes a favor de los Monarcas decimonónicos (*Notverordnungsrecht*) y en la Constitución de Weimar (artículo 48.2), hacia un Derecho de excepción que ha obligado a moldear el Derecho de policía y de la seguridad pública para así combatir situaciones que –como fue el caso de la COVID-19– en ocasiones no encuentran acomodo en las categorías y en los estados excepcionales del texto constitucional.

3.- El Derecho de prevención de peligros y la «cláusula general» en el marco del Derecho de crisis

Los exiguos poderes de necesidad previstos en la *Grundgesetz* antes analizados, así como la inexistencia de unos Decretos leyes en el sentido italiano o español, dejan –al menos *a priori*– en una situación de completa indefensión a las autoridades alemanas para hacer frente a los peligros y riesgos que puedan plantearse. Esto es así sólo en apariencia. En efecto, aunque las situaciones de crisis más complejas siguen reservadas a los estados excepcionales analizados, se desarrolla en el Derecho alemán un conjunto de reglas en torno a las ideas de seguridad y de orden público de tradición multisecular, que han ido decantándose a lo largo de la Historia y que hoy se incardinan en torno al denominado «Derecho de prevención de peligros» (*Gefahrenabwehrrecht*), aplicado por las autoridades de la policía y del orden[462].

[461] Me remito al análisis y a la bibliografía citada *infra*, en el siguiente epígrafe.

[462] Son de obligada referencia en este campo Götz, V., y Geis, M-E., *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht: ein Studienbuch*, 17ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2021; Schmidt, R., *Polizei- und Ordnungsrecht. Verwaltungsvollstreckungsrecht, Versammlungsrecht*, 21ª ed., Rolf Schmidt Verlag, Bremen, 2020; Schenke, W-R., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2018; Bäcker, M., Denninger, E., y Graulich, K. (Coords.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2018; Gusy, C., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2017; o, en fin,

Así, se establece tanto en la normativa general de policía como las Leyes especiales (aguas, salud pública, medioambiente, etc.), la posibilidad de que las autoridades competentes prevengan y confronten los peligros a través de una serie de medidas reconocidas en la Ley; medidas que pueden ser concretas y específicas –denominándose por ello medidas estándar–, o que pueden emanar de una cláusula general de cierre[463]. Estamos ante crisis –cuando no mera prevención– de la seguridad pública, habilitándose para ello a diversas autoridades estatales, regionales y locales para actuar, pero cuya contundencia no llega hasta el punto de precisar la activación del Derecho de excepción.

Sin embargo, con la crisis del coronavirus se hizo uso precisamente de estos poderes para confrontar y reprimir la expansión de la pandemia; situación que, por cierto, no nos puede resultar desconocida habida cuenta de la gestión en nuestro país–en los interregnos del estado de alarma– o en Italia. La única diferencia es que los italianos tildan a estas actuaciones de «ordenanzas de necesidad», mientras que en nuestra doctrina ha proliferado la expresión de «reglamentos de necesidad» en muchos casos. Pese a que los alemanes hayan decidido relegar al olvido el equivalente terminológico de estas dos últimas expresiones (*Notverordnungen*) –y mucho menos el aplicarlas a la figura que aquí se va a analizar– considero fundamental hacer un breve análisis de estas

KNEMEYER, F., y SCHMIDT, T. I., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2016. Sobre esta cuestión, así como sobre la policía alemana y su Derecho, es fundamental en nuestro idioma FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, 1ª ed., CEDECS, Barcelona, 2002; obra recientemente reeditada –aunque sin actualizar a la doctrina y jurisprudencia posterior– en 2020 por Tirant lo Blanch y que incluye su artículo «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico (*cit*.)». También en nuestro idioma, *vid*. IBLER, M., «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos)», en *Iusta*, núm. 32, 2010.

[463] Además de las obras indicadas en la nota precedente –que terminan por analizar esta figura–, sobre la cláusula general son fundamentales las monografías de WIßMANN, H., *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2008, que expone la problemática de estas cláusulas en términos amplios –no centrándose únicamente en las presentes en prevención de peligros–; y de SCHUCHT, C., *Generalklausel und Standardmaßnahmen*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2010, ya más focalizado en el tema que nos ocupa. Por otro lado, y pese a las similitudes con nuestras habilitaciones para dictar reglamentos de necesidad, es sorprendente la poca atención que ha recibido esta técnica en nuestra literatura jurídica. Además de las obligadas referencias a FUENTES I GASÓ, pocos autores han tratado el tema, así CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1977, págs. 605-628; AGIRREAZKUENAGA, I., *La coacción administrativa directa*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1990, págs. 76 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., págs. 143-144, nota 187; o, en fin, PAREJO ALFONSO, L., «Seguridad pública», en PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo. Parte especial*, 5ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1998, págs. 107 y ss., así como *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

cláusulas generales en el ordenamiento germano, así como su relación con el Derecho de excepción.

A).- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA «CLÁUSULA GENERAL»

La idea de una cláusula general (*Generalklausel*) como mecanismo de cierre para cuestiones de seguridad es muy antigua en el Derecho alemán y ha de entenderse en perspectiva histórica, para así comprender su situación actual[464]. Tras las revoluciones liberales, se inicia un movimiento en el que se trata de situar a la Ley en el centro de los diferentes ordenamientos europeos. Con mayor o menor éxito, esto se logra en Francia, Italia o España, siendo más complejo en el caso alemán.

Así, en el ordenamiento germano se mantendrá prácticamente incólume durante gran parte del siglo el principio monárquico; situación que se conjuga con un tradicional sistema jurídico basado en el concepto de «policía» (*Polizei*) –de marcada raíz autoritaria– y que serviría como mecanismo general de intervención. En efecto, bajo el manto de tal idea, las autoridades de los diversos Estados germánicos actuaban prácticamente sin limitaciones. El fundamento de esta actividad se encuentra durante todo el siglo XIX en el «Código General de los Estados Prusianos» (*Allgemeines Landesrecht für die Preussischen Staaten*. ALP), de 1 de junio de 1794.

Es precisamente en este texto jurídico en el que la literatura jurídica ha visto el precedente de la «cláusula general». Concretamente en su parágrafo 10 II 17[465] indicaba que «la función de la policía es la de tomar las disposiciones necesarias ((*die nöthigen Anstalten)* para el mantenimiento de la tranquilidad pública, la seguridad y el orden, así como ante el inminente peligro de la ciudadanía o de sus miembros singularizados»[466]. Tal habilitación se utilizaría durante todo el siglo siguiente por las autoridades, no sólo para hacer frente a riesgos o peligros que amenazasen la seguridad o el orden, sino –en términos amplios– como base jurídica de intervención, en congruencia con el marco pseudo-absolutista de los Estados alemanes del siglo XIX.

[464] Téngase en cuenta que estamos ante una expresión polisémica. Como recuerda WIßMANN, *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen* (*cit.*), págs. 1 y ss., el término *Generalklausel* –además de en el plano de la prevención de peligros– se usa en términos amplios para hablar de todas aquellas formulaciones generales realizadas por el legislador, que no son determinables *a priori*, encontrándose así en el Derecho privado –ej. noción de «buena fe» (*Treu und Glauben*)–, o en el público –ej. «estado de la técnica» (*Stand der Technik*)–.

[465] SCHUCHT, *op. cit.*, págs. 42 y ss., y 48 y ss. También IBLER, «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán... (*cit.*)», pág. 149.

[466] Parágrafo 10, del Título Decimoséptimo de la Segunda parte del ALP.

Los límites a la aplicación de las actuaciones policiales –y, *por ende*, también de la cláusula general indicada– únicamente comienzan a establecerse al albur de la creación de los tribunales administrativos (*Verwaltungsgerichte*) en el último tercio del siglo[467] (concretamente, en la década de 1870-1880), y, especialmente, con la Sentencia *Kreuzberg* de 14 de junio de 1882, del Tribunal Superior Administrativo Prusiano (*preussisches Oberverwaltungsgericht*, OVG).

Es a partir de este momento cuando se entiende que los derechos de los ciudadanos no pueden ser tan fácilmente intervenidos bajo la amplísima e indeterminada noción de «policía». Es decir, que únicamente cabe la restricción de las libertades cuando la actuación entre en el ámbito estrictamente competencial de la noción de policía y se dirija, claro está, a la efectiva «prevención del peligro» (*Gefahrenabwehr*)[468], línea que continuaría en los años subsiguientes con la jurisprudencia del OVG y que serviría de modelo para toda Alemania[469].

No obstante, y pese a estas limitaciones, el ejercicio de la cláusula general seguirá siendo extraordinariamente amplio, haciéndose uso de ésta no sólo en las esferas que hoy entendemos como de policía *stricto sensu*, sino en todas aquellas también previstas en la normativa especial (aguas, montes, salud pública y un larguísimo etcétera). Ahora bien, los tribunales administrativos irán perfilando el modo de activación de la cláusula, consolidando así un verdadero *corpus* jurisprudencial que reduciría paulatinamente la aparente indeterminación de esta habilitación.

---

[467] IBLER, *op. cit.*, pág. 149.

[468] Un resumen en castellano de esta sentencia lo encontramos en FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo...* (*cit.*), págs. 268 y ss., así como en, IBLER, *op. cit.*, págs. 149-150. Este último destaca que con ella se estipula que la autoridad policial «a causa de la cláusula general de policía, sólo puede intervenir en los derechos de los ciudadanos en defensa de la seguridad y el orden público y no por otros motivos» y añade que «si el legislador quiere que la policía limite los derechos de los ciudadanos por otras razones diferentes a la prevención de peligros, entonces no es suficiente la cláusula general de policía, sino que el Parlamento tiene que crear bases jurídicas especiales para la intervención policial otras razones». La sentencia se pronunció sobre el Decreto que aprobaba el reglamento de policía de la jefatura superior de policía real para Berlín de 1879; reglamento que prohibía que las construcciones de edificios impidiesen o estorbasen las vistas del monumento a la victoria (contra Napoleón), sito en la colina de *Kreuzberg*. El tribunal estimó la impugnación del propietario de un inmueble que vio denegado su permiso a construir, por entender que la injerencia en los derechos del ciudadano excedía el ámbito del concepto de policía –entendido por la sentencia como «el mantenimiento de la calma (orden), seguridad y orden público, así como para la prevención de un riesgo inminente para el público o sus miembros»–, siendo por ello insuficiente la cláusula general.

[469] Sobre esto, *vid*. en nuestro idioma, IBLER, M., «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50-51, 2005, págs. 7-9.

La cláusula general del Código General Prusiano se sustituiría por la previsión del artículo 14 de la Ley prusiana de Administración Policial (*preussische Polizeiverwaltungsgesetz*) de 1 de junio de 1931, que autorizaba a las autoridades de policía a adoptar «en el marco de las Leyes vigentes (*im Rahmen der geltende Gesetze*) y de acuerdo a su obligada discrecionalidad (*pflichtmässigem Ermessen*) las medidas necesarias (*notwendigen Maßnahmen zu treffen*) para proteger a la comunidad de peligros aislados que amenacen la seguridad (*Sicherheit*) y el orden público (*Ordnung*)». Esta norma se ha visto como la modernización y la consolidación legislativa del tradicional Derecho de policía configurado por los tribunales a lo largo del siglo XIX, así como también la correspondiente a la técnica de la cláusula general, en sentido moderno[470].

La llegada del Tercer *Reich* a partir de 1933 supondría la deformación del sistema. Como indica IBLER «los nazis exigían interpretar la cláusula general de la ley para la transformación del Estado a la luz de la ideología nacional-socialista», lo que condujo a situaciones total y absolutamente sorprendentes[471]. Esto provocó que se produjese, tras la Segunda Guerra Mundial, una «despoliciación» (*Entpolizeilichung*) de la Administración alemana, cediéndose muchas de las tareas de policía *stricto sensu* a las corporaciones locales. Con ello se lograba que la actividad de policía terminase por referirse únicamente a la «prevención general» de peligros, dejándose la prevención sectorial de éstos a su regulación específica[472].

La entrada en vigor de la *Grundgesetz* en 1949 buscaría adaptar este sistema al nuevo marco normativo del Estado de Derecho, así como la vuelta al modelo descentralizado. Respecto de lo primero, se busca delimitar la cláusula general para evitar abusos, concretando los bienes jurídicos que la cláusula general policial puede proteger, precisando las medidas que pueden desarrollarse sobre su base o, también,

[470] FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 269 y ss.; SCHUCHT, *op. cit.*, págs. 42 y ss., y 48 y ss.

[471] IBLER, «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán... (*cit.*)», pág. 152, da ejemplos de cómo permearon estos valores en la jurisprudencia de la época.

[472] FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 42; así como en *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa* (*cit.*), págs. 227 y ss. El autor explica que –en terminología española– se produjo una separación de las funciones de «policía administrativa» de las de la «policía de seguridad y orden público», siendo asumidas las primeras por las entidades locales (concretamente, las «comarcas» o *Kreise*). Explica cómo algunos peligros quedaron entonces sometidos a su normativa específica –así lo que nosotros llamamos policía sanitaria, el control de los bienes de primera necesidad, la industria, la disciplina urbanística, etc.–, desgajándose del amplísimo concepto tradicional de policía.

concretando la noción de «riesgo» como fundamento de intervención[473]. Respecto a la cuestión territorial, serán los *Länder* quienes recuperarán la competencia sobre policía y orden público (*Polizei- und Ordnungsrecht*), generalizándose la cláusula general antes indicada en sus Leyes regionales, con referencia en el artículo 14 de la Ley de 1931[474].

Estas ideas también se plasmarán en el Proyecto modelo de Ley uniforme de policía para la Federación y los *Länder*, de 25 de noviembre, de 1977 (*Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder*)[475][476]. A raíz de esta proyección se desarrollarían las Leyes de policía de los *Länder* que hoy, como no podía ser de otro modo, contienen sus propias cláusulas generales, coexistiendo con la existente en la Ley federal estatal y, en fin, con todas aquellas insertas en la normativa especial, consecuencia de la indicada «despoliciación».

El Derecho alemán, pues, prevé una miríada de cláusulas generales –tanto a nivel federal como regional– como recurso frente a la enorme tipología de riesgos imprevistos. No obstante, esta técnica, al menos en perspectiva histórica, ha perdido cierta importancia en la actualidad. Y es que –como señala IBLER– los bienes jurídicos objeto de protección están cada vez más limitados; la tecnificación, la jurisprudencia y la doctrina han provocado que muchas de las medidas dictadas sobre su base ahora tengan su previsión legal concreta; y, por último, la noción de «peligro» (*Gefahr*) ha sido perfilada hasta la saciedad, estableciéndose una verdadera tipología de sus manifestaciones. Todo ello, claro está, termina por limitar el ámbito de aplicación de la cláusula general[477].

B).- NATURALEZA Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA *GENERALKLAUSEL*

La técnica de la «cláusula general» (*Generalklausel*), como último reducto frente a la protección de peligros, no se erige como una genuina especialidad alemana: puede encontrarse en todos los sistemas jurídicos europeos, tanto en perspectiva histórica como presente[478]. En efecto, encontramos cláusulas de esta índole en muchas

[473] IBLER, *op. cit.*, pág. 153.
[474] FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 40.
[475] SCHUCHT, *op. cit.*, pág. 43.
[476] A título anecdótico, destacar que el artículo 7.2 de la Ley sobre funciones y competencias de la policía en la República Democrática Alemana, de 13 de septiembre de 1990 contenía también una cláusula general. Al efecto, *vid.* FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, págs. 425-426.
[477] IBLER, *op. cit.*, pág. 153.
[478] A nivel constitucional, el juego de las cláusulas generales se manifiesta en los *Notverordnungen* germánicos, en la habilitación general del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar, así como en los

de las Leyes que regulan la prevención y contención de peligros en España o en Italia; técnica que parte también en estos países del mismo razonamiento: la imposibilidad de prever por el legislador absolutamente todos los riesgos a través de medidas nominadas o estándar. Queda entonces la «cláusula general» como una red de seguridad, esto es, como un mecanismo que sólo cabe activar subsidiariamente en aquellos casos en los que el legislador nada haya previsto, permitiendo actuar a las autoridades en situaciones de crisis y con fundamento legal en ausencia de tipicidad legislativa[479].

No obstante, el modelo germano presenta caracteres que lo hacen único. Como ha subrayado FUENTES I GASÓ «el sistema jurídico-policial alemán se caracteriza, *y con ello se diferencia del de otros estados europeos*, por el decidido empeño en normativizar y regular con meticulosidad, tanto la variedad de situaciones que pueden ocasionar un peligro para la seguridad pública y el orden, como las atribuciones y medidas policiales que pueden activarse en relación con los diferentes supuestos de peligro y su prevención»[480]. En otras palabras: la autonomía de las cláusulas generales alemanas es mucho menor a la que existe en otros países del entorno. Y ello es consecuencia de una marcada evolución jurisprudencial de más de dos siglos de Historia; de una pluralidad de medidas estándar que ostentan preferencia en su aplicación; así como, en fin, de una elaboradísima construcción teórica respecto de todos y cada uno de los conceptos jurídicos indeterminados que componen la cláusula general (seguridad pública, orden público, peligro, etc.), cuya exégesis es además fundamental para decidir qué tipo de actuación va a realizarse (actos administrativos; reglamentos, etc.)[481].

---

demás textos a los que terminó por influir la anterior (*v. gr*., el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958). A nivel legal –con una función más prosaica– encontramos habilitaciones idénticas en el *potere di ordinanza* italiano y sus correlativas ordenanzas de necesidad, así como en el ordenamiento español y sus correspondientes reglamentos de necesidad a ellas anexos.

[479] La subsidiariedad no sólo aplica en el plano administrativo, sino también en el penal, lo que permite a la policía actuar en determinados supuestos desplazando a los órganos judiciales, utilizándose también la cláusula general en el ámbito procesal penal para integrar lagunas o pulir imprecisiones, como recuerda FUENTES I GASÓ, «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico (*cit*.)», págs. 45-46.

[480] FUENTES I GASÓ, *op. cit*., pág. 41. La cursiva es mía.

[481] FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo...* (*cit*.), págs. 493 y ss., explica los instrumentos jurídicos de actuación de la policía sobre la base de medidas estándar y de la cláusula general, pudiéndose dictar «órdenes» (*Verfügungen*), catalogadas como «actos administrativos» (*Verwaltungsakte*) –que se dictan para casos de peligro concreto–, y que si se dictan sobre la base de una medida estándar se denominan «órdenes dependientes», pero si lo hacen sobre la cláusula general se tildan de «órdenes independientes» (*selbständige Verfügungen*); también «permisos» (*Erlaubnisse*); y, en fin, «reglamentos» (*Verordnungen*). Estos últimos se encajan como «normas jurídicas que contienen obligaciones o prohibiciones dirigidas a un número indefinido de casos –supuestos abstractos– o a un número

De hecho, la proliferación de medidas estándar en los últimos años ha sido tal que la literatura jurídica alemana ha llegado a destacar la necesidad de buscar un equilibrio entre la total previsión y autorización casuística de actuaciones (medidas estándar) y el ejercicio directo de la cláusula general[482]. Es así como esta técnica ha perdido parte de su tradicional importancia, pues su uso «cada vez se ve más reducido a medida que la especialización, de un lado, y la tecnificación, de otro, comportan un aumento notable de la actividad legislativa y con ella la disminución de supuestos sin previsión normativa ad hoc»[483]. Pese a ello, este sistema de cláusula general sigue manteniendo su vigencia en la actualidad, tanto la de carácter policial *stricto sensu* como las presentes en la normativa sectorial.

Respecto de la primera –aunque siendo aplicable para el resto– indican KNEMEYER y SCHMIDT, que su importancia se mantiene «como mínimo» (*noch wenigstens*) en tres ámbitos concretos: para afrontar nuevos retos ante los que los órganos legiferantes no podrían responder mediante regulación específica; ante situaciones de riesgo desconocidas que precisan de nuevas respuestas policiales; y, en fin, para «casos de menor importancia» (*Bagatellfälle*), que no tienen suficiente entidad como para dotarles de una previsión legislativa concreta[484]. Se ha de tener muy en cuenta la última de las funcionalidades indicadas para poder entender bien el funcionamiento de esta técnica en Alemania: las cláusulas generales no sólo se utilizan para situaciones extremas o excepcionales, sino también para otros peligros no previstos –de menor entidad, incluso– que sea preciso confrontar. Esto implica una verdadera

indeterminado de personas –destinatarios en general– y que dicta una autoridad policial o del orden para rechazar un peligro» (págs. 496-497). Para poder respetar lo establecido en el artículo 80 GG, se exige que tales normas reglamentarias se dicten con fundamento en una habilitación dada por una norma con rango de Ley (*Ermächtigungsgrundlage*), bien a través de una Ley especial (*Sondergesetz*) –dando lugar a una habilitación especial (*Spelzialermächtigung*)–, o bien, en ausencia de la anterior, dictarse con base en la cláusula general. El propio autor nos ofrece un ejemplo de reglamentos de esta índole: la prohibición de comerciar, hasta nuevo aviso, con determinadas verduras por peligro de epidemia. No hace falta concretar las similitudes de estas disposiciones con nuestros reglamentos de necesidad patrios.

[482] IBLER, «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán... (*cit.*)», pág. 157, indica que «la seguridad absoluta no puede ser el objetivo de nuestro Estado de Derecho» dado que «con la densidad normativa necesaria para ello se perdería la libertad individual». Pero, por otro lado, la remisión total de las actuaciones a la cláusula general supondría la pulverización del principio de seguridad jurídica. Concluye por ello el autor que «es una tarea del legislador, de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica descubrir la relación apropiada entre libertad y seguridad».

[483] FUENTES I GASÓ, «El régimen jurídico... (*cit.*)», pág. 46.

[484] KNEMEYER y SCHMIDT, *Polizei- und Ordnungsrecht* (*cit.*), pág. 56-57; enumeración que también recoge FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 47. Por lo general, es su función de cobertura de lagunas para riesgos no previstos –o de complemento a otras medidas estándar que no prevén el supuesto en su totalidad, pero sí parcialmente– en la que la doctrina suele poner el acento.

«desdramatización» de la figura, que contrasta con la configuración italiana o española, en donde las emanaciones de la cláusula general de seguridad –recordemos– suelen ir acompañadas con la expresión «de necesidad»[485].

Sea como sea, la práctica pérdida de centralidad de la figura explica también que no se haya planteado prácticamente –o, al menos, no con tanta intensidad– un debate respecto de su constitucionalidad en el país germano[486]. Debate que, en cualquier caso, se puede enfocar desde dos perspectivas: respecto de las actuaciones del Ejecutivo, en términos amplios, y respecto de la posibilidad de éste de incidir en derechos fundamentales sin más habilitación que la propia cláusula general[487].

En lo concerniente a la primera cuestión, el principio del Estado de Derecho *ex* artículo 20 III GG –así como los que emanan de estos últimos: seguridad jurídica y exigencia de certeza (*Bestimmtheitsgebot*); reserva parlamentaria y teoría de la esencialidad– pueden ser contrariados como consecuencia de su indeterminación. Y es que, recordemos, bajo tales fundamentos, el Tribunal Constitucional alemán entiende que no es posible trasladar las decisiones esenciales desde el legislador a la Administración, correspondiendo a la Ley la tarea de configurar el comportamiento de aquélla, con objeto de limitarlo en su finalidad, contenido y extensión. Se produce, en definitiva, una apriorística traslación de la discrecionalidad desde el legislador al Ejecutivo, para que haga frente a tales situaciones imprevistas[488].

---

[485] Por ejemplo, la cláusula general policial se utilizó para prohibir un negocio –«laserdrome»– dado que no existía ningún tipo de previsión concreta (medida estándar) en la normativa que habilitase a tal efecto. Sobre este caso, *vid*. nota siguiente.

[486] Al efecto, *vid*. SCHUCHT, *op*. *cit*., págs. 86-87, aunque advierte que esta discusión puede resumirse en la constitucionalidad del bien jurídico a proteger (*Schutzgut*) con esta cláusula, dada la indeterminación de las nociones de orden público o de seguridad pública. También, KNEMEYER y SCHMIDT, págs. 55-56, explicando que por ello las modernas Leyes de policía establecen definiciones sobre tales conceptos jurídicos indeterminados. Es interesante WIßMANN, *Generalklauseln...* (*cit*.), pág. 209, que recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 14 de octubre de 2004 (caso *Omega Spielhallen*), se pronunció sobre la colisión entre la libre prestación de servicios de la Unión Europea y la prohibición del juego «laserdrome», en el que los participantes se disparaban con pistolas láser falsas, simulando asesinatos; prohibición que se realizó por la autoridad competente por entenderse contraria al orden público alemán y, concretamente, a la dignidad de la persona (artículo 1 GG). Digo que es interesante porque tal prohibición se produjo con fundamento en una cláusula general policial. Sobre el tema, *vid*., el apartado IV.3 del capítulo tercero de la segunda parte de esta obra.

[487] Sobre el tema, *vid*., *in extenso*, WIßMANN, *op. cit.*, págs. 145 y ss., en las que analiza las relaciones entre la cláusula general y la reserva de Ley.

[488] Esta compleja relación para con la Ley ha llevado a la literatura jurídica a encajar esta técnica dentro de uno de los pocos casos en los que se produce una «vinculación directa de la Constitución» (*unmittelbare Verfassungsverbindung*) al Ejecutivo y al Judicial *ex* artículo 20 III GG. Es decir, que tanto las autoridades competentes al aplicarla como los jueces al controlarla, se ven directamente sujetos a la Ley Fundamental, al no existir una norma legal que «medie» entre aquélla y los anteriores. La explicación

Esta problemática tiene una explicación clara en el Derecho alemán: para la *communis opinio*, la posición subsidiaria de la cláusula general frente a las medidas estándar (determinadas) y la extraordinaria delimitación realizada por la jurisprudencia hace que, en la práctica, termine por respetar los aducidos principios y, *por ende*, acaba por ser acorde con la Ley Fundamental[489]. Tal cuestión se planteó ante el Tribunal Constitucional, a la luz del artículo 80 GG[490]. Y es que se discutía cómo era posible que se realizasen «habilitaciones reglamentarias» (*Verordnungenermächtigungen*) de esta índole sobre la base de una genérica cláusula general. El Alto Tribunal –en una conocida sentencia de 23 de abril de 1980– parte de los mismos razonamientos antes esgrimidos, señalando que:

«La aplicación de la cláusula general policial (*polizeirechtliche Generalklausel*) en este aspecto es constitucionalmente inobjetable (*unbedenklich*), puesto que ésta se ha precisado suficientemente a lo largo de décadas de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, en lo relativo a su contenido (*Inhalt*), finalidad (*Zweck*) y extensión (*Ausmass*), aclarando su significado y consolidándose en el lenguaje jurídico»[491].

Como se ve, el Alto Tribunal entiende cumplidas las tres exigencias del artículo 80 GG (contenido, finalidad y extensión de la delegación). Esto explica que lo que se suele discutir en Alemania no es tanto la constitucionalidad de estas tradicionales

radica en el hecho de que, aunque el legislador ha decidido ceder este ámbito de discrecionalidad al aplicador de la norma, en ningún caso ello excede su ámbito, de tal suerte que la Constitución misma se encuadra dentro del marco interpretativo de la cláusula general (*verfassungskonforme Auslegung*). Sobre esto, MAUNZ T., DÜRIG, G., y GRZESZICK, B., «Kommentar zu art. 20 III» en MAUNZ T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, parágrafos 21 y ss.

[489] Estos elementos permiten interpretar la cláusula general, así como determinar su contenido. Sobre el tema, GRAULICH, K., «Das Polizeihandeln», en BÄCKER, DENNINGER y GRAULICH, *Handbuch des Polizeirechts* (*cit.*), págs. 394 y ss.; SCHMIDT, *Polizei- und Ordnungsrecht...*(*cit.*), págs. 269 y ss.; así como MAUNZ T., DÜRIG, G., y GRZESZICK, B., «Kommentar zu art. 20» en MAUNZ T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020, en el apartado que lleva por rúbrica «VII. Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit», parágrafo 62, destacando sendas resoluciones del Tribunal Constitucional –*BVerf* 49, 89 y ss. (134); 76, 1 y ss. (74)–. *Vid*., *in extenso*, WIßMANN, *op. cit.*, págs. 167 y ss.

[490] Téngase en cuenta que la mayoría de los reglamentos jurídicos en materia de prevención de peligros son dictados sobre la base de una Ley regional y, *por ende*, se aplicarán las limitaciones de la Constitución del *Land* en cuestión y no las del artículo 80 GG. Ahora bien, los requisitos suelen ser prácticamente idénticos.

[491] Esta decisión se pronunciaba sobre la constitucionalidad de un reglamento local que establecía la prohibición de dar de comer a las palomas, dictado sobre la base de una cláusula general, *BVerf* 54, 143 (144 y ss.). Sobre esta sentencia, *vid*. IPSEN, *Allgemeines...* (*cit.*), págs. 81 y ss.; así como SCHUCHT, *op. cit.*, pág. 87, que subraya cómo esta resolución «debería de poner fin a la pregunta relativa a la constitucionalidad de la habilitación general»; y, en fin, GRAULICH, «Das Polizeihandeln (*cit.*)», pág. 390, que, además, recuerda al efecto la sentencia de 24 de octubre de 2004, del Tribunal Federal Contencioso Administrativo que se hace eco de la anterior (*BVerwGE* 115, 189); resolución que se pronunciaba sobre el asunto «laserdrome» antes citado tras la respuesta del TJUE. Al respecto, *vid*. también WIßMANN, *op. cit.*, págs. 209-210, que nos aludiendo a otra sentencia sobre la materia (*BVerwGE* 10, 164).

cláusulas generales sino, más bien, su aplicación en la práctica, realizada a la luz del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, además de las dudas que puedan existir respecto de la habilitación reglamentaria, la utilización de la cláusula general para incidir en derechos fundamentales hace que, de nuevo, se planteen dudas respecto de su constitucionalidad. Esto nos lleva a la segunda de las cuestiones a analizar.

Como recuerda SCHMIDT, este argumento, según la doctrina mayoritaria, no puede ser motivo de inconstitucionalidad. Ello responde a que el ejercicio de la cláusula general se produce, en la mayoría de los casos, para realizar «intervenciones de gravedad menor en derechos fundamentales» (*minder schwere Grundrechtseingriffe*); las cuales, además, están siempre sometidas al control judicial, quedando su ámbito de aplicación tan reducido en la práctica que no puede llegar a discutirse su conformidad con la norma fundamental[492]. Cuestión distinta es si estas cláusulas generales realizan una intervención mayor, en cuyo caso lo correcto es establecer una medida estándar al efecto. Esta previsión, además, ha de respetar los requisitos que la *Grundgesetz* exige en su artículo 19.1 siempre que se pretenda realizar algún tipo de restricción de derechos fundamentales. Es decir, se exige la presencia de una Ley que reconozca la limitación; que ésta tenga carácter general, no circunscribiéndose a un caso único (*Einzelfall*); y, en fin, que la norma legal cite expresamente el derecho que se va a restringir (*Zitiergebot*)[493]. Por último, el artículo 19. 2 GG subraya que la limitación no puede en ningún caso afectar a su contenido esencial (*Wesengehalt*)[494].

En consecuencia, los derechos fundamentales han de restringirse a través de medidas estándar (*Standardmaßnahmen*), no debiendo hacerse –en principio– por medio de una cláusula general (*Generalklausel*), por no ser esta su función primordial en el Derecho alemán. Ahora bien, la experiencia nos muestra que –en casos

[492] De nuevo, se subraya el argumento de la tradición de este instituto, así como su paulatino perfilamiento jurisprudencial, así SCHMIDT, *op. cit.*, págs. 270-271.

[493] Ahora bien, sí que es posible que se prevea la limitación para un caso único cuando ésta vaya a tener en el futuro una aplicación a otros casos distintos (en plural), como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán –*BVerf* 13, 225, 228 y ss.; 24, 33, 52, 99, 367, 400– tal y como recuerda EHLERS, D., «Verwaltung und Verwaltungsrecht (*cit.*)», págs. 81-82.

[494] Sobre este precepto, *vid*. MAUNZ T., DÜRIG, G., y REMMERT, B., «Kommentar zu art. 19» en MAUNZ T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020. Realmente la exigencia de cita aparece como un mero mandato al legislador, teniendo una función de advertencia para éste de que se va a producir tal limitación, así como un carácter informador para los ciudadanos, que, además, no siempre se exige para todos los derechos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

extraordinarios– sí se ha activado con tal finalidad; destacando la doctrina y la jurisprudencia que tal uso sólo es posible de modo transitorio. Es decir, hasta que el legislador intervenga regulando la medida (estándar) con carácter específico[495].

Por último, es destacable que no existe en Alemania un debate respecto de la eficacia jurídica de las actuaciones desarrolladas con base en la cláusula general; puesto que se entiende que, simplemente, se está aplicando un precepto legal. Sin embargo, sí se planteó la cuestión de modo tangencial y en otro contexto: respecto a una de las reformas incoadas para confrontar la crisis del COVID-19[496]. En cualquier caso, esta discusión, como veremos, sí existe Italia –en donde bajo la noción de *derogare* se habla de inaplicar otras Leyes–, así como, tangencialmente, en nuestro país[497].

C).- MANIFESTACIONES EN EL DERECHO POSITIVO

El Derecho alemán de prevención de peligros parte de la dicotomía entre «medidas estándar» y «cláusulas generales» para hacer frente a todo tipo de riesgos tanto actuales como potenciales y en las más diversas y variadas esferas del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de la «despoliciación», tales reglas no se encuentran ya unificadas, sino que pueden dividirse en dos grandes grupos: las Leyes de policía *stricto sensu*, por un lado, y las Leyes especiales, por otro. Separación que se conjuga a su vez con una compleja distribución competencial en los tres niveles territoriales para el ejercicio y ejecución de estas medidas.

[495] Esto es lo que ha sucedido en el supuesto de la lucha contra la COVID-19, como veremos.

[496] Me refiero al artículo 5.3 de la Ley de prevención frente a enfermedades infecciosas, en su redacción dada por la reforma de marzo de 2020 en plena crisis sanitaria. Este precepto permitía al Ministro de Sanidad «apartarse» (*abweichen*) o hacer «excepción» (*Ausnahme*) respecto de la propia Ley –e incluso de otras, como la Ley del medicamento o el Título V del Código de Seguridad Social, contrariando así el artículo 80 GG–, lo que llevó a la doctrina a criticar el encaje y hablar de una «Dictadura sanitaria» (*Gesundheitsdiktatur*) y de «legicidio» (*Legiszid*). Esta previsión fue eliminada con la ulterior reforma de noviembre de 2020. En torno a esta discusión, FUCHS, M., «Berlin, Corona, 'Gesundheitsdiktatur' und 'Legiszid'», en *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 15, 2020, págs. 653-659; y, ya en nuestro idioma, IBLER, M., «Últimos límites para las restricciones a los derechos fundamentales en la lucha contra el Covid-19», en *Retos de la COVID19 para la administración de justicia en el marco del estado social de derecho*, ponencia en la Universidad de Santo Tomás (Bogotá), 11 de junio de 2020. *Vid*., también, HEINIG, KINGREEN, LEPSIUS, MÖLLERS, VOLKMANN y WIßMANN, «Why Constitution Matters... (*cit*.)», págs. 144 y ss., de la edición en español y 867 y ss. de la alemana, quienes se llegan a referir a su producto como «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), en el sentido antes analizado.

[497] Sobre la cuestión italiana, *vid*., el capítulo cuarto de la primera parte de esta obra, especialmente el epígrafe III.3.C). Para la cuestión española, me remito a los capítulos segundo y tercero de la segunda parte y, más concretamente, el epígrafe III de este último.

i).- LA CLÁUSULA GENERAL DE POLICÍA *STRICTO SENSU*

El Derecho de seguridad alemán tiene su base a nivel central en la Ley Federal de Policía (*Bundespolizeigesetz*, *BPolG*), de 19 de octubre de 1994, que contiene multiplicidad de medidas estándar en sus artículos 21 y siguientes. Tales previsiones son complementadas con la cláusula general presente en el artículo 14, que dispone que: «[l]a policía federal, con objeto de cumplir sus cometidos de acuerdo con los artículos 1 a 7, podrá tomar las medidas necesarias (*die notwendigen Maßnahmen*) para la prevención de un peligro, a menos que en esta Ley se regulen otras autorizaciones concretas para ello».

Ahora bien, esta norma rara vez se utiliza, dado que el grueso competencial en materia de seguridad pertenece a los *Länder* y por ello, en la práctica, serán sus Leyes de policía las que vayan a activarse para la protección de la seguridad pública[498]. Y es que el sistema policial alemán parte de un presupuesto distinto al español: la seguridad pública está –en gran medida– descentralizada[499]; lo que implica que, en la práctica, encontremos dieciséis normas de policía, todas y cada una de ellas con sus medidas estándar y su cláusula general de cierre[500].

Por último, se ha de tener en cuenta que las entidades locales también pueden hacer uso de las Leyes de policía indicadas y, *por ende*, también de las cláusulas generales en ellas contenidas. Ahora bien, la regulación del régimen local es, de nuevo, una competencia de los *Länder*, por lo que habrá que atender a lo dispuesto en la

[498] *Vid*, en este sentido, SCHENKE, W.-R., GRAULICH, K., RUTHIG, J., *Sicherheitsrecht des Bundes – BpolG, BKAG, ATDG, BVerfSchG, BNDG, VereinsG*, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, págs. 15 y ss.

[499] Los *Länder* legislan en esta materia sobre la base de los artículos 70.1 y 30 GG. Ahora bien, la distribución competencial es mucho más compleja: el *Bund* tiene ciertas competencias en materia de seguridad y orden público de acuerdo con el artículo 73 GG, tales como inmigración y emigración, pasaportes, aduanas, policía criminal o, entre otras, defensa de la Federación –«protección de la Constitución» (*Verfassungschutz*), aunque en cooperación con los *Länder*, y en conexión también con los artículos 35 y 91 GG que regulan los estados excepcionales antes advertidos–; así como otras concurrentes con los *Länder* en el artículo 74 GG, tales como la regulación del suelo, las medidas contra enfermedades contagiosas, las medidas de seguridad alimentaria, etc. Por último, hasta el año 2006, la Federación podía emitir Leyes marco (*Rahmengesetze*) sobre las materias a la que se refiere el artículo 75 GG, permitiendo a los *Länder* actuar en ese punto. Como veremos, muchas de estas materias tienen su propia cláusula general, de ahí que una referencia como la indicada sea necesaria. Sobre la distribución competencial en materia de policía, *vid*. FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo...* (*cit.*), págs. 319 y ss., aunque téngase en cuenta la fecha de esta obra, las sucesivas reformas constitucionales y su incidencia en el reparto competencial (la última de 2019).

[500] No añadiría mucho a nuestro trabajo la enumeración de todas y cada una de estas Leyes regionales y sus *Generalklauseln*, que, además, puede verse en SCHUCHT, *op. cit.*, págs. 67 y ss. Sobre la tipología de Leyes policiales de los *Länder*, *vid*. FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo*... (*cit.*), págs. 330 y ss.

materia[501]. De hecho, en estas normas locales se suele atribuir la competencia a una autoridad local concreta –dependiendo del *Land* a una u otra– de la denominada «potestad de decisión de urgencia» (*Eilentscheidungsrecht*), bajo la cual cabe dictar medidas extraordinarias, incluso entrando en la esfera competencial del Pleno[502]. Ahora bien, esta atribución es meramente formal, radicando su capacidad de actuación (material) en las previsiones establecidas en la normativa general de policía de los *Länder*, así como –en su caso– en las Leyes especiales a las que nos vamos a referir[503].

ii).- LAS CLÁUSULAS GENERALES EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS

Además de las cláusulas generales policiales que acabamos de analizar existen otras tantas desperdigadas por la normativa sectorial alemana. Tales habilitaciones están dirigidas a confrontar peligros de diversa índole que, además, muchas veces acaban por ser utilizadas también en los tres niveles territoriales[504]. Esto responde a la «despoliciación» antes advertida. Es decir, el arranque del Derecho de policía tradicional de actividades administrativas tales como aguas, salud pública, montes y un largo etcétera. Y es que, antes de que comenzase a producirse este fenómeno, cabía aplicar el Derecho de policía ante cualquier peligro que se presentase y, *por ende*, no

[501] De nuevo, sobre la base del artículo 70.1 GG. Para una panorámica del régimen local alemán en nuestro idioma, *vid*., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, DE MARCOS FERNÁNDEZ, A., GARCÍA MARTÍNEZ, A., y ORTEGA BERNARDO, J., «Alemania», en VELASCO CABALLERO, F. (Dir.), *Gobiernos Locales en Estados Federales y Descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, 1ª ed., Institut d' Estudis Autonòmics, Barcelona, 2010, págs. 37 y ss.

[502] RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DE MARCOS FERNÁNDEZ, GARCÍA MARTÍNEZ, ORTEGA BERNARDO, «Alemania (*cit*.)», pág. 85. Los textos regionales de régimen local lo atribuyen a diversas autoridades. Así, el artículo 37.3 de la normativa municipal del Estado de Baviera, de 22 de agosto de 1998 (*Gemeindordnung für den Freistaat Bayern*), que indica que el «primer Alcalde» (*erste Bürgermeister*) está autorizado para adoptar disposiciones urgentes (*dringliche Anordnungen*) en lugar del Pleno (*Gemeinderats*) o del Comité (*Ausschuss*), así como a adoptar negocios que no puedan posponerse, exigiéndose la comunicación al Pleno o Comité en la siguiente sesión. Por su parte, la Ley Constitucional de régimen local de Sajonia-Anhalt de 17 de junio de 2014 (*Kommunalverfassungsgesetz*), atribuye ahora en artículo 65.4 esta competencia al *Hauptverwaltungsbeamte*, –figura que tiene especial importancia también en casos de protección civil (*Katastrophenschutz*)–. Y, en fin, el artículo 30 de la Ley de régimen local de Turingia, de 28 de enero de 2003 (*Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung*), en sentido similar a los casos anteriores, la atribuye directamente al Alcalde (*der Bürgermeister*). No hace falta remarcar la similitud de estas previsiones con las presentes en el Derecho italiano, francés, y, claro está, con nuestro artículo 21.1.m) LRBRL.

[503] Y es que como recuerda FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo...* (*cit*.), pág. 398 y ss., son las administraciones locales, del municipio (*Gemeinde*) y de la comarca (*Kreis*) –este último además con doble naturaleza al entenderse también como parte del *Land*–, quienes «ostentan, en todo el territorio del *Land*, la responsabilidad de la ejecución ordinaria de las funciones preventivas en los múltiples campos administrativos del Derecho de prevención».

[504] Ello depende, claro está, de quien ostente la competencia en cada materia, dado que las normas alemanas que vamos a indicar simplemente aluden a «las autoridades competentes» (*die zuständige Behörde*).

sólo sus medidas estándar, sino también –subsidiariamente, eso sí– la cláusula general del Código Territorial Prusiano de 1794 y, en su caso, la de la Ley prusiana de 1931.

Así, la imposibilidad de aplicar estas normas de policía general a los riesgos sectoriales, ha hecho que se desarrollen Leyes especiales que contengan tanto medidas estándar como, en su caso, cláusulas generales para hace frente a las distintas amenazas. Esto ha supuesto en la práctica una verdadera proliferación de las anteriores: allí donde haya una actividad administrativa en la que pueda darse peligro, hay una cláusula general[505].

En Alemania existen cláusulas generales para la práctica totalidad de la actuación administrativa[506]: para afrontar los peligros derivados de las aguas[507]; para la protección del suelo[508]; en el ámbito de los residuos[509]; de la contaminación del aire[510];

[505] Así, KNEMEYER y SCHMIDT, *Polizei- und Ordnungsrecht* (*cit.*), pág. 55. Esta situación se da también en otros países, proliferando también cláusulas generales en estos mismos ámbitos sectoriales. Lo que cambia es la terminología y el espíritu de la institución. Y es que, se insiste, no puede realizarse una equiparación plena entre estas habilitaciones en Alemania y en el resto de Europa, como ya se ha destacado *supra*.

[506] Sería estéril realizar una enumeración de todas ellas, al estar presentes –además de en las esferas que aquí se anotan– en ámbitos que van desde el Derecho urbanístico hasta el de extranjería. Ahora bien, es especialmente destacable que, en muchas de estas normas, se ha incluido el concepto de «sospecha de peligro» (*Gefahrenverdacht*), esto es, un tipo de riesgo que presenta un reducido grado de producirse, pero que en el caso de darse puede llegar a ser preocupante, y que permite actuar a la autoridad competente bajo esta mera posibilidad. Sobre los tipos de peligro –así como sobre éste en concreto– *vid.*, el resumen que realiza FUENTES I GASÓ, «El régimen jurídico... (*cit.*)», págs. 70-71. El autor nos ejemplifica la cuestión con una sospecha de enfermedad infecciosa que permitiría, incluso, sacrificar animales infectados.

[507] El artículo 100 de la Ley para la ordenación de los recursos hídricos, de 1 de marzo de 1960 (*Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts; Wasserhaushaltgesetz* o *WHG*), reformada el 31 de julio de 2009, contiene una previsión de esta índole. En efecto, bajo la rúbrica de «deberes de supervisión hídrica», autoriza a «las autoridades competentes» para dictar, «de modo discrecional» las «medidas que sean necesarias para el caso concreto» (*die Maßnahmen an, die im Einzelfall notwendig sind*) para evitar (*vermeiden*) o afrontar (*beseitigen*) las interferencias (*Beeinträchtigungen*) en los recursos hídricos (*Wasserhaushalt*), o para cumplir las obligaciones indicadas en el apartado primero». Este precepto ha sido estudiado por la doctrina alemana bajo la rúbrica de «cláusula general policial de aguas» (*wasserpolizeiliche Generalklausel*). Sobre esto, *vid*. GRUNDHEWER, N., «Ausgewählte Probleme der bundesrechtlichen Regelung der wasserpolizeilichen Generalklausel des § Abs. 1 Satz 2 WHG», en *Natur und Recht*, Vol. 35, núm. 5, mayo 2013, págs. 337-339; y, también, *in extenso*, la monografía de KUBITZA, M. P., *Die wasserpolizeiliche Generalklausel*, 1ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2015.

[508] Así, en la Ley para la protección frente a alteraciones nocivas del suelo y para la restauración de suelos contaminados, de 1 de marzo de 1999 (*Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten*; más conocida como Ley de protección del suelo o *Bundesbodenschutzgesetz, BBodSchG*). Bajo la rúbrica de «otras disposiciones» (*sonstige Anordnungen*), su artículo 10 subraya que, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 4 y 7 de la Ley, así como para el cumplimiento de los reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) dictados sobre la base de los artículos 5.1, 6 y 8, se autoriza a las autoridades competentes «para adoptar las medidas necesarias» (*die notwendige Maßnahmen zu treffen*). Es de destacar que se hace aquí una expresa referencia al principio de proporcionalidad en el inciso final del precepto, cuando se destaca que «la autoridad competente no puede emitir una orden si fuese desproporcionada para con los intereses legítimos de las personas». Sobre esta «cláusula general de protección jurídica del suelo» (*Bodenschutzrechtliche Generalklausel*), *vid*.

de la seguridad alimentaria[511]; o, en fin, de la protección frente a enfermedades infecciosas, entre otras muchas[512].

Todas estas normas tienen el carácter de *lex specialis* respecto de las normas generales de policía, teniendo preferencia en su aplicación por regular un peligro específico. Lo mismo puede decirse respecto de sus medidas estándar y sus cláusulas generales: sólo cabe recurrir a estas últimas cuando las anteriores no sean suficientes. Además, el ámbito de aplicación de estas *Generalklauseln* es más reducido que el de la cláusula general policial, dado que esta última está prevista para un riesgo mucho más amplio (la seguridad pública) y las otras se refieren a peligros más definidos. Esto

RUTHIG, J., «Bodenschutz», en EHLERS, D., FEHLING, M., PÜNDER, H. (Coords.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Vol. II, 3ª ed., C. F. Müller, Múnich, 2013, págs. 600 y ss.

509 La encontramos en la Ley para la promoción de la economía circular y el aseguramiento de la planificación ecológica de los residuos, de 6 de octubre de 1996 (*Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen*), más conocida como Ley de economía circular (*Kreislaufwirtschaftsgesetz* o *KrWG*). Esta norma indica –bajo la rúbrica de «disposiciones para casos aislados» (*Anordnungen im Einzelfall*)– en su artículo 62 que «las autoridades competentes pueden dictar, en casos aislados, las disposiciones necesarias (*die erforderlichen Anordnungen)* para la ejecución de esta Ley y los reglamentos jurídicos que se hayan dictado sobre su base». Sobre esta «cláusula general de la ordenación jurídica de residuos» (*abfallrechtliche Generalklausel*), es interesante WIßMANN, *Generalklauseln*... (*cit.*), págs. 294 -296.

510 La Ley para la protección frente a los efectos ambientales nocivos provocados por la contaminación del aire, ruido, vibraciones y sucesos similares (*Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge*), más conocida como Ley Federal para la protección frente a la contaminación (*Bundes-Immissionsschutzgesetz* o *BImSchG*), señala en los artículos 22 y siguientes ciertas reglas para la prevención de efectos ambientales nocivos, conteniendo el artículo 24 una verdadera cláusula general cuando dispone que «las autoridades competentes pueden dictar, en casos aislados (*im Einzelfall*), las disposiciones necesarias (*erforderliche Anorndnungen*) para la ejecución del artículo 22 de esta Ley, así como para la ejecución de los reglamentos jurídicos dictados sobre su base». Para WÜRTEMBERGER, T., «Polizei- und Ordnungsrecht», en EHLERS, D., FEHLING, M., y PÜNDER, H. (Coords.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Vol. III, 3ª ed., C. F. Müller, Múnich, 2013, págs. 454 y ss., estamos ante una «cláusula general de protección frente a la contaminación (*immissionsschutzrechtliche Generalklausel*).

511 Así, en el artículo 37.2 del Código de Derecho de los alimentos, piensos y de recursos de primera necesidad (*Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch, LFGB*), de 1 de septiembre de 2005, en el que se alude a «las disposiciones y medidas necesarias» (*die notwendige Anordnungen und Maßnahmen*) y contiene la expresión «especialmente» (*insbesondere*) antes de aludir a otras medidas estándar. Lo interesante de esta disposición es que la doctrina alemana ha conectado esta habilitación con otra que puede encontrarse en el Reglamento 2017/65, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017; norma que –tras establecer ciertas «medidas de ejecución» en los artículos 137 y ss. en relación con la salvaguarda de la salud humana, animal, vegetal, etc.– precisa en el artículo 138.2 que «las autoridades competentes adoptarán *cuantas medidas consideren oportunas* para garantizar el cumplimiento de las normas a que se refiere el artículo 1, apartado 2, *incluidas las que se enumeran a continuación*», indicando en este punto cuestiones tales como la aplicación de tratamientos a animales o su cuarentena o aplazamiento de sacrificio, destrucción de mercancías, etc. Ambas referencias –en cursiva– han hecho que la doctrina alemana haya visto aquí una cláusula general a nivel europeo. Sobre esto, ORTGIES, T., *Rechtliches Risikomanagement im Lebensmittelrecht*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, págs. 380 y ss.

512 Es de destacar que los *Länder* –en la mayoría de los casos– poseen sus Leyes especiales propias en los ámbitos citadas, así como también en materia de protección civil, siendo especialmente importantes su legislación al efecto (*Katastrophenschutzgesetze*); normas que, como no podía ser de otra forma, contienen también sus cláusulas generales.

explica que pueda hacerse uso todavía de la cláusula general policial de forma conjunta o subsidiaria respecto de las habilitaciones generales de las Leyes especiales[513].

Ahora bien, la relativa a las enfermedades infecciosas requiere un análisis más pormenorizado. Y es que la Ley para la prevención y lucha de las enfermedades infecciosas humanas (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankenheiten beim Mensche*), de 20 de julio de 2000 –más conocida como «Ley de protección frente a infecciones» (*Infektionsschutzsgesetz*, o *IfSG*)[514]– jugó un importantísimo papel en la lucha contra la COVID-19[515].

Al igual que en el resto de normas indicadas, la *IfSG* prevé una serie de medidas estándar (*Standardmaßnahmen*) que van desde la supervisión (artículos 6 y ss.), a la prevención de las enfermedades infecciosas (artículos 16 y ss.) junto con otras como la observación de los enfermos (artículo 29), hasta la posibilidad de establecer cuarentenas en hospitales o en casa (artículo 30), pasando por la prohibición de ciertas actividades

[513] Pensemos en un supuesto en el que se aplica la cláusula general presente en la Ley de aguas, con objeto de confrontar un peligro relativo a su ámbito de aplicación y no previsto en tal norma. Ahora bien, este riesgo puede estar conectado con otros peligros que nada tienen que ver con las aguas (ej. de seguridad en sentido amplio), por lo que podría hacerse uso de la cláusula general policial para complementar o suplir la aplicación de la cláusula general de aguas, dado que no sería ajustado a Derecho hacer uso de esta última para entrar sobre cuestiones que excedan las amenazas relativas a las aguas. Sobre la relación entre Derecho «general» y «especial» de policía, *vid*. IBLER, M., «Allgemeines Polizeirecht», en ENNUNSCHAT, J., IBLER, M., y EMMERT, B., *Öffentliches Recht in Baden-Württemberg*, 3ª ed., Múnich, 2020, págs. 117 y ss.

[514] Sobre esta Ley, *vid*. los comentarios de BALES, S., BAUMANN, H.-G., y SCHNITZLER, N., *Infektionsschutzgesetz: Kommentar und Vorschriftensammlung*, 3ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2020; así como la monografía de KLAFKI, A., *Risiko und Recht: Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2017.

[515] Sobre la gestión alemana de la crisis –además de toda la bibliografía en alemán expuesta– *vid*. KLAFKI, A., KIEßLING, A, «Fighting COVID 19- Legal Powers and Risks: Germany», en *www.verfassungsblog.de*, 20 de marzo de 2020; TACCOGNA, G., «L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2», en *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata (Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo)*, Osservatorio Emergenza COVID-19, núm. 1, 13 de marzo de 2020, págs. 78 y ss. En nuestro idioma, *vid*., ARNOLD, R., «Pandemia y Constitución: la experiencia de Alemania», en *Revista catalana de dret públic*, número extra 3, 2020, págs. 20-37; KÖLLIG, M., «Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de covid-19 en Alemania», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F. (Dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, págs. 487-486; FUCHS, M.-C., y HEIN, J., «La respuesta de Alemania frente a la pandemia de la COVID-19: El balance delicado entre el positivismo y la obligación estatal de manejo eficiente de la crisis», en ARNALDO ALCUBILLA, E., y CANOSA USERA, R., *El Derecho constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, 1ª ed., Cardenal Cisneros y Wolters Kluwer, 2020, págs. 163-167; o, en fin, KÖLLIG, M., «Covid-19 y la crisis de la democracia representativa en Alemania», en TUDELA ARANDA, J., y KÖLLIG, M., (Coords.), *Covid-19, calidad democrática y parlamentos: Una visión comparada*, 1ª ed., Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022, págs. 41-56, especialmente 46 y siguientes; así como, en fin, IBLER, M., «¿Se acredita la valía de estructura federal de la República Federal de Alemania en la pandemia del COVID-19?», en CATALÀ I BAS, A. H. (Coord.), *Anomalías jurídicas durante la pandemia del COVID-19. Un análisis constitucional*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2023, págs. 163-180.

(artículo 31); medidas todas que se completan con una «cláusula general» (*Generalklausel*), presente en el artículo 28.1. Este precepto habilita a las «autoridades competentes» (*zuständige Behörde*) a dictar «las medidas de protección necesarias» (*die notwendigen Schutzmaßnahmen*) al tiempo que reconoce la posibilidad de limitar derechos tales como la libertad de la persona (artículo 2.2 GG), el de reunión (artículo 8 GG), la inviolabilidad del domicilio (artículo 13.1 GG), o, en fin –tras su modificación en plena crisis sanitaria– la libertad de circulación (artículo 11 GG).

El desenvolvimiento de esta previsión frente a la lucha contra la COVID-19 es el mejor ejemplo práctico para entender cómo se conciben estas cláusulas generales en Alemania, en un sentido que –se insiste– parece diferir bastante de lo que acaece en otros países.

Durante la primera ola de la pandemia, la cláusula general del artículo 28 *IfSG* fue utilizada para realizar todo tipo de intromisiones en derechos fundamentales: toques de queda, prohibiciones de reuniones, cierres de negocios y escuelas, etc., discutiéndose en la literatura jurídica si sobre la base de una cláusula general esto era viable; más aún teniendo en cuenta que este precepto no recogía la libertad de circulación como limitable[516]. En este contexto, fueron las autoridades de los *Länder* –de acuerdo con la dinámica de los artículos 74.19 y 84 GG– quienes gestionaron la pandemia del COVID-19[517] y, *por ende*, los que efectivamente hicieron uso de esta cláusula general[518].

En congruencia, la *IfSG* fue reformada de urgencia con el objeto de dotar de una mayor legalidad –o constitucionalidad– a estas actuaciones de acuerdo con los artículos

[516] Las dudas se planteaban respecto a que una incidencia tan potente sobre un derecho fundamental exigiría una referencia concreta en la Ley reguladora, adoleciendo su limitación de falta de seguridad jurídica a través de una mera cláusula general. Además, recordemos, en el Derecho alemán para poder restringir un derecho se exige que tal limitación se prevea o señale específicamente en una Ley (*Zitiergebot*), *ex* artículo 19.1 GG. Como puede imaginarse, ni una ni otra cuestión estaban previstas en la redacción inicial del artículo 28 *IfSG*, aunque es cierto que el artículo 11.2 GG hace una referencia a la limitación de la libertad de circulación para combatir el peligro de epidemias. Al efecto, encontramos dos posiciones diferenciadas: quienes afirmaban que no era posible restringir el derecho por esta vía, sino que una injerencia de tal índole exigía una medida estándar, así KLAFKI, A., «Corona-Pandemie: Ausgansperre bald auch in Deutschland», en *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, núm. 27/2020, 18 de marzo de 2020; y, por otro lado, la postura de KIEßLING, A., «Ausgangssperren wegen Corona nun auch in Deutschland (?)», en *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, núm. 29/2020, 19 de marzo de 2020, para quien la cláusula general sería bastante, aunque sólo como una medida temporal.

[517] KLAFKI y KIEßLING, *op. et loc. cit.*, recuerdan que esta descentralización de las crisis sanitarias ya fue criticada en los años 2009-2010, con motivo de la gripe porcina, y en 2011 con la del EHEC. Además, los *Länder* también tienen sus propias Leyes de protección civil (*Katastrophenschutzgesetze*) para hacer frente a estas contingencias. Sobre estas actuaciones, *vid.* TACCOGNA, «L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2 (*cit.*)», págs. 90 y ss.

[518] TACCOGNA, *op. cit.*, págs. 98 y ss. y 104 y ss.

19.1 y 80 GG, que exigen –respectivamente– la exigencia de cita del derecho fundamental a limitar, así como una habilitación más concreta para actuar realizando tales injerencias. Ello se hizo a través de la Ley de 27 de marzo de 2020, de protección de la población frente a situación de epidemia de relevancia nacional (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*) [519]. Se incluye con ella la «cita» al artículo 11 GG (relativo a la libertad de circulación), así como se crea la citada «situación de epidemia de relevancia nacional», activándose el mismo día de su publicación por el *Bundestag* y estableciéndose su regulación en su artículo 5. Con este nuevo encaje –tildado de genuino estado excepcional, como veremos– se otorgaba al *Bund* una mayor capacidad de intervención, aunque manteniendo los *Länder*, en términos amplios, la competencia en la gestión de la epidemia[520].

Posteriormente, la norma fue modificada en diversas ocasiones, hablándose así de la segunda Ley de protección de la población frente a situación de epidemia de relevancia nacional –el 19 de mayo de 2020–[521], a la que le seguirá la tercera –el 18 de noviembre de 2020–, y la cuarta –el 22 de abril de 2021– perfilándose así la configuración de esta nueva situación excepcional. Estas dos últimas interesan en tanto en cuanto añaden nuevos preceptos a la *IfSG*: la tercera Ley incluye el artículo 28a, mientras que la cuarta Ley adiciona los artículos 28b y 28c. A través de ellos –entre otras cuestiones– se convierten en medidas estándar algunas de las actuaciones que se realizaron en su momento a través de la precitada cláusula general[522]. Por lo demás, las

[519] El proyecto suscitó en su momento algunas críticas, *vid*. MÖLLERS, C., «Parlamentarische Selbstenmächtigung im Zeichen des Virus», en *www.verfassungsblog.de*, 26 de marzo de 2020.

[520] La casuística de las medidas y la indeterminación de los apartados de este extenso precepto permite actuar al *Bund* en términos muy amplios. Sobre esto, *vid*. TACCOGNA, *op. cit.*, págs. 94 y ss., quien usa la expresión de «incluso haciendo excepción a varias leyes» (*anche in deroga a varie leggi*); expresión que, como se verá, es clave en Italia para hablar de las ordenanzas de necesidad.

[521] Entre otras cuestiones, modifica el artículo 5 de la norma –relativo a las actuaciones en caso de estar ante una situación de epidemia de relevancia nacional– así como amplía el rango de medidas previstas en los artículos 16 y 17 de la norma, relativos a la prevención de enfermedades transmisibles.

[522] En el caso de la tercera reforma –a través del nuevo artículo 28a– se amplía el rango de actuación de la cláusula general prevista en el artículo 28, en tanto en cuanto habla de «medidas necesarias de protección en el sentido del artículo 28.1.1º y 2º para la prevención de la propagación de la enfermedad por Coronavirus-2019 (COVID-19)», incluyendo ya medidas de carácter más contundente para con los derechos fundamentales, como los toques de queda (*Ausgansgperre*) o las limitaciones a la libertad de reunión o de apertura de establecimientos, al tiempo que indica que sólo pueden utilizarse mientras dure la declaración de la situación epidémica de interés nacional. Sobre esta reforma, *vid.* el comentario de VOLKMANN, U., «Das Maßnahmegesetz», en *www.verfassungsblog.de*, 20 de noviembre de 2020, destacando el autor que estamos ante un avance claro, al preverse expresamente actuaciones que antes, meramente, brotaban de la cláusula general, al tiempo que se indican como medidas de último recurso (artículo 28a.2), se exige motivación (artículo 28a.5) y, en fin, justificación de su incidencia en el ámbito

restricciones a los derechos fundamentales establecidas por la cuarta Ley –relativas al contacto social y al toque de queda– fueron consideradas proporcionales y, en consecuencia, acordes con la *Grundgesetz* por el Tribunal Constitucional alemán en su decisión de 19 de noviembre de 2021 (1 *BvR* 781/21)[523].

De esta evolución pueden constatarse gráficamente algunas de las disquisiciones teóricas respecto de las cláusulas generales que antes hemos analizado. Así, la previsión inicial del artículo 28 *IfSG* fue utilizada como válvula de seguridad para disponer lo necesario durante los primeros días de la pandemia, ejerciendo –durante un lapso temporal escaso, eso sí– el rol de Derecho de necesidad por excelencia de la República Federal de Alemania frente a una crisis de estas características. La ausencia de medidas estándar concretas fue suplida por la cláusula general, dictándose multiplicidad de actos, disposiciones y reglamentos conducentes a confrontar el virus[524]; actuaciones que –en un momento posterior– fueron recogidas –o tipificadas– en la propia Ley mediante las sucesivas modificaciones realizadas desde el año 2020.

Ahora bien, como hemos visto, esta técnica no se prevé para realizar intromisiones contundentes y continuadas en los derechos fundamentales. Su ejercicio puede entenderse como bastante de forma coyuntural, esto es, durante un lapso acotado de tiempo cuando no exista otra posibilidad: Sin embargo, una restricción tal de derechos precisa una concreción legal expresa y determinada a través de una previsión estándar, como destacó incluso el sector de la literatura jurídica que defendió inicialmente la validez del artículo 28 como bastante para imponer el toque de queda.

En otras palabras: la técnica de la cláusula general se entendía como muy débil para afrontar una situación excepcional de tales características, dado que la *IfSG* no había sido concebida con la finalidad para la que se le estaba dando uso real. Es así como las sucesivas críticas académicas y jurisprudenciales desembocaron en la reforma

económico y social (artículo 28a.6), si bien califica a esta norma de «Ley-Medida» (*Maßnahmegesetz*), por estar dirigida única y exclusivamente a hacer frente a la crisis del COVID-19.

[523] En relación con la cuarta reforma y la indicada resolución del Tribunal alemán, *vid*., PAUTSCH, A., «Zur Verfassungsmäßigkeit von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie», en *Jura Studium & Examen*, núm. 4, 2021, págs. 186 y ss.; o, también, MÖLLERS, M. H. W., y VAN OOYEN, R. C., «Bundesnotbremse – das Bundesverfassungsgericht bleibt „etatistisch": Neue Grundrechte, weniger Freiheit und eine „Kontrollinszenierung?», en *Recht und Politik*, Vol. 58, núm. 1, 2022, págs. 58-73.

[524] Los reglamentos se dictaron también en conexión con el artículo 32 de la norma, habiendo sido el instrumento por excelencia en la lucha contra la pandemia, como recuerdan HEINIG, KINGREEN, LEPSIUS, MÖLLERS, VOLKMANN, y WIßMANN, «Why Constitution Matters... (*cit*.)», págs. 148 y ss., de la edición en español.

de la Ley y de su cláusula general[525], no sólo respetando la obligación de la cita al derecho a restringir, sino también creando la «situación de epidemia de relevancia nacional», que ha sido categorizada como un verdadero estado excepcional. En efecto, y pese al hecho de estar utilizándose una mera norma de policía, se ha defendido que en Alemania se llegó a declarar un «estado de excepción» (*Ausnahmezustand*)[526]; un «estado de excepción de hecho» (*faktischer Ausnahmezustand*)[527] o «reducido» (*kleiner Ausnahmezustand*)[528]. También se ha dicho que quedó sumida en un «estado de necesidad sanitario» (*Gesundheitsnotstand*)[529].

Sea cual sea la denominación que se quiera utilizar, lo cierto es que en su seno se atribuye amplios poderes al *Bund* (concretamente al Ministerio de Sanidad), exigiéndose una declaración formal previa[530], habiéndose incluso especificado su fecha de vencimiento en la propia norma; vencimiento que fue objeto de sucesivas prórrogas[531]. De hecho, la creación de otro estado excepcional legal[532] seguía sin

[525] Sobre esto, *vid*. RIXEN, S., «Grenzerloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?», en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 2., 2020, págs. 109 y ss., para quien la cláusula general del artículo 28 era suficiente en un primer momento, pero tendrían que haberse configurado después como medidas estándar, citando además jurisprudencia en sentido idéntico. También, GUSY, C., «Grundrechte unter Quarantäne?», en en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 2, 2020, págs. 139 y ss.

[526] VOLKMANN, U., «Der Ausnahmezustand», en *www.verfassungsblog.de*, el 20 de marzo de 2020,

[527] IPSEN, J., «Deutschland im Ausnahmezustand -Grund und Grenzen administrativer Maßnahmen der Pandemie-Bekämpfung-», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 16, 2020, págs. 1037 y ss., concretamente 1039 y ss., recordando que la *Grundgesetz* no contiene disposiciones concretas –o bastantes– para confrontar una pandemia, pues el constituyente no estableció previsiones de esta índole; de ahí que se haya construido un modelo de «Derecho de excepción 'paraconstitucional'» ('*parakonstitutionelle' Ausnahmerecht*) que el autor enmarca en la novedosa situación epidémica de transcendencia nacional, reconocida con la reforma de marzo de 2020. Subraya también cómo la doctrina ha indicado que, en relación con el artículo 35.2 GG, se han entendido como catástrofes las «enfermedades masivas» (*Massenerkrankungen*), por lo que sería constitucional el uso de las Fuerzas Armadas en el marco del COVID-19, como, en la práctica, se ha realizado. Del mismo modo serían constitucionales –salvo muy contadas excepciones– las diferentes medidas y restricciones sobre derechos, en tanto en cuanto los tribunales contencioso administrativos y el propio Tribunal Constitucional las han admitido (pág. 1040, notas 11 y 12, indica jurisprudencia al efecto).

[528] HEINIG, KINGREEN, LEPSIUS, MÖLLERS, VOLKMANN y WIßMANN, «Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise (*cit*.)», págs. 862, nota 9, añadiendo que éste implica cambios en la legislación ordinaria pero que no es relevante en el plano «jurídico-constitucional».

[529] RIXEN, S., «Grenzerloser Infektionsschutz in der Corona-Krise? (*cit*.)», págs. 109 y ss., especialmente, pág. 113. En sentido similar, *vid*. MÖLLERS, C., «Parlamentarische Selbstenmächtigung im Zeichen des Virus (*cit*.)», para quien de esta «parte especial del Derecho de policía» (*besonderes Polizeirecht*) se terminar por acabar en un «Derecho para situaciones de necesidad general» (*allgemeines Notstandrecht*).

[530] IPSEN, «Noverfassung... (*cit*.)», pág. 123, subraya la similitud existente entre la declaración prevista para el estado del defensa en el artículo 115a GG y la declaración parlamentaria que ahora exige el artículo 5 *IfSG* para declarar esta situación epidémica de interés nacional –habla de un «paralelismo obvio (*augenfällig*)»–. En ambos casos, la declaración tiene carácter «constitutivo», lo que implica que no cabe dictar actuaciones por el Ejecutivo si no se ha producido primero esta declaración.

[531] Se discutió en su momento esta autohabilitación al *Bund* para actuar en detrimento de los *Länder*, pese a que el artículo 5 de la *IfSG* que lo regula se cuide de atribuir estos poderes «sin perjuicio» (*unbeschädet*) de los que ejerzan las autoridades regionales. El problema es que el artículo 83 GG atribuye la competencia de ejecución de las Leyes a los *Länder* –también de las estatales–, y aquí es el

otorgar la seguridad jurídica suficiente, desvirtuando la concepción de la cláusula general en Alemania. De ahí que se sucedieran distintas reformas, dirigidas –entre otras cuestiones y como ha podido apreciarse– a la fijación como medidas estándar de algunas de las actuaciones previamente dictadas con base en la citada habilitación.

Esta evolución permite explicar su posición respecto del Derecho de necesidad: puede actuar como último recurso frente a las medidas estándar en materia de seguridad o prevención de peligros, siendo, al mismo tiempo, la antesala del Derecho de excepción en sentido estricto. Del mismo modo la línea temporal trazada nos ilustra también respecto de su encaje para con los derechos fundamentales: puede restringirlos durante un tiempo limitado cuando no exista previsión legal, pero si ésta se pretende mantener se exige su configuración como medida estándar.

D).- LÍMITES Y CONTROL

A lo largo de las líneas precedentes se ha podido constatar cómo el ámbito de actuación de la «cláusula general» está mucho más acotado de lo que en principio puede parecer. A través de la doctrina y la jurisprudencia se ha ido perfilando sólidamente este instituto, tanto en sus presupuestos fácticos de activación como en su aplicación misma, a través de las actuaciones administrativas pertinentes. Ambas cuestiones terminan por limitar y, en congruencia, servir de parámetro de control para las autoridades jurisdiccionales. Vayamos por partes.

Respecto al presupuesto de hecho, para poder hacer uso de las medidas estándar y, claro está, de las cláusulas generales se exige la presencia de un «peligro» (*Gefahr)*[533]. Esta noción ha sido ampliamente estudiada en Alemania[534], hasta el punto

propio Estado Federal quien en ocasiones ejecuta la *IfSG* –esto sin perjuicio de que los reglamentos jurídicos dictados por éste puedan ejecutarse a su vez por los Estados Federados–, de conformidad con la previsión del artículo 86 GG. La cuestión se complica todavía más, si tenemos en cuenta que algunos *Länder* (como Bayern) tienen sus propios estados de necesidad sanitaria. Sobre esta polémica, un resumen en RIXEN, *op. cit.*, págs. 114 y ss.

[532] Esta solución también se ha dado en otros países, como Italia y Francia. *Vid*., al efecto, el capítulo tercero, apartado III.2, para ver la solución francesa y la creación de un nuevo estado excepcional *ad hoc* (el «estado de urgencia sanitario»); así como –también de esta primera parte– el capítulo cuarto, apartado I, en relación con los Decretos leyes italianos núm. 6, de 23 de febrero de 2020 y núm. 19, de 25 de marzo de 2020, en los que se integraban un elenco tasado de medidas.

[533] FUENTES I GASÓ, «El régimen jurídico... (*cit*.)», pág. 48, recuerda que la situación de peligro puede darse en dos supuestos. Por un lado, que exista una situación de riesgo para la seguridad o el orden público, siendo entonces la actuación de las autoridades administrativas de prevención. Y, por otro, que el peligro ya se haya materializado, estando la actuación administrativa entonces dirigida a suprimir la perturbación. Además, existe también jurisprudencia que admite intervenciones exploratorias o previas sobre la base de la cláusula general y con objeto de verificar la existencia del peligro.

de haberse catalogado y especificado cada uno de sus elementos con una concreción muy refinada[535]. Convenida la existencia de un «peligro» en sentido técnico-jurídico, rige el principio de especialidad: si para la prevención del riesgo existe normativa sectorial (epidemias; aguas; seguridad alimentaria; etc.), habrá de hacerse uso de ella prioritariamente. A él le sigue el principio de subsidiariedad: se ha de atender a las medidas estándar delimitadas en tales Leyes, resultando de aplicación la cláusula general únicamente cuando aquéllas no sean adecuadas o bastantes para hacer frente al indicado peligro[536].

Una vez especificado el carácter del riesgo (sectorial; policial *stricto sensu*; etc.), así como la inexistencia o inoperatividad de las medidas estándar previstas, se ha de analizar ante qué tipo de peligro nos encontramos. De nuevo, la tradición multisecular del Derecho de prevención de riesgos (*Gefahrenabwehrrecht*) ha eclosionado en una detallada construcción teórica respecto de la tipología de «peligros existentes», con

[534] Como destaca IBLER, «Concepto, objeto, desarrollo... (*cit.*)», pág. 157, se exige que haya un riesgo real, esto es, una situación en la que sea suficientemente probable la ocurrencia de daños para el ordenamiento jurídico, para los derechos de los ciudadanos o para el ejercicio de las instituciones. No basta, pues, un peligro hipotético o las especulaciones sobre el mismo.

[535] El peligro se compone de cuatro elementos: el perjuicio o «daño» (*Schaden*), entendido como todo menoscabo o pérdida de valor, socialmente inadecuado, de los bienes objeto de protección (seguridad pública, orden público o demás bienes indicados en la normativa especial); la probabilidad de que tales daños se produzcan, esto es, su «probabilidad suficiente» (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*); la «pronosticabilidad» (*prognostizierbar*), del riesgo o del daño, es decir, la determinación de los acontecimientos que se producirán en el futuro sobre la base de los hechos existentes en el pasado y en la actualidad; y, por último, la «oportunidad temporal» de intervención. Es decir, las autoridades sólo pueden actuar en el «momento justo» (*Zeitpunkt*) para adoptar las medidas necesarias para hacer frente al peligro presente o previsible. Sobre esto, *vid*. el resumen que realiza FUENTES I GASÓ, tanto en su obra *Alemania, un modelo...* (*cit.*), págs. 287-304, así como en su artículo «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico (*cit.*)», págs. 51-80, en los que se resumen las diferentes posiciones y el enfoque judicial en la materia. Me remito *in totum* a estos dos estudios.

[536] Se vuelve a insistir en la tremenda profusión de medidas estándar existentes en el ordenamiento alemán, que, en congruencia, llevan a la cláusula general a tener una posición bastante secundaria. Como destaca AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa* (*cit.*), págs. 75-76, esta «pormenorizada regulación con rango legal de medidas policiales estándar» puede «no ser siempre suficientemente esclarecedora» respecto de su grado de concreción teórica, o incluso «puede a veces ser discutible en cuanto a sus contenidos»; ahora bien: «de lo que no cabe ninguna duda es que aventaja en precisión y claridad a las inexistentes o confusas reglamentaciones de los demás países continentales». *Cfr*. con FUENTES I GASÓ, «El régimen jurídico... (*cit.*)», págs. 43-45, recuerda cómo «aún remarcándose el carácter subsidiario de la Cláusula General, esta impera y preside de forma permanente las actuaciones para la prevención de peligros para la seguridad y el orden públicos», dado que en la práctica las autoridades de policía (*Polizeibehörden*) «con frecuencia fundamentan su capacidad de intervención en la cláusula general». Además, en casos de extrema urgencia, de peligro inminente, se permite que la autoridad policial actúe sin tener en cuenta esta subsidiariedad e, incluso, sin ser la autoridad administrativa competente para ello, lo que produce una «nueva policiación» puesto que implica «la intervención directa de la policía y no de la administración competente».

objeto de reducir lo máximo posible la discrecionalidad administrativa y de otorgar la respuesta más adecuada y proporcional a cada situación fáctica[537].

La identificación del *tipo de peligro* es realmente importante, puesto que dependiendo de éste podrá realizarse una u otra actuación administrativa sobre la base de la cláusula general. Y es que, como se sabe, de la expresión «medidas necesarias» pueden desarrollarse diferentes tipos de actuaciones administrativas. Así, sin entrar en detalle sobre esta materia puede afirmarse que ante un «peligro concreto» (*konkrete Gefahr*), por lo general, pueden dictarse actos administrativos (*Verwaltungsakte*) u órdenes (*Verfügungen*), mientras que el «peligro abstracto» (*abstrakte Gefahr*) habilitaría para dictar éstos –actos y órdenes– y, además, reglamentos (*Verordnungen*), con el objeto de reglamentar una situación general de riesgo[538]. Se ha de tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, tales disposiciones son producto de la delegación a la que se refiere el artículo 80 GG: es decir, son «reglamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*), y, *por ende*, pueden crear obligaciones y deberes en la esfera de los administrados.

Entendido el presupuesto de hecho necesario para activar la cláusula general, así como su dinámica y tipología, es imprescindible acercarnos ahora a los límites en la aplicación o ejercicio de la figura que nos ocupa; análisis que suelen realizar los jueces a la luz de los principios de oportunidad y proporcionalidad para controlar la aplicación de esta técnica. En efecto, los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo –desde su misma fundación, como se ha visto– se erigen en Alemania como el contrapeso por excelencia a las medidas dictadas por las autoridades de la policía y el

[537] FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, págs. 61 y ss., hace un excelente resumen de esta tipología, aludiendo al peligro concreto, peligro existente general, peligro abstracto, peligro agudo, peligro amenazante, etc.

[538] En la región de Baden-Württemberg, la cláusula general policial de la Ley de Policía de 6 de octubre de 2020 (*Polizeigesetz*, PolG), habilita separadamente para dictar actos administrativos y reglamentos, habiendo de realizarse una interpretación conjunta de los artículos 1, 3 y 10 de acuerdo con estas dos concepciones del peligro. Sobre esto –y con varios ejemplos en la materia–, IBLER, «Allgemeines Polizeirecht (*cit.*)», págs. 162 y ss. En nuestro idioma, v*id.* FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo...* (*cit.*), págs. 493 y ss. (reproducido *supra*), así como su artículo «El régimen jurídico de prevención de peligros... (*cit.*)», págs. 61 y ss., donde se hace eco de una clásica explicación académica en Alemania que no me resisto a reproducir: «un peligro abstracto se presentaría en el caso de un ascensor que no tuviera caja cuando, al abrir la puerta, el usuario cayera al vacío (...) el peligro concreto se manifestaría si sucediera el evento y el ciudadano cayera al vacío; así pues, el peligro abstracto es causa de la reglamentación que prevé la inspección técnica de este tipo de aparatos elevadores» (pág. 65). *Vid.*, también, PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, págs. 151 y ss.

orden. Frente a la indeterminación de la cláusula general, se encuentra el Poder Judicial, que controlará la actuación sobre la base de los principios generales del Derecho[539].

En este sentido es fundamental el principio de oportunidad (*Opportunitätsprinzip*), que «es determinante de la actuación cuando la autoridad administrativa actúa bajo el amparo de la cláusula general»[540]. Y es que, efectivamente, este principio atiende a si la actuación producida se enmarca en el presupuesto de hecho. La doctrina y la jurisprudencia alemana enfoca este principio desde el prisma de la *discrecionalidad* de la autoridad habilitada para actuar. Es decir, atendiendo a si la actuación es «oportuna» respecto de las circunstancias del peligro y de las medidas dictadas para afrontarlo. El análisis abarca tres elementos: que la intervención entre dentro del marco de la legalidad; que sea congruente con la finalidad perseguida por la habilitación; y, en fin, que no viole los principios constitucionales, especialmente el de proporcionalidad[541].

Respecto de este último, el «principio de proporcionalidad» (*Verhältnismässigkeitprinzip*), aparece como la clave de bóveda del control jurisdiccional de las medidas dictadas al albur de la *Generalklausel*. Su encaje, de gran tradición, es uno de los principios constitucionales por excelencia en Alemania, entendiéndose como emanación del principio del Estado de Derecho y siendo vinculante para todos los poderes públicos –*BVerf* 19, 348 y ss.; 23, 133; 61, 134–[542].

El respeto a este principio –como límite y elemento de control por parte de los órganos jurisdiccionales– se manifiesta en un cuádruple juicio en Alemania: de «finalidad legítima» (*legitimer Zweck; legitimes Ziel*), es decir, si la medida persigue un objetivo querido por el ordenamiento –la prevención de un peligro, en este caso–; de «idoneidad» (*Geeignetheit*), esto es, si la medida es adecuada para lograr el objetivo pretendido; de indispensabilidad o necesidad (*Erforderlichkeit*), así, si es estrictamente necesaria su ejercicio para lograr el fin buscado; y, en fin, un juicio de «adecuación» o

[539] Para ver una panorámica de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, *vid*. SOMMERMANN, K-P., «La justicia administrativa alemana», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La Justicia administrativa en el Derecho comparado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 33 y ss., así como, en la misma obra, BARNÉS VÁZQUEZ, J., «La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)», *op. cit.*, págs. 135 y ss.

[540] FUENTES I GASÓ, «El régimen jurídico... (*cit.*)», pág. 49.

[541] Se sigue aquí a FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 49, que a su vez sigue a SOMMERMANN.

[542] Como se sabe, ha tenido también un importante impacto en la jurisprudencia del TJUE, así como en nuestro país, en donde hoy se prevé expresamente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en su artículo 4.1.

de proporcionalidad *stricto sensu* (*Angemessenheit*), en el que se atiende a si la medida respeta la relación entre el medio empleado y la finalidad pretendida[543].

Por último, es especialmente destacable que este principio ha venido siendo utilizado también en las intervenciones de derechos a través de la cláusula general. En efecto, la indeterminación de la expresión «medidas necesarias» provoca que, en aras de mantener la seguridad o el orden público, sea preciso realizar injerencias en tales garantías reconocidas por la Ley Fundamental. Considero indispensable realizar una referencia a esta cuestión, habida cuenta de la importancia que ello puede tener también en nuestro ordenamiento.

En términos generales, ya hemos visto que el artículo 19 GG exige una Ley que reconozca la limitación al derecho; que ésta tenga carácter general; y, en fin, que cite expresamente el derecho que pretende limitar (*Zitiergebot*)[544]. Ahora bien, lo cierto es que existen ciertos derechos fundamentales a los que la *Grundgesetz* otorga una especial protección: cuando las medidas dictadas sobre la cláusula general policial impliquen «privación de libertad» (*Freiheitsentziehung*) –*ex* artículo 104.2 GG–, «entrada en el domicilio» –*ex* artículo 13.2 GG–, o, en fin, «recopilación de datos» (*Datenerhebungen*), como la colocación de «escuchas» (*Abhör*), se exigirá la correspondiente autorización judicial[545].

Hay otros derechos en los que directamente la Ley Fundamental permite su limitación, como es el caso de la libertad de circulación y residencia (artículo 11.1 GG), enumerando tales supuestos entre los que se incluyen el «combatir el riesgo de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves» (artículo 11.2 GG). Ya, por último, encontramos un tercer grupo de derechos a los que no se hace expresa referencia, por lo que se entiende que regirán las reglas indicadas del artículo 19 GG.

[543] IBLER, «Allgemeines Polizeirecht (*cit*.)», págs. 177 y ss., en expresa referencia a la aplicación de este principio para con la cláusula general. En este punto recuerda que, además, en el Derecho de policía se puede hablar de un quinto elemento: «la exigencia de medio de reemplazo» (*Grundsatz des Austauschmittel*), por el cual el destinatario de la medida puede presentar otra igualmente adecuada para confrontar el peligro, debiendo de aceptarla la autoridad competente siempre que no suponga una mayor carga para el resto. En España suele olvidarse el primero de los cuatro subprincipios, así *vid*. ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., págs., 460 y ss.; FUENTES I GASÓ, *op*. *cit*., pág. 50, hasta el punto de que –como es bien conocido– nuestro Tribunal Constitucional habla también de tres subprincipios.

[544] A estos extremos nos hemos referido *infra*, en el punto B) del presente epígrafe 3, al aludir a la constitucionalidad de las cláusulas generales.

[545] FUENTES I GASÓ, *op*. *cit*., págs. 43-44.

Ahora bien, ¿hasta qué punto puede realizarse una injerencia en un derecho fundamental sobre la base de una *Generalklausel*?

Autores como SCHUCHT hablan de «derechos fundamentales firmes frente a la cláusula general» (*Generalklauselfeste Grundrechte*)[546], entendiendo que no pueden ser intervenidos ni siquiera respetando la exigencia de cita (*Zitiergebot*) del artículo 19.1 GG. Suele incluirse en estos derechos el relativo a la vida (artículo 2.2 GG), el correspondiente a la libertad de circulación (artículo 11.1 GG), la inviolabilidad del domicilio (artículo 13.1 GG), así como el derecho de propiedad y a la herencia (artículo 14.1 GG)[547]. Ahora bien, la imposibilidad de incidir sobre tales derechos a través de la cláusula general simplemente implica que ha de utilizarse otro fundamento de intervención, esto es, una medida estándar, nominada y prevista en la Ley. Es decir, que la limitación no puede producirse sobre la base de una habilitación tan genérica, tan indeterminada, porque, se entiende, ello contrariaría el principio de certeza o de seguridad jurídica, así como a la denominada doctrina de la esencialidad (*Wesentlichkeitslehre*)[548].

No obstante, esta es la teoría. Y es que, en la práctica, se producen intervenciones en derechos fundamentales sobre la base de una cláusula general, bien a través de actos administrativos concretos, bien a través de reglamentos dictados sobre su base, que establecen un marco más restrictivo del derecho fundamental en la situación de peligro. Esto tiene una explicación clara: la cláusula general actúa de forma subsidiaria frente a riesgos que no están previstos y, por lo tanto, es lógico que en ocasiones la injerencia en derechos vaya a ser más contundente. Ahora bien, tales

[546] SCHUCHT, *op. cit.*, pág. 462 y ss., recordando cómo el problema ha sido indicado también por otros como SCHMIDBAUER, MAAß o DEGER, quienes prefieren usar la expresión de derechos fundamentales «firmes frente a la policía» (*polizeifest*).

[547] SCHUCHT, *op. cit.*, pág. 463. El caso del derecho a la vida es bastante claro: como recuerda FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, págs. 50-51, los *Länder* han regulado expresamente el «tiro de muerte» (*Todschuss*), exigiendo que sea el único medio posible, cuando sea evidente la inutilidad de otras medidas y se evite el ataque o huida de la persona.

[548] Como era esperable, esta teoría –que recordemos entiende que todas las decisiones «esenciales» tienen que realizarse por el Legislativo– se aplica también a los derechos fundamentales; por todas, *BVerf*, 47, 46 (78 y ss.). Así, una injerencia en éstos no puede ser trasladada al Ejecutivo, sino que ha de hacerse directamente por el Parlamento. Ello implica que determinadas medidas que puedan incidir notablemente respecto de los derechos habrán de estar previstas por el propio legislador, no siendo posible que el Ejecutivo a través de un «traslado» (*Überlassung*) del Parlamento, las establezca a través de reglamentos jurídicos (*Rechtsverodnungen*). Como recuerda RIXEN, *op. cit.*, págs. 110 y ss., esto motivó que se produjesen dudas respecto de los reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) limitativos de derechos (cierre de negocios, limitaciones a las libertades de reunión, manifestación, etc.), dictados por las autoridades de los *Länder* sobre la base de la cláusula general del artículo 28 *IfSG* durante la primera ola de la COVID-19.

intervenciones sólo se permiten de modo transitorio, para hacer frente a la situación imprevista. En un momento posterior, el legislador habrá de confeccionar medidas *ad hoc*, estándar, que cubran ese vacío completado temporalmente por la cláusula indicada.

Así se ha producido en el ámbito de la cláusula general policial, en el que la evolución legislativa nos demuestra la paulatina inclusión y tipificación de medidas en las Leyes que tradicionalmente se dictaban con base en la primera[549]. Lo mismo puede decirse respecto de las cláusulas generales insertas en la legislación sectorial, siendo paradigmático el caso de la presente en el artículo 28 de la Ley de protección frente a enfermedades infecciosas. En efecto, esta previsión sirvió de muro de contención durante la primera ola de la pandemia, habilitando para dictar medidas restrictivas de derechos[550]; medidas que –aunque se entendieron en la mayoría de los casos como conformes a Derecho[551]– terminaron por ser tipificadas legalmente. Y no sólo eso, sino que también –hemos visto– terminaron por ser encorsetadas en un nuevo estado excepcional creado *ad hoc*.

En fin, cabe afirmar que el control respecto de las cláusulas generales es prácticamente total en Alemania, siendo el principal contrapeso existente frente a su inherente discrecionalidad: la fiscalización comienza en los presupuestos de hecho necesarios para su activación (subsidiariedad; existencia de peligro), pasa por la

[549] IBLER, «Concepto, objeto, desarrollo... (*cit*.)», págs. 153 y ss., nos pone el ejemplo de una medida que venía realizándose sobre la base de la cláusula general policial: la expulsión de la vivienda que se realizaba en casos de violencia intrafamiliar. La doctrina subrayó que una intervención de tal porte en los derechos fundamentales debía de realizarse sobre la base de una previsión legal concreta, lo que llevó a la reforma de las Leyes de policía de los distintos *Länder* para su inclusión, siendo la última la de Baden-Württemberg en 2008. Otro ejemplo señalado por este autor es el de la videovigilancia en las calles, que en un primer momento también se producía sin otro sustento legal que la cláusula general, pero que acabó por fijarse en medidas estándar. *Vid*. estos y otros en SCHUCHT, *op*. *cit*., págs. 466 y ss.

[550] Como hemos visto, muchas de las medidas desarrolladas en la pandemia (incluidos los toques de queda) se realizaron sobre la base de su cláusula general, si bien estas medidas terminaron por ser incluidas en las sucesivas reformas de la Ley. *Vid*. *supra*, apartado B) del presente epígrafe 3.

[551] RIXEN, *op*. *cit*., págs. 112 y ss., indica respecto de la cláusula general del artículo 28.1 *IfSG* que así se pronunciaron los tribunales de lo contencioso y el Tribunal Constitucional. Este último entendió que las injerencias en la libertad religiosa (artículo 4.1 y 2 GG), consecuencia de la prohibición de los servicios en un espacio cerrado, era proporcionada para evitar la extensión de la pandemia –decisión de 10 de abril de 2020 (1 *BvQ* 28/20), así como de 29 de abril de 2020 (1 *BvQ* 44/20)– pero no así la prohibición total del derecho de reunión, que entendió como desproporcionada, por entenderse que cabía haber desarrollado otras actuaciones menos contundentes para llegar a la misma solución sin prohibirlo por completo: exigencia de distanciamiento, medidas de higiene, etc. –decisión de 15 de abril de 2020 (1 *BvR* 828/20)–. En general, sobre el tema, *vid*. ZÜCK, R., y ZÜCK, H., «Die Rechsprechung des BVerG zu Corona-Fällen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 32, 2020, págs. 2302 y ss. *Vid*., también, la decisión de 19 de noviembre de 2021 (1 *BvR* 781/21), a la que nos hemos referido *supra*, en el punto B) del presente epígrafe 3, así como la bibliografía citada al efecto.

oportunidad y proporcionalidad de las medidas aplicadas, y, por último, llega también al respeto a los derechos fundamentales.

La fiscalización, subraya FUENTES I GASÓ, es además doble. En un primer momento, por parte de la misma autoridad administrativa, que, gracias a la sofisticadísima construcción teórica del *Gefahrenabwehr*, «puede realizar mejor un juicio racional de existencia o no de peligro y de sus consecuencias», donde habría que añadir los diferentes instrumentos a utilizar a la luz de la tipología de los peligros. Y, en un segundo punto, a través del Poder Judicial, que realiza una fiscalización revisora de la actuación administrativa, de acuerdo con los principios y construcciones teórico-jurisprudenciales advertidas[552].

Ahora bien, de nuevo es importante destacar que el producto de la cláusula general será controlable dependiendo de la forma que tome. En el caso de los reglamentos jurídicos, el control es muy amplio, teniendo su anulación, por regla general, una eficacia *erga omnes*[553]; mientras que la anulación de una orden o disposición (*Verfügung*) sólo tiene efectos *inter partes*. Esta distinción no es meramente teórica: la opción por uno u otro instrumento ha generado problemas prácticos en la aplicación de estas cláusulas en la lucha contra la COVID-19[554].

En definitiva, la técnica de la «cláusula general» se alza en Alemania como una institución de honda raigambre histórica, habiendo evolucionado al calor de las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales; desarrollo que ha terminado por dotarle de cierta nitidez y tangibilidad pese a su aparente indeterminación. La utilidad de la

[552] FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, pág. 80.

[553] *Vid*. KRÜGER, «Die Rechtsverodnung –eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz in Studium (*cit.*)», pág. 345 y ss., que analiza las distintas actuaciones posibles en la materia: desde las acciones de impugnación indirectas (*Anfechtungsklage* y *Verpflichtungsklage*, *ex* artículo 42 *VwGO*), pasando por el control judicial consecuencia de una impugnación directa del reglamento (artículo 47 *VwGO*), hasta la acción declarativa (*Festellungsklage*, *ex* artículo 43 *VwGO*). De éstas, sólo la anulación judicial a través del control directo implica su eficacia *erga omnes*. Además, cabe también interponer frente a los reglamentos un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alemán (*Verfassungsbeschwerde*), de acuerdo con el artículo 90 de su Ley reguladora (*BVerfGG*).

[554] Me refiero, claro está, al uso del artículo 28 *IfSG* durante la primera ola. Sobre esto, TACCOGNA, *op. cit.*, págs. 104 y ss., que recuerda cómo el Ministro bávaro de salud dictó una «orden general» (*allgemeine Verfügung*), con fecha de 20 de marzo de 2020 –un acto administrativo general o plúrimo, podríamos decir– y no un reglamento (*Verodnung*) para el establecimiento de las medidas restrictivas (singularmente, la restricción de movimiento). La cuestión fue discutida en la doctrina, en tanto que la utilización de este instrumento resultaba más ágil en su redacción y publicación, y presentaba menos garantías respecto a los ciudadanos, dándose, al efecto, jurisprudencia de los diferentes tribunales de los *Länder*. Sobre el tema, *vid*., también, ZIEGLER, N., «Freiheit durch Rechtsformenwahl? – Verwaltungsrechtliche Rechtsformlehre und verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz in der Corona-Krise», en *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, núm. 49/2020, 3 de abril de 2020.

doctrina expuesta es innegable para nuestro Derecho, al que la técnica expuesta no ha sido aún extrapolada en su plenitud. La situación de pandemia de la COVID-19 nos muestra también la importancia de estudiar mejor nuestras instituciones de necesidad y de seguridad pública, especialmente en lo relativo a nuestros castizos «reglamentos de necesidad», que jugaron un importantísimo papel y cuyas cláusulas matrices se corresponden con las *Generalklauseln* de tradición germánica analizadas.

IV.- LA HERENCIA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» EN LA CULTURA GERMÁNICA

La línea histórica trazada por el «reglamento de necesidad» en los territorios centroeuropeos dejó tras de sí una herencia desigual; herencia que se manifiesta en la actualidad desde dos perspectivas diferenciadas.

De una parte, la reconducción de la expresión tradicional *–Notverordnung–* hacia instrumentos jurídicos de idéntica funcionalidad a la del Decreto ley en ciertas naciones de tradición germánica (Austria, Suiza, Liechtenstein), así como en algunos *Länder* de la República Federal Alemana[555]. De otra, el abandono de la misma terminología y funcionalidad del instrumento que nos ocupa en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. Hecho que, no obstante, no impidió que se desarrollaran otras figuras orientadas en una dirección similar. Y es que, como ha podido comprobarse, el ejercicio práctico de las cláusulas generales (*Generalklauseln*) del Derecho de prevención de peligros alemán nos permite extraer que, en su seno, late una idéntica preocupación: la existencia de un fundamento jurídico que permita dictar las «medidas necesarias» ante una situación imprevista. A estos dos legados –el terminológico y el material– nos vamos a referir en los subepígrafes que siguen.

1.- EL MANTENIMIENTO TERMINOLÓGICO EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN GERMÁNICA: DE LOS *LÄNDER* ALEMANES A SUIZA Y AUSTRIA; DEL *NOTVERORDNUNG* AL DECRETO LEY

La evolución conceptual del «reglamento de necesidad» en Alemania, que llega –como ha podido advertirse– hasta su actual abandono, contrasta fuertemente con la evolución del vocablo en los países de su entorno.

[555] Ello contrasta con la situación en los ordenamientos latinos, en los que la traducción del vocablo alemán desde su lengua original *–Notverordnung = règlement de nécessité*; *ordinanza di necessità*; «reglamento de necesidad»– se recibirá para aludir a distintos instrumentos jurídicos dirigidos a confrontar situaciones de crisis. Al efecto, *vid.*, en la primera parte de esta obra, el capítulo tercero, apartado IV, para el Derecho francés, el punto III.2 de su capítulo cuarto para la cuestión en el Derecho italiano, así como, en fin, puntos II, III, IV y V del capítulo primero de la segunda parte, para el Derecho español.

El caso austriaco es paradigmático. Y es que este país presenta una gran tradición en la materia, que hunde sus raíces en la «Constitución de Diciembre» (*Dezemberverfassung*) de 1867 y el artículo 14 de la Ley Fundamental sobre la representación del *Reich* (*Grundgesetz über die Reichsvertretung*) de 26 de febrero de 1861 en su redacción dada desde el 16 de julio de 1867. En efecto, este precepto hablaría de reglamentos (*Verordnungen*) con «fuerza de Ley provisional» (*provisorische Gesetzeskraft*); actuaciones que se configurarían como genuinos «reglamentos de necesidad». Su utilización fue tan prolija que el periodo llegó a ser calificado como la «era de los reglamentos de necesidad» (*Notverordnungs-Aera*)[556] e incluso el escritor Mark TWAIN criticaría el abuso de su práctica con motivo de su viaje al país[557].

En la actualidad, esta figura se recoge en la Constitución austriaca de 1920 en el artículo 18, apartados 3, 4 y 5. El artículo 18.3 habilita al Presidente Federal, con la propuesta y refrendo del Gobierno Federal, así como bajo su responsabilidad y la de éste, para dictar medidas que tomarán la forma de «reglamentos provisionales modificatorios de la Ley» (*vorläufige gesetzändernde Verordnungen*). La literatura jurídica analiza este instrumento bajo la voz de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*)[558], aunque, como ha podido advertirse, su encaje se asemeja más a los actuales Decretos leyes; hecho evidente tanto por el paulatino desbordamiento de su ámbito de aplicación –puesto que estas disposiciones no entran ya únicamente en temas de seguridad interna, sino también en materias económica o social– como por su vigencia, presentando ya una marcada vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico[559].

[556] MENZEL, «Zur Lehre von der Notverordnung (*cit.*)», págs. 382 y 394. Y ello pese a la cantidad de cautelas que preveía su texto, como recuerda JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (*cit.*), pág. 377, nota 15. Sobre esta época, *vid*. la segunda parte de la precitada obra de MENZEL, donde analiza sus problemas de aplicación práctica siendo interesante el debate respecto de su control judicial. *In extenso*, *vid*. HASIBA, G. D., *Das Notverordnungsrecht in Österreich (1848-1947)*, Verlag des Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Viena, 1985; y, también, WITTMAYER, L., «Ein Beitrag zum deutschen und österreichischen Notverordnungsrechte im Kriege», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 37, 1918, págs. 43 a 55, para una panorámica de su uso durante la Primera Gran Guerra.

[557] TWAIN, M., «Stirring times in Austria», en *Harper's New Monthly Magazine*, Vol. 96, marzo 1898, págs. 530-540.

[558] Así lo recuerdan MAUNZ, DÜRIG, y DEREDER, «Kommentar zu art. 91 (*cit.*)» parágrafo 30. Me remito a toda la bibliografía austriaca por ellos indicada.

[559] El citado artículo 18 BVG presenta multiplicidad de previsiones similares a los Decretos leyes en los países latinos –incluyendo su carácter perenne en el ordenamiento– siendo ya sólo controlables por el Tribunal Constitucional. Estas disposiciones sólo pueden dictarse «para la defensa respecto a un manifiesto e irreparable daño a la colectividad, que sea en un momento de necesidad, en el que el

La situación es muy similar en Suiza. Y ello pese a que la Federación helvética no goce de tanta tradición en la materia. En efecto, la potestad para dictar «reglamentos de necesidad» es relativamente reciente, constitucionalizándose únicamente tras la Segunda Guerra Mundial[560], y estando recogida en la actual Constitución de 1999 en su artículo 185.

Este precepto prevé expresamente la posibilidad de dictar medidas (*Maßnahmen*) por el Consejo Federal (*Bundesrat*) para garantizar la seguridad exterior –así como la independencia y la neutralidad de Suiza (artículo 185.1)– y la interior (artículo 185.2). Sobre la base del artículo 185.3 pueden también dictarse «reglamentos» (*Verordnungen*) y «disposiciones» (*Verfügungen*) con el fin de «eliminar perturbaciones (*Störungen*) existentes o inminentes que amenacen gravemente el orden público, la seguridad interior o exterior» debiendo estar tales actuaciones limitadas en el tiempo (*befristet*). La doctrina suiza calificaría a estas actuaciones de «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*) y de «disposiciones de necesidad» (*Notverfügungen*)[561],

Parlamento Nacional (*Nationalrat*) no esté reunido, no pueda oportunamente reunirse, o cuando el ejercicio de su actividad se halle impedido por fuerza mayor (*durch höhere Gewalt*)». Por otro lado, se exige que se formulen estos reglamentos a través del Gobierno de acuerdo con la Subcomisión Permanente (*ständiger Unterausschuss*) de la Comisión Principal (*Hauptausschuss*) del *Nationalrat*, y que, una vez dictados, se presenten inmediatamente ante el *Nationalrat*, convocándose al efecto por el Presidente Federal si aquél no estuviere reunido, o, en caso de estar reunido, habrá de convocarse por el propio Presidente del Parlamento, debiendo la Cámara pronunciarse en los 8 días siguientes sobre el mismo (18.4 BVG). Los reglamentos habrán de ser sustituidos por una Ley –por el Parlamento Nacional– en las cuatro semanas siguientes para poder mantener su vigencia, de tal suerte que si no se logra la convalidación entrarán de nuevo en vigor las disposiciones legales que hubieran sido derogadas o suspendidas (*aufheben*) por el reglamento (18.4 *in fine* BVG). Por último, el 18.5 BVG establece algunas materias sobre las que no pueden incidir estas disposiciones (no pueden modificar la Constitución federal, ni incidir sobre alguna obligación federal financiera de carácter permanente, ni tampoco sobre determinados derechos, etc.). Por su parte, las regiones disponen también de esta potestad, *ex* artículo 97 BVG, apartados 3 y 4. El nivel de detalle y exigencias indicado llevó a su inoperancia durante la crisis del COVID-19, recurriéndose –una vez más en el Derecho comparado– a la normativa vigente en materia de salud pública, en este caso la Ley de epidemias (*Epidemiegesetz*) de 1950, complementada por una Ley *ad hoc*: la Ley de medidas frente al COVID-19, de 15 de marzo de 2020 (*COVID-19-Maßnahmengesetz*). La doctrina criticó las medidas empleadas para confrontar la crisis en un primer momento (*vid*. LACHMAYER, K., «Austria: rule of law lacking in times of crisis», en *www.verfassungsblog*, 28 de abril de 2020); hecho que desembocó en sendas reformas constitucionales. Un resumen en castellano puede verse en MIMENTZA MARTÍN, J., «Respuesta del ordenamiento jurídico austriaco a la pandemia del coronavirus», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, págs. 543-557.

[560] *Vid*. el punto III.3.A) del capítulo tercero de la primera parte de esta obra para ver la recepción por la doctrina y la jurisprudencia suiza de la noción del «estado de necesidad» –como justificación para actuar sin base o fundamento constitucional o legal– y su posterior impacto en Francia. Ha de recordarse también, como precisa ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs. 85-86, nota 96, que la Federación helvética recurrió a la técnica de los plenos poderes para afrontar las dos Guerras Mundiales, sin previsión constitucional alguna, recogiéndose la posibilidad de dictar estos *Notverordnungen* tras la guerra en el artículo 89 bis de su Carta Magna de 1874, hoy derogada.

[561] Así lo destacan MAUNZ, DÜRIG, y DEREDER, «Kommentar zu art. 91 (*cit*.)» parágrafo 31. De nuevo, me remito a la literatura jurídica allí citada.

si bien su configuración y efectos son similares –se insiste: tanto por cautelas, configuración y efectos– a nuestros Decretos leyes[562].

La denominación tradicional –y su idéntica equiparación a los Decretos leyes– puede encontrarse también en otros países del entorno. En este sentido, es claro el artículo 10 de la vigente Constitución de Liechtenstein de 1921, que, tras indicar que el Príncipe (*Landesfürst*) dicta los reglamentos (*Verordnungen*) para ejecutar las Leyes, le habilita también para «proceder a hacer lo necesario por cuestiones de seguridad y bienestar» en casos de seguridad. De hecho, desde la reforma de 2003, se incluye un segundo apartado a este artículo, que tilda a estas medidas explícitamente de «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*), estableciéndose, claro está, ciertos límites a esta potestad, tales como la imposibilidad de dejar sin efecto la Constitución en ningún punto[563].

Lo mismo puede decirse de algunos *Länder* de la República Federal de Alemania, que mantienen esta tradición terminológica, siendo claro el caso de la Constitución de la Baja Sajonia de 1993, que en su artículo 44 –y bajo la rúbrica de *Notverordnungen*– regula este poder, en un sentido muy similar al anteriormente indicado[564]. Y, en fin, también encontramos la expresión en algún país hispanoamericano, siendo claro el caso de la República Argentina, donde la expresión «reglamento de necesidad» es utilizada por la doctrina más autorizada para aludir a los

[562] En Suiza las cautelas se enmarcan en la Ley sobre medidas para la protección de la seguridad interna (*Bundesgesetz über Maßnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit*) de 21 de marzo de 1997, así como en la Ley de organización del Gobierno (*Regierungsorganisationsgesetz*), del mismo año y día. Esta última exige al Parlamento pronunciarse sobre los decretos en un máximo de seis meses en su artículo 7. Además, durante la pandemia de la COVID-19 el Gobierno suizo hizo uso de esta figura, dictándose, con base en el artículo 185.3, numerosos decretos (*Verordnungen*) al entenderse que la crisis sanitaria cuadraba en el presupuesto habilitante relativo a la seguridad o al orden público, teniendo estas disposiciones una clara permanencia en el tiempo. Lo curioso es que este precepto se combinó con lo dispuesto en la Ley Federal de Epidemias suiza, que autoriza –también al Consejo Federal– en su artículo 7 para dictar también las «medidas necesarias» (*notwendige Maßnahmen*) en caso de pandemia, matizando la doctrina que esta previsión es meramente declaratoria, no señalando más de lo que indica la propia Constitución. Sobre esto, *vid*. UHLMANN, F., «Concentration of powers in the Federal Executive: the application of emergency powers in Switzerland», en *www.verfassungsblog.de*, 30 de abril de 2020.

[563] La terminología es clara en la versión alemana del texto constitucional; lengua que, según el propio artículo 6, es la oficial en el país.

[564] Es también el caso de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia de 1950, cuyo artículo 60 contiene la posibilidad de que el Gobierno regional dicte «reglamentos de situación de necesidad» (*Notstande Verordnungen*), que tendrán fuerza de Ley (*Gesetzeskraft*) y no podrán contradecir lo señalado en la Constitución regional.

Decretos de Necesidad y Urgencia previstos en el artículo 99.3 de su norma fundamental[565].

En definitiva, puede afirmarse que el tradicional «reglamento de necesidad» terminó por equipararse a los Decretos leyes latinos –italianos, españoles– en algunos territorios de tradición cultural germánica. Este hecho no deja de ser sorprendente, especialmente si tenemos en cuenta que la traslación de la expresión a las lenguas romances –y a los ordenamientos jurídicos en los que se desarrollan– se desligaría precisamente de tales Decretos leyes y se conectarían rápidamente a otros instrumentos jurídicos de distinto cuño.

2.- La funcionalidad de la *Generalklausel* alemana: del «reglamento de necesidad» al Derecho de prevención de peligros

La *Grundgesetz* alemana de 1949 se caracterizará por la plena recepción del Derecho de excepción, así como por la exigencia de una previa habilitación legal para dictar reglamentos. De este modo, las normas dictadas por el Ejecutivo sólo podrán modificar o suspender las de rango legislativo con fundamento en las ellas. Con esta configuración, Alemania, país en el que tuvo origen el «reglamento de necesidad», termina por abandonarlo tras la Segunda Guerra Mundial.

En el marco jurídico surgido con la Ley Fundamental de Bonn –ha podido advertirse– no es posible vislumbrar ya trasunto alguno de la noción que nos ocupa. Únicamente se mantienen ciertas habilitaciones constitucionales para dictar reglamentos con fuerza de Ley en situaciones muy residuales, en las que tampoco se emplea la expresión de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*). Se habla así de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*) en aquellos casos en los que existe una habilitación legal que les dota de tal rango en ciertas situaciones de Derecho transitorio sin aplicación alguna hoy día (*v. gr*., la previsión del artículo 129 III

[565] *Vid*. Cassagne, J. C., «Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 73, 1992, págs. 17 y ss. También, más recientemente, *vid*. su trabajo «Reflexiones sobre el papel del Estado y del Derecho en situaciones de emergencia (a propósito de la COVID-19), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, diciembre 2020-enero 2021, especialmente, pág. 18, nota 55, donde subraya que «los reglamentos de necesidad a que alude la doctrina española difieren de los Decretos-Leyes que, con fundamento en circunstancias extraordinarias de urgente necesidad puede emitir el Poder Ejecutivo con valor de ley y que requieren ratificación legislativa (art. 86 CE). El Decreto-Ley español es una figura similar a nuestro DNU [Decreto de Necesidad y Urgencia] previsto en el art. 99, inc. 3.º de la CN [Constitución Nacional de Argentina] y su fórmula se inspira en el art. 77 de la Constitución Italiana».

GG), o bajo el «estado de defensa» (artículo 115k GG), al tiempo que se reconoce la posibilidad de dictar reglamentos con rango de Ley, en contextos también carentes de validez práctica hoy día (artículos 119, 127 y 132 IV GG). Estos débiles poderes gubernamentales terminan por confirmarse atendiendo a la «Constitución de emergencia» (*Notverfassung*) alemana, que aboga por el modelo de estados excepcionales para hacer frente a situaciones de emergencia y cuya rigidez respecto de su activación provocó que, con motivo de la crisis de la COVID-19, no fuese posible recurrir a ninguno de ellos.

Ahora bien, la desaparición de la figura tradicional no implica, al tiempo, también el desvanecimiento de los problemas que pretendía afrontar. El tradicional *Notverordnung* buscaba hacer frente a situaciones imprevistas en las que la seguridad pública estuviese amenazada. Ello explica que –por lo general– su previsión en los distintos textos constitucionales se manifestase a través de una habilitación en favor del Monarca –o del Presidente del *Reich*, *ex* artículo 48.2 CW– para dictar «las medidas necesarias» (*die notwendige Maßnahme*). Pues bien, el vigente Derecho de prevención de peligros alemán suele contener previsiones de carácter similar, concretamente en las denominadas «cláusulas generales» (*Generalklauseln*) que autorizan, en este caso a la «autoridad competente», para dictar –también– «las medidas necesarias». En efecto, en todas estas habilitaciones –pese a sus obvias diferencias– subyace la misma pretensión: reconocer una cláusula de salvaguarda ante situaciones imprevistas.

Esta intención –unida a sus similitudes de configuración– explica que la terminología se haya conectado en la tradición jurídica italiana y española –en clara traducción de la palabra alemana– con las expresiones de «ordenanza de necesidad»[566] y de «reglamento de necesidad»[567], respectivamente. De hecho, las semejanzas entre las cláusulas generales en materia de seguridad pública y las previstas para dictar *Notverordnungen* son tales que, en Suiza –país en el que coexisten ambas figuras,

[566] No es casualidad que AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa* (*cit.*), págs. 174 y ss., aluda a estas ordenanzas de necesidad italianas bajo el subepígrafe dedicado al Derecho de policía, en sentido similar a la técnica alemana.

[567] Sobre el desarrollo italiano, *vid*., el capítulo cuarto de la primera parte de esta obra. Para la evolución y configuración actual del reglamento de necesidad en España me remito a los tres capítulos que integran la segunda parte de este trabajo.

aunque la última en su condición de Decreto ley– se ha llegado incluso a realizar algún estudio comparativo entre ambas[568].

Sin embargo, tal equiparación no se ha producido en el caso alemán[569]. Las cláusulas generales del Derecho de prevención de peligros se encuentran claramente «desdramatizadas». Su motivación fundamental no es la de actuar como válvula de seguridad ante situaciones imprevistas de necesidad, sino, más bien, de servir de resorte jurídico activable ante todo tipo de contextos (sean de crisis o no). Ello se hace también evidente si atendemos a su dicción: a diferencia de las previsiones españolas o italianas, las cláusulas generales alemanas no aluden –en el presupuesto de hecho habilitante– a «catástrofes», «infortunios», «situaciones excepcionales» o expresiones similares. De hecho, aunque su ejercicio fue fundamental durante los primeros días de la pandemia de la COVID-19, las críticas doctrinales y jurisprudenciales a tal aplicación y la posterior creación de estado excepcional *ad hoc* para dotar las actuaciones de mayor cobertura, nos permite entrever la posición de estos mecanismos en el ordenamiento alemán.

En cualquier caso, la herencia del reglamento de necesidad es innegable. Su funcionalidad –como mecanismo de *ultima ratio* frente a situaciones inciertas– ha terminado por permear en las cláusulas generales del Derecho de prevención de peligros; previsiones que, en definitiva, presentan un funcionamiento prácticamente idéntico al presente en otros ordenamientos –como el español o el italiano; con la salvedad de su prurito de excepcionalidad– para dictar reglamentos u ordenanzas de necesidad. Es por todo ello que la importancia de la tradición germánica en la presente exposición no es sólo fundamental desde el prisma terminológico sino también en lo que concierne a la configuración jurídico-positiva actual de nuestros reglamentos de necesidad patrios, así como a su funcionalidad, dado el grado de desarrollo y nitidez dogmática alcanzado en Alemania respecto de sus cláusulas generales.

---

[568] RECHTSTEINER, D., «Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungrecht des Bundesrates. Gemeinsamkeiten und Unterschiede», en *Sicherheit und Recht*, núm. 3, 2016, págs. 143 y ss. Ambas parten del mismo razonamiento: habilitación general y subsidiaria para tomar las medidas necesarias ante la presencia de un peligro. Cuestión distinta es la importancia del peligro –crisis graves respecto de emergencias menos acusadas–, el órgano competente, la relación con la Constitución y las Leyes de sus emanaciones –lo que configura también sus instrumentos: ej. ejercicio de la fuerza armada en algunos casos–, y, claro está, su impugnabilidad.

[569] Ahora bien, parece que sí que hubo intentos por parte de la literatura jurídica. Es interesante recordar que algún autor alemán de principios de siglo distinguía entre «reglamentos de necesidad generales» y «reglamentos de necesidad especiales», dependiendo de si la habilitación se encontraba presente en la Constitución o en la Ley, así HANSEL, *Die Notverordnung nach deutschem Staatrechte* (*cit.*), págs. 6 y 60-61. En sentido similar, el propio VON STEIN hablaba de «reglamentos de necesidad ministeriales», *vid*. VON STEIN, *Die Verwaltungslehre* (*cit.*), Vol. I, págs. 163 y ss., 307 y ss.

CAPÍTULO TERCERO. APUNTES SOBRE LA IDEA DE «REGLAMENTO DE NECESIDAD» EN EL DERECHO FRANCÉS

I.- INTRODUCCIÓN

La impronta del Derecho francés en el desarrollo y evolución del ordenamiento jurídico español está hoy fuera de toda duda[570]. Sin embargo, este aserto es matizable en lo que concierne a la figura que nos ocupa: el reglamento de necesidad. Y es que tanto la noción como el desarrollo doctrinal de tal institución son eminentemente germánicos (*Notverordnung*), gozando de un perfilado amoldamiento conceptual y categorial en el Derecho italiano actual (*ordinanza di necessità*).

La situación es muy distinta en el país galo. En Francia, pese a su recepción por algunos autores durante el primer tercio del siglo pasado, la figura no terminará por hacer suerte. Lo mismo puede decirse respecto de las cláusulas generales de necesidad presentes en la Leyes francesas de policía o seguridad pública, las cuales no gozan de un desarrollo jurisprudencial equiparable al presente en los sistemas alemán e italiano. Todas estas cuestiones explican que, a lo largo de las líneas subsiguientes, se realice una aproximación al Derecho francés desde una perspectiva algo más acotada que la esbozada respecto de los ordenamientos alemán e italiano en los capítulos que integran esta primera parte de la obra.

Ello, claro está, no es óbice para poder extraer de este sistema algunas enseñanzas relevantes respecto de la institución que ocupa estas páginas. Para ello, en el presente capítulo, se va a analizar la posición del reglamento en su relación con la Ley, así como las diversas instituciones de Derecho de necesidad. Sólo así podrá abordarse, en un epígrafe final, la recepción, evolución y posterior abandono de la noción de «reglamento de necesidad» en el Derecho francés.

II.- LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO FRANCÉS

La tradicional configuración rousseauniana de la Ley –como expresión de la voluntad general– ha sufrido en Francia una transformación radical, provocada por la

[570] Sobre los orígenes franceses de la Administración Pública y del Derecho administrativo, así como de su recepción en España, son fundamentales las aportaciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, así en *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1986 (reimpresión de la edición de 1981), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1999, o, en fin, *La Administración española*, 7ª ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

fuerza de los hechos –*v. gr*., los poderes atribuidos a Napoleón a principios de siglo o las actuaciones con *force de loi* de mediados de siglo–, el influjo de la doctrina germánica, en lo que respecta a la especial configuración de la Ley en Alemania, y, en fin, los distintos avatares históricos que llevarían aparejados distintos procesos y textos constitucionales[571].

En la actualidad, de la Constitución de 1958 se extrae una herencia compleja[572]. De los artículos 34 y 37 se entrevé una reserva de Ley y una reserva de reglamento, respectivamente, pretendiéndose con ello dotar a ambos instrumentos normativos de una esfera propia de actuación. En este punto, los reglamentos pueden ser de carácter ejecutivo (*règlement d'exécution*), o, en su caso, o «autónomos» (*règlement autonome*), estando esta última categoría plenamente admitida en la actualidad y referida a aquellas normas reglamentarias dictadas por el gobierno no en virtud de una Ley, sino de la propia Constitución, de acuerdo con la precitada reserva reglamentaria.

El sistema se cierra con la dinámica de las «ordenanzas» (*ordonnances*) del artículo 38 –trasunto de los *Décrets-lois* de la primera mitad del siglo pasado– y que permiten al Gobierno actuar en el ámbito reservado a la Ley siempre que una Ley de habilitación, votada por el Parlamento, así se lo permita, indicando la extensión y duración de tal autorización[573].

Bajo este esquema se encajan las relaciones entre la Ley y el reglamento en el Derecho francés, siendo por ello, *a priori*, inconcebible bajo el marco constitucional

[571] Una perspectiva histórica de las relaciones entre Ley y reglamento en Francia puede verse en GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), págs. 250-271.

[572] Al efecto, puede atenderse a los distintos manuales de Derecho administrativo francés que, además, suelen tratar los tipos de reglamentos a la luz de la Ley, así, a título ejemplificativo, GAUDEMET, Y., *Droit administratif*, 22ª ed., Lextenso éditions, París, 2018, págs. 292 y ss., dedicadas a la potestad reglamentaria y su tipología; o, DEBBASCH, C., y COLIN, C., *Droit Administratif*, 12ª ed., Économica, París, 2018, págs. 67 y ss., al analizar la Ley y los reglamentos. Sobre la posición de estas fuentes en el Derecho administrativo, *vid*., STIRN, B., *Les sources constitutionnelles du droit administrative*, 10 ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ)-Lextenso éditions, París, 2019, págs. 66-93. En nuestro idioma, una panorámica puede verse en DARCY, G., «Ley y reglamento en la República francesa», en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001, págs. 121-150.

[573] Además de los tratados y manuales citados, puede verse GAUDEMET, Y., «Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation délégué», en *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, 1ª ed., Dalloz, París, 2003, págs. 617 y ss.; LE POURHIET, A.-M., *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public français*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2011. En nuestro idioma sigue siendo clásica la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (*cit*.), págs. 83 y ss., 114 y ss. Téngase en cuenta que estas ordenanzas francesas se configuran como una delegación legislativa, similar a la que se reconoce en la Constitución española en los artículos 82 a 85.

actual, el dictado de reglamentos contrarios a la Ley. Se habla, no obstante, de ciertas instituciones que permiten flexibilizar el principio de legalidad y la primacía de la Ley, categorizando la literatura jurídica bajo tal esquema –además de figuras como los actos de gobierno (*actes de gouvernement*)– los distintos instrumentos de Derecho de necesidad[574]. Centrémonos en ellos.

III.- LAS INSTITUCIONES DE DERECHO DE NECESIDAD

El Derecho francés es heredero de una tradicional preocupación por la literatura jurídica respecto de la idea de «necesidad» y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico vigente[575]. El reconocimiento de una pluralidad de instrumentos destinados a confrontar las crisis en el sistema galo actual termina por configurar un sistema fértil y vivo, en el que se conjugan construcciones jurisprudenciales con previsiones constitucionales y legales, las cuales –a diferencia de otros sistemas jurídicos– se actualizan y adaptan constantemente[576].

Para algunos autores todas estas instituciones giran en torno a la noción de «circunstancias excepcionales» (*circonstances exceptionnelles*): estando algunas de ellas reconocidas en la Constitución (los poderes excepcionales del Presidente y el estado de sitio), otras en las Leyes (el estado de urgencia y el de urgencia sanitaria) y, por último, en la jurisprudencia, que ha reconocido la posibilidad de las autoridades de actuar incluso en ausencia de precepto jurídico positivo[577].

---

[574] Sirvan de ejemplo, WALINE, J., *Droit administratif*, 28ª ed., Dalloz, París, 2020, págs. 363 y ss., que –bajo el título de «la legalidad en periodos excepcionales»– analiza el artículo 16 de la Constitución, el estado de sitio, el estado de urgencia y, en fin –ya en un apartado diferenciado pero dentro del anterior– la teoría de las circunstancias excepcionales; GAUDEMET, *Droit administratif* (*cit.*), págs. 131 y ss., alude a la teoría de las circunstancias excepcionales y a la de los actos de gobierno como «correctivos excepcionales al principio de legalidad»; DEBBASCH, y COLIN, *Droit Administratif* (*cit.*), págs. 116 y ss., bajo la rúbrica de «poderes excepcionales de la Administración», analizan los actos de gobierno, la teoría de las circunstancias excepcionales, la urgencia, y, en cuarto y último lugar, el artículo 16 de la Constitución gala. También CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tomo 1, 15ª ed., Montschrestien, París, 2017, págs., 1085-1090, en las que alude a los estados de sitio y urgencia, a la urgencia y, en fin, a la teoría de las circunstancias excepcionales bajo la rúbrica de «las adaptaciones a las circunstancias del principio de legalidad» (*les adaptations aux circonstances du principe de légalité*).

[575] *Vid*. el punto IV del presente capítulo.

[576] Con carácter reciente, *vid*., para una visión general, ZILLER, J., *Droit d'exception, une perspective de droit comparé*, 1ª ed., EPRS – Service de recherche du Parlament européen, Bruselas, 2021.

[577] LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1973, pág. 268. Más recientemente, también DEBBASCH y COLIN, *Droit Administratif* (*cit.*), pág. 122.

1.- LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES: EL ESTADO DE SITIO Y LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La Constitución francesa de 1958 prevé dos tipos de instituciones de Derecho de necesidad: el estado de sitio (*ètat de siége*) y la habilitación general en favor del Presidente de la República en el artículo 16 para dictar medidas extraordinarias.

El estado de sitio se recoge de forma sucinta en el artículo 36 del texto constitucional galo, que proclama que «será decretado en el Consejo de Ministros», añadiendo que su extensión más allá de doce días habrá de ser autorizada por el Parlamento. Su configuración es el resultado de un proceso histórico complejo, que hunde sus raíces en las Leyes sobre el estado de sitio de 1849 y 1878[578]; hoy regulado en los artículos L2121-1 a L2121-8 del Código de Defensa (*Code de la défense*), aprobado por la ordenanza nº 2004/1374, de 20 de diciembre, ratificada por la Ley nº 2005/1550, de 12 de diciembre.

Estamos ante un estado excepcional de carácter militar que únicamente puede ser declarado en caso de «peligro inminente resultante de una guerra extranjera o de una insurrección armada» (artículo L2121-1). Sus efectos son claros: se transfiere a una autoridad militar la gestión de la situación; se extienden los poderes de policía ejercitables durante tal contexto; y, en tiempos de guerra, se activa la posibilidad de recurrir a la jurisdicción castrense[579]. Bajo el texto de 1958 nunca ha sido utilizado, debiendo de remontarnos a la Segunda Guerra Mundial para concretar su última activación[580].

El segundo supuesto es sustancialmente distinto. El artículo 16 de la Constitución de 1958 autoriza al Presidente de la República Francesa para dictar las «medidas exigidas por las circunstancias» (*mesures exigées par ces circonstances*), en

[578] Del recurso al «estado de sitio ficticio» –ejercido *de facto* desde los albores de la Revolución Francesa– se pasaría a la previsión de una Ley sobre tal estado en el artículo 106 de la Constitución de 1848; precepto que cristalizaría en la *loi sur l'ètat de siége* de 9 de agosto de 1849, dando cobertura jurídica a la precitada técnica. Esta norma –dictada al albur de las jornadas revolucionarias del año anterior– se verá complementada posteriormente con la Ley de 3 de abril de 1878. Sobre el tema, en castellano, es fundamental en nuestro idioma CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de sitio y la Constitución*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 302-319 y 367-398, respectivamente.

[579] WALINE, *Droit administratif* (*cit*.), pág. 365.

[580] Distinta es la «declaración de guerra» (*déclaration de guerre*) a la que se refiere el artículo 35 de la Constitución, cuya previsión se limita a exigir la preceptiva autorización parlamentaria para su ejercicio y que –al contrario que el «estado de guerra» de nuestro constitucionalismo histórico– se refiere a supuestos de conflicto bélico internacional, esto es, en el extranjero.

aquellos casos en los que «las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus obligaciones internaciones sean amenazadas de una manera grave e inmediata y que el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales sea interrumpido»[581].

Esta previsión –claramente inspirada en el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar– aparece como «un supuesto auténtico de dictadura constitucional»[582], pudiendo dictar el Jefe del Estado en tales situaciones genuinas «ordenanzas» (*ordonnances*), manifestación de esas «medidas» previstas por el precepto. El artículo únicamente ha sido activado en una ocasión: durante la guerra de Argelia para hacer frente a la rebelión de los Generales, aunque solapándolo con otros instrumentos de Derecho de necesidad[583]. En efecto, tras el *Putsch*, el 23 de abril de 1961, el –por entonces Presidente de la República– General De Gaulle, activó el artículo 16 de la Carta Magna, desplegando sus poderes hasta el 29 de septiembre del mismo año.

La naturaleza jurídica de las «ordenanzas» emitidas fue discutida en su momento por la doctrina francesa[584], arrojando el *Conseil d'Etat* algo de luz sobre la materia –con motivo de la fiscalización de las actuaciones realizadas durante el aducido conflicto bélico– en su *arrêt* de 2 de marzo de 1962 (*Sieur Rubin de Servens et autres*), destacando que su posición ordinamental dependerá del ámbito material de su actuación: si las ordenanzas del Presidente inciden sobre materias relativas a la Ley, entonces tendrán carácter legislativo; y, si lo hacen sobre materias reservadas al reglamento, entonces adaptarán su forma, en congruencia con los artículos 34 y 37 del texto constitucional[585]. Su fiscalización, pues, dependerá de lo anterior.

[581] Sobre este precepto, *vid*., LAMARQUE, J., «La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1961, págs. 558 y ss.; LEROY, P., *L'organisation constitutionnelle et les crises*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1966, especialmente, págs. 169 y ss.; SAINT-BONNET, Y., «Réflexions sur l'article 16 et l'ètat d'exception», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, núm. 5/6, 1998, págs. 1699 y ss.; o, en fin, PLATON, S., «Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2008/5 (HS núm. 2), págs. 97 y ss. Puede también verse una panorámica general del precepto en cualquier manual de Derecho público.

[582] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada*… (*cit*.), págs. 96-97.

[583] Concretamente, con el estado de urgencia. Así con los dos Decretos de 23 de abril de 1961, o con la prórroga del estado de urgencia por Decreto de 24 de abril de 1961; prórroga que se realizó «hasta nueva orden» y por el Jefe de Estado, contradiciendo directamente la misma ordenanza de 15 de abril de 1960.

[584] *Vid*. *infra*, el punto IV.1 del presente capítulo.

[585] La cuestión es, no obstante, algo más compleja. El Consejo de Estado distingue nítidamente entre dos momentos, como recuerda WALINE, *Droit administratif* (*cit*.), págs. 364-365. Primero en relación a la activación del artículo 16 por parte del Presidente, esto es, la «decisión» de recurrir a estos poderes

Las actuaciones del Presidente no son ilimitadas. El artículo 16 previó –desde su originaria redacción– la exigencia de una consulta previa a su activación al Primer Ministro, a los Presidentes de las Asambleas y al Consejo Constitucional. Este requisito se consideró insuficiente por la literatura jurídica, planteándose diversos intentos de reforma que cristalizaron finalmente en la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, que añadiría un nuevo párrafo[586].

En éste se indica que, transcurridos treinta días de aplicación, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores pueden incoar una acción ante el Consejo Constitucional para que confirme si se mantienen las condiciones de activación del precepto. Ahora bien –y pese a que este control es automático pasados sesenta días de ejercicio de los poderes– la intervención del Consejo Constitucional sigue siendo un tanto restringida, puesto que únicamente emite un dictamen consultivo (*avis*), sin poder poner fin por sí mismo a la aplicación del precepto[587].

Sea como sea, y pese a las diversas situaciones extraordinarias que han tenido que afrontarse en el país galo, el precepto no ha vuelto a ser activado.

2.- LAS PREVISIONES LEGALES: EL ESTADO DE URGENCIA Y EL ESTADO DE URGENCIA SANITARIA

Pese a que –como se ha podido advertir– la Constitución de la V República sólo reconoce un tipo de estado excepcional –el «estado de sitio»– lo cierto es que, por vía legislativa, se ha desarrollado otro adicional: el estado de urgencia (*l'état d'urgence*).

excepcionales, la cual se entiende, por el Consejo de Estado, como un verdadero acto de gobierno, no susceptible por ello de fiscalización jurisdiccional. El segundo momento es ya relativo a las actuaciones realizadas por el Presidente una vez activada la cláusula del artículo 16, esto es, las «medidas» desarrolladas por el Jefe del Estado, cuya naturaleza responde a la división material antes aludida. Así, en el precisado *arrêt*, el Presidente creaba un Tribunal Militar especial por medio de ordenanza, instituyendo un nuevo orden jurisdiccional y modificando las reglas del proceso penal. El Consejo de Estado consideró que por ello se había entrado en el núcleo de materias correspondiente a la Ley (artículo 34) y que, *por ende*, estábamos ante una actuación legislativa.

[586] La reforma es el resultado histórico de distintos intentos previos, que se remontan a los años setenta. De hecho, en 1993, bajo el Gobierno de Bérégovoy, se llegó incluso a presentar un proyecto de reforma constitucional en el Senado, con el objeto de resultar en la supresión del precepto, si bien la falta de mayoría en la Cámara truncó su eliminación.

[587] Sin embargo, no ha de minusvalorarse el alcance del dictamen del Consejo de Constitucional. Como recuerda GARRIDO LÓPEZ, C., *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 65-66, el *avis* es público, por lo que desligarse de su letra implicaría una cierta deslegitimación del Presidente. Además, podría llevar también aparejada responsabilidad penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución y de la Ley orgánica núm. 2014-1392, de 24 de noviembre, que lo desarrolla.

Tal institución se crea –sin fundamento constitucional alguno– a través de la Ley de 3 de abril de 1955, relativa al estado de urgencia, como consecuencia de considerarse que la guerra de Argelia no cumplía el presupuesto habilitante para la activación del «estado de sitio», único estado excepcional por entonces reconocido en la Constitución de 1946[588].

Pese a que el texto constitucional de 1958 no recogió la figura, lo cierto es que se mantuvo –modificándose incluso en 1960[589]– consolidándose como un estado excepcional de carácter civil contrapuesto al estado de sitio, de corte militar[590]. Su regulación no se encuentra en el Código de la defensa, puesto que éste se limita a remitirse –en su artículo L2131-1– a la precitada Ley de 1955, hoy en vigor y que –tras múltiples reformas– recoge su entero régimen jurídico.

Su activación se produce a través del Consejo de Ministros, que lo declara, siendo preciso que estemos ante una situación en la que exista –indica el artículo 1 de la Ley– un «peligro inminente consecuencia de serias alteraciones del orden público o de eventos tales que, por su naturaleza o severidad, constituyan calamidades públicas». Su duración no puede exceder de doce días y, al igual que ocurre con el estado de sitio, puede extenderse más allá por medio de una autorización parlamentaria. Los poderes previstos en la Ley son realmente amplios, pudiéndose desplegar únicamente algunos de ellos, así como acotar el ámbito territorial de aplicación[591].

El estado de urgencia ha sido activado en varias ocasiones durante la indicada guerra de Argelia (1955, 1958, 1961), así como para hacer frente a los movimientos secesionistas de Nueva Caledonia (1985), a los altercados en los suburbios parisinos (2005) o, por último, con motivo de los ataques terroristas desde el año 2015 hasta noviembre de 2017. Su ausencia de previsión en el texto de 1958 ha sido criticada, habida cuenta de los extensos poderes que atribuye a las autoridades competentes para

[588] Para ver un análisis del «estado de urgencia» en el Derecho francés, *vid*. ROLIN, F., «L'état d'urgence», en MATHIEU, B. (Dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, 1ª ed., Dalloz, París, 2008, págs. 611 y ss.; o, *in extenso*, BEAUD, O., y GUÉRIN-BARGUES, C., *L'état d'urgence. Un étude constitutionnelle historique et critique*, 2ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2018.

[589] Tal texto se dicta al amparo de la Ley de 4 de febrero de 1960, así como de los artículos 34 y 38 del texto constitucional, permitiendo al Gobierno el desarrollo de ciertas medidas para lograr el restablecimiento del orden y la paz en Argelia.

[590] CHAPUS, *Droit administratif…* (*cit.*), pág. 1086.

[591] La literatura jurídica francesa ha destacado incluso que estos poderes fueron, en su momento, incluso mayores que los atribuidos a las autoridades militares en estado de sitio, como recuerda ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 141-143.

actuar, lo que ha provocado varios intentos de constitucionalización, siendo especialmente destacable el intento realizado con el Proyecto de Ley constitucional de protección de la Nación, de 23 de diciembre de 2015, que, sin embargo, no llegó a ver la luz[592].

Por otro lado, la crisis del coronavirus iba a traer aparejada la creación de un nuevo estado excepcional de cuño legal: el «estado de urgencia sanitaria» (*état d'urgence sanitaire*)[593]. Ahora bien, aunque su origen y configuración responden a un contexto muy concreto –la lucha contra la COVID-19– lo cierto es que ha terminado por modelar el ordenamiento francés, creando un instrumento general para poder combatir con él las crisis sanitarias graves que puedan aparecer en un futuro[594].

Pese a la pluralidad de poderes de excepción existentes en el país galo, las primeras medidas contra la pandemia se tomaron a través de actuaciones del Ministro de Sanidad, habilitado a través de una «cláusula general» sita en el artículo L3131-1 del Código de Salud francés (*Code de la Santé Publique*, en adelante CSP)[595]. Se dicta así la orden (*arrêté*) del Ministro de Sanidad de 14 de marzo de 2020, que prohibiría la apertura de establecimientos tales como centros comerciales, restaurantes, cines o museos, las reuniones y actividades que implique más de cien personas o, en fin, se suspenden las clases presenciales, incluida la educación universitaria. Las medidas se verán acompañadas de otras dictadas con idéntico fundamento legal pero combinado con la doctrina jurisprudencial de las «circunstancias excepcionales» a la que enseguida nos referiremos[596].

---

[592] A raíz, precisamente, de los atentados terroristas y de la activación de tal estado excepcional. Al respecto, *vid*. PIERRE-CAPS, S., «El fracaso del proyecto de ley constitucional 'de protección de la Nación' para incluir en la Constitución francesa el estado de urgencia y la privación de la nacionalidad», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.

[593] Al efecto, en nuestro idioma, *vid*., SANTAMARÍA DACAL, A. I., «COVID y Derecho público en Francia: un 'estado de urgencia sanitario' bajo control judicial», en BLANQUER CRIADO, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 185-205; ALCARAZ, H., «El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?, en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021; o, en fin, PIERRE-CAPS, S., «Constitución francesa y derecho de excepción», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, especialmente págs. 120 y ss.

[594] Este doble propósito doble de la Ley sobre el estado de urgencia sanitaria –de combatir la COVID-19 pero también de servir de estado excepcional en un futuro– puede extraerse de su articulado, como recuerda ALCARAZ, «El estado de emergencia en Francia… (*cit*.), pág. 2.

[595] Sobre esta cláusula, *vid*., el punto IV.2 del presente capítulo.

[596] *Vid*. el punto III.3 de este capítulo. Las actuaciones –de acuerdo con la dicción del precepto– debían haber sido dictadas por el Ministro de Sanidad. Destaca el Decreto 2020-260, de 16 de marzo, por el que

Sin embargo, los poderes públicos franceses consideraron insuficientes –o improcedentes– los distintos medios previstos en la normativa ordinaria y de excepción francesa y decidieron impulsar la aprobación de una Ley *ad hoc* que dotase de mayores garantías –principalmente, de corte parlamentario– a las medidas que, se preveía, tendrían que dictarse las ¡ semanas que estaban por venir[597]. Esta norma es la Ley nº 2020-290, de 23 de marzo de 2020, de urgencia para hacer frente a la epidemia de COVID-19 (*Loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*). Con ella se crea el aducido «estado de urgencia sanitaria» y se modifica el precitado CSP para insertar en él los artículos L3131-14 a L3131-12, delimitadores de su régimen jurídico. La propia norma establece que este nuevo estado excepcional no sustituye a los poderes de necesidad antes mentados –esto es, las previsiones contenidas en el propio CSP y, especialmente, el artículo L3131–, sino que los complementará[598].

En sentido similar a los estados de sitio y de urgencia, el estado de urgencia sanitario se declara por el Consejo de Ministros (*ex* artículo L3131-13), en aquellos casos en los que –de acuerdo con el artículo L3131-12– «un desastre sanitario ponga en peligro, por su naturaleza y gravedad, la salud de la población». Una vez activado, se habilita al Primer Ministro a dictar una serie de medidas «estándar» –un elenco tasado– que queda complementado por una cláusula general de cierre en el artículo L3131-15, apartado 10[599]. El mismo 23 de marzo –día de aprobación de la indicada Ley– se dicta el Decreto 2020-293, que no hace sino secundar las medidas adoptadas las actuaciones

se establece el régimen de confinamientos en Francia, así como el Decreto 2020-279, de 19 de marzo, modificativo del anterior, por el que se termina de delimitar el régimen de excepciones admitidas para el ejercicio de la libertad de circulación.

[597] Se consideró que la cláusula general del artículo L3131-1 CSP «no parecía constituir una base suficiente para que el Ministro de Sanidad decretarse el confinamiento total de la población», y ello pese a su conexión con la teoría de las circunstancias excepcionales puesto que «esta fundamentación no podía orecer una seguridad jurídica comparable a la creación parlamentaria de un régimen legislativo específico con normas de orden público concretas para una categoría particular de crisis sanitaria», como recuerda ALCARAZ, «El estado de emergencia en Francia… (*cit.*), pág. 5.

[598] La norma ha sido modificada en múltiples ocasiones con objeto de dar de mayor perfilamiento al régimen jurídico del nuevo estado excepcional, habiendo tenido ocasión, además, de pronunciarse el Consejo Constitucional francés de pronunciarse sosteniendo que todas ellas –en términos generales– eran conformes a la Constitución (*vid*., entre otras, la decisión nº 2021-819 DC, de 31 de mayo de 2021, sobre la Ley nº 2021-689, de 31 de mayo, relativa a la gestión de la salida de la crisis sanitaria; decisión 2022-840 DC, de 30 de julio de 2022, sobre la Ley nº 2022-1089, de 30 de julio de 2022, por la que se pone fin a los regímenes de excepción creadas para luchar contra la epidemia vinculada a la COVID-19).

[599] El estado de urgencia sanitaria quedó –no obstante– declarado directamente por imperio de la propia Ley (*ex* artículo 4). *A priori*, no parece haberse producido un cambio sustancial, dado que se ha transitado de una cláusula general a otra. La diferencia radica en que, bajo el nuevo estado excepcional, se dictan las medidas por el Primer Ministro –y no ya por el Ministro de Sanidad–, así como en el hecho de que las actuaciones dictadas en el marco del nuevo estado excepcional se establece un mayor control parlamentario. Se busca, en definitiva, dotar de mayor legitimidad a las medidas.

firmadas por el Primer Ministro (Decretos 2020-279 y 2020-290) y establece alguna restricción adicional.

Aunque la creación de un nuevo estado excepcional legal como el esbozado ha sido objeto de algunas críticas, especialmente a la luz de los controles que ofrece el estado de urgencia «tradicional»[600], lo cierto es que la preocupación de los poderes públicos franceses por tratar de dotar de mayores garantías y controles a unas medidas tan intensas como las desplegadas –especialmente a la luz de la experiencia de otros países y, singularmente, del nuestro– debe ser ciertamente aplaudido[601].

3.- LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

La «teoría de las circunstancias excepcionales» (*théorie des circonstances exceptionnelles*) se erige como una doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual los poderes públicos pueden actuar en ausencia de habilitación legal o constitucional para hacer frente a una situación excepcional o de crisis[602]. Esta teoría se distingue –recuerda LAUBADÈRE– del resto de instituciones de Derecho de necesidad en el hecho de que tales intervenciones tendrán carácter *extra* y *contra legem*[603].

[600] Un resumen en PLATON, S., «From One State of Emergency to Another–Emergency Powers in France», en *www.verfassungsblog.de*, 9 de abril de 2020.
[601] Sobre el tema, BARNÉS VÁZQUEZ, J., «La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19», en *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, págs. 101-139, posteriormente actualizado y publicado como «La alarma *vs*. Legislación ordinaria contra pandemias en perspectiva comparada», en VV. AA., *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, págs. 155 y ss.
[602] Sobre el tema, *vid*., BIRAT, M.-P, *La théorie des circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence du Conseil d'État,* Poitiers, 1950 (Tesis); FAHMY-MEDANY, M. A. Z., *La théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif français et égyptien*, Université de París, 1954 (Tesis); MATHIOT, A., «La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public», en *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, 1ª ed., París, L. R. Sirey, 1956, págs. 413-428; NIZARD, L., *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la legalité*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1962. Un resumen de esta doctrina, de su acervo jurisprudencial, así como de su evolución, puede verse en nuestro idioma ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs. 101 y ss. Con carácter más reciente, BENEDETTI, A., y FOULON, C. L., *L'ordre républicain dans les circonstances exceptionnelles*, 1ª ed., Económica, París, 2015, así como –en general– cualquier manual de Derecho administrativo francés, que suele tratar la cuestión junto con otros temas relativos a la flexibilización del principio de legalidad, como podrá advertirse a lo largo de la exposición. Por último, ya en perspectiva con otras instituciones de Derecho de excepción y con carácter reciente, *vid*., también, ZILLER, *Droit d'exception…*(*cit*.), especialmente págs. 26 y ss.
[603] LAUBADÈRE, *Traité…* (*cit*.), pág. 268.

A).- NATURALEZA JURÍDICA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

La teoría se fundamenta en la idea de que, ante situaciones de crisis, los poderes públicos pueden actuar incluso contraviniendo la legalidad vigente. La ausencia de previsión en una Ley del presupuesto de hecho no es óbice para que la autoridad actúe, puesto que rige –en estos casos– el «principio de necesidad», como fundamento de actuación. Se configura así por ello como una «teoría fáctica de la necesidad», en contraposición a las de carácter «jurídico», en las que las actuaciones a dictar se encuentran previstas por el Derecho positivo[604].

La literatura jurídica francesa, además, sostiene que su configuración no responde a una potestad general de los poderes públicos de actuar desligados de la normativa, sino que, más bien, estamos ante un genuino deber de las autoridades de intervenir ante situaciones de crisis[605]. Adicionalmente, y pese al carácter *contra legem* de estas actuaciones, la doctrina reciente suele defender que no se produce una quiebra o derogación del principio de legalidad. Al contrario, lo que acontece es únicamente una situación en la que «la legalidad normal es sustituida por una legalidad ampliada (*legalité élargie*), menos exigente, una legalidad de circunstancias excepcionales, cuyo contenido y límites aprecia el propio juez»[606].

Esta configuración explica el paulatino ámbito de aplicación de la teoría jurisprudencial. Su origen se encuentra en la Primera Guerra Mundial; acontecimiento que pondría de manifiesto en Francia la insuficiencia del «estado de sitio» –previsto en las decimonónicas Leyes de 1849 y 1878– para afrontar las distintas realidades del conflicto bélico. Ante tal contexto, los poderes públicos galos se verían obligados a

[604] ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 51 y ss.
[605] LAUBADÈRE, *Traité…* (*cit.*), pág. 269, recuerda que su fundamento se encuentra en los «deberes generales de las autoridades administrativas» (*devoirs généraux des autorités administratives*).
[606] GAUDEMET, *Droit administratif* (*cit.*), pág. 133, que insiste precisamente en que este control es lo que distingue a esta teoría de la de los actos de gobierno. La posición mayoritaria entiende que, con la aplicación de esta doctrina jurisprudencial, no se produce una violación o ruptura del principio de legalidad, sino, más bien, una adaptación a la situación concreta: LAUBADÈRE, *Traité…* (*cit.*), pág. 271, la califica de «correctivo» del principio de legalidad, o WALINE, *Droit administratif* (*cit.*), pág. 370, entiende que estamos ante «atenuaciones» del anterior. *Cfr.*, DEBBASCH y COLIN, *Droit Administratif* (*cit.*), pág. 122, para quienes –más bien– estamos ante «derogaciones del principio de legalidad» (*dérogations au principe de légalité*).

actuar sin habilitación legal alguna, impulsándose así una reacción doctrinal y jurisprudencial que terminó por configurar la «teoría de los poderes de guerra»[607].

En la doctrina gala se desempolvarán las viejas tesis alemanas del «Derecho de necesidad» –*Droit de nécessité*; trasunto del germánico *Notrecht*– y del «estado de necesidad» –*état de nécessité*; también heredero del *Notstand*–, como medio para dar explicación a una situación en la que –se insiste– las autoridades competentes realizaban actuaciones netamente contrarias a la Ley, aunque exigidas por la situación[608]. Por su parte, el Consejo de Estado francés –aunque con algún precedente[609]– justificaría tales actuaciones en un acervo jurisprudencial que sería ampliamente discutido por los tratadistas de la época (fundamentalmente, desde el *arrêt Heyriès,* de 28 de junio de 1918)[610].

[607] A tal efecto, *vid*., BARTHÉLEMY, J., «Le droit public en temps de guerre. Notes de droit public», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, artículos publicados en los números de 1915, págs. 134-162, 310-359 y 545-575, 1916, págs. 73-119 y 552-586, y, en fin, de 1917, págs. 146-151. También son especialmente relevantes las reflexiones de JÈZE, G., «L'executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Suisse», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1917, págs. 224 y 404 y ss., y, en el mismo número y revista, «L'executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Anglaterre»», págs. 14, 433, 553 y 404 y ss., así como «L'executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Italie», págs. 209 y ss.

[608] Tales nociones fueron ampliamente estudiadas durante el periodo de entreguerras –entre otros, JÈZE, DUGUIT, BARTHÉLEMY, CARRÉ DE MALBERG, etc.–, siendo desarrollada, especialmente, a raíz de la literatura y jurisprudencia suiza sobre los poderes de guerra, teniendo un importante influjo en su momento la obra de HOERNI, H., *De l'état de nécessité en droit public federal suisse. Etude juridique sur les pleins pouvoirs en Suisse*, 1ª ed., Soc. gén. d'impr., Ginebra, 1917. Es imprescindible, en este punto –además de las referencias bibliográficas de los autores indicados a lo largo de este capítulo– CAMUS, *L´état de nécessité…* (*cit*.). Más cercano en el tiempo, *vid*., TROPER, M., *Le droit et la nécessité*, 1ª ed., Presses Universitaires de France, París, 2011. Una panorámica sobre la doctrina y la jurisprudencia de por entonces, puede verse en SAINT-BONNET, F., «L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception», en *Jus Politicum*, núm. 15, 2016.

[609] A través de la noción de urgencia (*urgence*) el Consejo de Estado admitió la posibilidad de que se prohibiese una manifestación que, en condiciones normales, no se habría podido prohibir (*arrêt Abbé Olivier*, de 19 de febrero de 1909) o de actuar sin fundamento legal frente a una huelga de funcionarios (*arrêt Winkel*, de 7 de agosto de 1909), entre otras resoluciones.

[610] La decisión trae causa del Decreto de 10 de septiembre de 1914, por el que se suspendía la aplicación a los funcionarios civiles de un precepto legal –el artículo 65 de la Ley de 22 de abril de 1905– que obligaba a informar a éstos, antes de adoptar una medida disciplinaria, de cualquier expediente que se abriese contra ellos. El precitado Decreto fue impugnado por un funcionario –el señor Heyriès, que había sido destituido sin tal informe– ante el Consejo de Estado, desestimando éste la demanda por entender que la presencia de circunstancias excepcionales permitía suspender un texto legal a través de un mero Decreto; circunstancias que, a juicio del órgano jurisdiccional, eran una extensión de los poderes otorgados al Presidente de la República por el artículo 3 de la Ley de 25 de febrero de 1875, relativa al estado de sitio, para «supervisar y asegurar la ejecución de las leyes». Sobre esta resolución, *vid*., HAURIOU, M., «Pleins pouvoirs du gouvernement pendant la guerre et droit à la communication du dossier. Note sous Conseil d'Etat, 28 juin 1918, Heyriès, S. 1922.3.49», en *Revue générale du droit on line*, núm. 15499, 2015, (consultable en: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15499). Otras decisiones importantes fueron las de *Dames Dol et Laurent*, de 28 de febrero de 1919 o *Société des établissements Saupiquet*, de 1 de agosto de 1919. El contexto de bélico reaparece con la Segunda Guerra Mundial,

La teoría de los poderes de guerra se ampliaría pronto a otros supuestos, dando forma paulatinamente al acervo jurisprudencial de las «circunstancias excepcionales». Para el *Conseil d'État*, no sólo el conflicto bélico permitiría actuar *contra legem*, sino también otros muchos supuestos: el aseguramiento de los servicios públicos esenciales a nivel nacional o local (*arrêt Société Saupiquet*, de 1 de agosto de 1919); el mantenimiento del orden público (*arrêt Couitéas*, de 30 de noviembre de 1923); la amenaza de una huelga general (*arrêt Jarrigion*, de 18 de abril de 1947); o, también, los fenómenos de carácter natural, como la erupción de un volcán (*arrêt Rodes*, de 18 de mayo de 1983)[611]. Más aún, con carácter reciente esta misma doctrina jurisprudencial se volvió a activar durante los primeros días de la pandemia motivada por la COVID-19 (decisiones 439800, 439818 y 439855, de 22 de diciembre de 2020, del Consejo de Estado) y en relación con las actuaciones presidenciales previas a la aprobación de la Ley del estado de emergencia sanitaria y a las que antes nos hemos referido[612][613].

En definitiva, la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales se encuentra plenamente consolidada en el Derecho público francés, admitiéndose

volviéndose a hacer uso de esta teoría jurisprudencial, por ejemplo, con motivo de dotar a la Administración de los recursos financieros necesarios (entre otros, *arrêt Lecocq*, de 7 de enero de 1944).

[611] La doctrina jurisprudencial en la materia es muy amplia y diversa, habiéndose indicado únicamente algunas de las decisiones más relevantes. En cualquier caso, pueden consultarse en LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P, y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23ª ed., Dalloz, París, 2021, así como –en una edición traducida a nuestro idioma– en *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés*, 1ª ed., Boletín Oficial del Estado-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

[612] El Decreto 2020-260, de 16 de marzo (*Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19*) –como sostuvo parte de la doctrina– debía haber sido dictado, de conformidad con lo previsto en el artículo L3131-1 del Código de la Salud Pública, por el Ministro de Sanidad y no por el Primer Ministro. El Decreto, que establecía el régimen de confinamiento domiciliario en Francia, fue impugnado aduciendo –entre otras cuestiones– exceso de poder e incompetencia del Primer Ministro para actuar, si bien el Consejo de Estado entendió que aquél puede «en virtud de sus propias competencias, dictar las medidas de policía (*mesures de police*) aplicables a la totalidad del territorio, en particular en caso de epidemia como la de la covid-19», habiendo de atenderse en este supuesto «a las circunstancias excepcionales en las cuales se adoptó el Decreto impugnado» *(aux circonstances exceptionnelles dans lesquelles a été adopté le décret attaqué*), por lo que no resultaba su emisión desproporcionada a la situación existentes pese a la gravedad de la injerencia en la libertad de circulación, así como en otros derechos.

[613] El Consejo Constitucional francés ha recogido también esta teoría. *Vid*., entre otras, la decisión 98-403, de 29 de julio de 1998, apartado 46. Es destacable que –en sentido similar– ha perfilado la noción de «circunstancias particulares» (*circonstances particulières*), trasunto de las anteriores: *v. gr*., *vid*., la decisión del *Conseil Constitutionnel*, n.º 2020-799 DC, de 26 de marzo de 2020, que –pronunciándose sobre la quiebra del procedimiento prevista en el artículo 46.2 de la Constitución francesa para la aprobación de Leyes orgánicas– consideró que la aprobación de la Ley orgánica n.º 2020-365, de 30 de marzo, de urgencia para hacer frente a la epidemia de COVID-19 sobre el funcionamiento de las jurisdicciones era constitucional; decisión que –como era esperable– fue criticada por la doctrina, así ALCARAZ, «El estado de emergencia en Francia… (*cit*.), pág. 15. *Vid*., también, CHARITÉ, M., «La théorie des 'circonstances particulières' dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en *Revue des droits et libertés fondamentaux*, núm. 41, 2020, quien niega la equiparación directa entre las «circunstancias excepcionales» y las «circunstancias particulares».

abiertamente la configuración *contra legem* de las medidas a dictar y su coexistencia con el principio de legalidad[614], así como el carácter amplio de su ámbito de aplicación, consolidado ya en una configuración que –recuerda WALINE– rige tanto para tiempos de guerra como para tiempos de paz[615].

B).- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS

Las actuaciones de las autoridades administrativas dictadas con fundamento en la teoría de las circunstancias excepcionales responden a la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado francés; doctrina que –pese a su carácter eminentemente casuístico– ha permitido ordenar y sistematizar a la literatura jurídica las exigencias para proceder a su recurso, los tipos de medidas a dictar y sus efectos, así como, por último, los parámetros de control.

En lo que concierne a los requisitos, la jurisprudencia entiende que son –en todo caso– tres: la existencia de una situación extraordinaria; la imposibilidad de responder de acuerdo con los medios ordinarios o normales; y, por último, la preservación de un interés general que justifique la actuación[616]. A ellas se ha de añadir –como no podría ser de otro modo– la necesidad de que las medidas dictadas sean temporales, perdiendo así su eficacia una vez las circunstancias excepcionales hayan cesado (*arrêt Delle Idessesse* de 19 de mayo de 1944).

Por otro lado, la posibilidad de dictar cualesquiera tipos de medidas que alteren –con carácter coyuntural– la legalidad vigente no implica que estemos ante actuaciones no reconducibles a las categorías clásicas del Derecho administrativo. La literatura jurídica ha destacado que las autoridades competentes pueden emitir distintas «medidas» (*mesures*), que se traducen tanto en «decisiones individuales» (*décisions individuelles*) –actos administrativos– como en «reglamentos» (*règlements*)[617]. Ahora

[614] La literatura jurídica francesa recalcó a mediados del siglo pasado la fundamental diferencia existente entre la doctrina alemana del *Staatsnotrecht* y la *théorie des circonstances exceptionelles* francesa: mientras en la primera se producía la abdicación del Derecho ante la fuerza, en la segunda no cesa el principio de legalidad –ni, en fin, el Derecho en sentido amplio–, sino que únicamente se «flexibiliza» ante la situación excepcional. Un resumen de esta comparativa puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 91, y ss.

[615] WALINE, *Droit administratif* (*cit.*), págs. 371-372.

[616] CHAPUS, *Droit administratif…* (*cit.*), pág. 1087-1088.

[617] NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles…* (*cit.*), págs. 163 y ss., analiza también la jurisprudencia del Consejo de Estado al efecto, recordando como «dos buenos ejemplos» de utilización de medidas reglamentarias el *arrêt Sellier*, de 5 de diciembre de 1941 y *arrêt Syndicat patronal de la boulangerie de Paris*, de 14 de mayo de 1920

bien, el dictado de un reglamento –de acuerdo con los requisitos advertidos– ha de entenderse como estrictamente necesario para hacer frente a la situación de crisis. Es decir, que, si la emisión de un acto administrativo permite confrontar el contexto excepcional, el dictado de un reglamento no será posible, dado que la atribución de poderes a la Administración es, en este segundo supuesto, mucho más amplia[618].

Independientemente de su manifestación jurídica los efectos de tales actuaciones son de carácter similar. Recuerda la doctrina más reciente que la aplicación de esta teoría jurisprudencial dispensa a la autoridad competente de observar las reglas legales que, en situaciones ordinarias, supeditan su actuación. Esto no sólo aplica a las reglas de competencia –pues la autoridad podrá actuar entrando en ámbitos competenciales que le son ajenos–, sino también a las de forma y procedimiento –omitiendo o simplificando los trámites legalmente exigidos–, así como las reglas de fondo, dado que, en definitiva, puede desplegar medidas que realicen importantes injerencias en las libertades públicas, aunque con estricto carácter temporal. Como contrapartida, la autoridad emisora de las medidas queda vinculada a la «legalidad de crisis», de tal suerte que, únicamente, podrá dictar las medidas y recurrir a los medios que sean precisos para hacer frente a la situación excepcional[619].

Por último, se ha de destacar que el control judicial sobre tales actuaciones es pleno. El órgano jurisdiccional podrá anularlas si considera que no concurrían las circunstancias excepcionales (presupuesto de hecho) o si entiende que las medidas y medios utilizados no fueron los correctos o excedieron del tiempo requerido (principio de proporcionalidad). Todos estos elementos serán analizados casuísticamente por el órgano jurisdiccional competente; quien, además, podrá señalar si –como correctivo– es preciso indemnizar a los afectados[620].

[618] NIZARD, *op. cit.*, págs. 170 y ss., indica que en el supuesto del acto administrativo se está admitiendo que una medida «ajena a la competencia de la Administración es necesaria», mientras que en el supuesto de una norma reglamentaria se está generando una «una ampliación de las facultades de la Administración» (*élargissement des pouvoirs de l'Administration*). Defiende por ello que la emisión de reglamentos sobre la base de la teoría de las circunstancias excepcionales sólo es admisible en tanto en cuanto sea realmente precisa una actuación normativa para confrontar la situación.

[619] WALINE, *Droit administratif* (*cit.*), pág. 372. Añade además que las actuaciones quedarán sometidas al régimen de responsabilidad administrativa.

[620] *In extenso*, sobre esta doctrina jurisprudencial, así como sus límites y requisitos puede verse, en nuestro idioma, LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ, GENEVOIS, *Jurisprudencia administrativa…* (*cit.*), págs. 261 y ss., como glosa al, tantas veces citado, *arrêt Heyriès* de 1918.

IV.- LA RECEPCIÓN Y ABANDONO DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» EN EL DERECHO FRANCÉS Y SU DESCONEXIÓN DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE NECESIDAD

Expuestos los distintos métodos e instituciones de Derecho de necesidad presentes en el ordenamiento jurídico francés resta por analizar la posición de la doctrina del reglamento de necesidad en el país galo. Ello se puede estructurar en dos puntos: su recepción –y posterior abandono por la literatura jurídica– y su posición actual en el Derecho francés.

1.- AUGE Y CAÍDA DE LA IDEA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD»: PINCELADAS HISTÓRICAS

Pueden, en este sentido, diferenciarse tres momentos diferenciados en los que –de algún modo– la doctrina del reglamento de necesidad se manifestó en este país.

A).- EL ARTÍCULO 14 DE LA *CHARTE* DE 1814

La Constitución francesa de 1814 señalaba en su artículo 14 que: «el Rey (…) dicta los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado» (*le roi (…) fait les règlements et ordonnances necessaires pour l'exécution des lois et la sûrete de l'État*). La referencia en el último inciso del precepto a la «seguridad del Estado» fue utilizada por el Monarca francés Carlos X para dictar sus conocidas «ordenanzas» (*ordonnances*) de 26 de julio de 1830, por las que, entre otras medidas, procedió a la disolución de la Cámara de los Diputados o a la suspensión de la libertad de prensa.

Tal activación tuvo como resultado la Revolución de Julio y a la redacción de una nueva Constitución en 1830, la cual establecería ya precisos límites al Monarca en el ejercicio de esta potestad excepcional, el antiguo artículo 14 pasaba a ser el 13, suprimiéndose la referencia a la «seguridad del Estado» y añadiéndose el inciso «in poder jamás ni suspender las Leyes ni dispensar de su ejecución» (*sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution*).

En cualquier caso, la importancia del artículo 14 de la *Charte* radica en que, tanto por su dicción como por su ejercicio práctico, la literatura jurídica de principios del siglo pasado discutiría la significación real del precepto.

Por un lado, la doctrina alemana mayoritaria de la época sostuvo que el precepto se erigía en la primera manifestación de una habilitación para dictar los tradicionales «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*), como potestad atribuida a los Monarcas prevista en los textos constitucionales germánicos decimonónicos[621]. En sentido similar se pronunciaron los autores españoles de principios de siglo[622]. Es decir, que tal facultad tenía su origen –al menos en sentido moderno– en Francia.

Por otro lado, es más difícil afirmar la presencia de una posición única en la literatura jurídica francesa de por entonces. Mientras algunos autores sostuvieron la tesis germana, otros defendieron que el último inciso no hacía sino atribuir un poder genérico de policía y no tanto una potestad regia como la prevista en las Cartas constitucionales alemanas[623]. Independientemente de optar por una tesis u otra, no puede desdeñarse el impacto de esta Constitución francesa de 1814 en el ulterior formación y desarrollo de los textos germánicos del siglo XIX[624].

B).- LA DOCTRINA DE LOS «PODERES DE GUERRA»: LAS ACTUACIONES *CONTRA LEGEM* DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Un segundo amago en la recepción de la doctrina del reglamento de necesidad lo encontraremos con motivo de la Primera Guerra Mundial. Como ha podido adelantarse,

---

621 Por todos, HANSEL, *Die Notverordnung nach deutschem Staatrechte* (*cit*.). *Cfr*. con FRIEDMAN, «Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen (*cit*.)», que defiende que este precepto del texto francés no contenía ningún poder dictatorial (*Diktaturgewalt*), ni tampoco habilitaba al Rey a dictar legislación provisional, sino que meramente autorizaba al Monarca a dictar medidas policiales para lograr la seguridad estatal. Pese a ello, entiende también que las Cartas alemanas del siglo XIX se inspiraron en este precepto para delimitar la figura de los reglamentos de necesidad.

622 ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1909-1910, pág. 44; y, también, GÜENECHEA, J. N., *Ensayo de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1915, pág. 61. Ambos autores aluden a este precepto como ejemplo de «ordenanzas de necesidad» recogidos en el Derecho positivo. Al efecto, *vid*., *infra*, en el capítulo primero de la parte segunda de esta obra.

623 BARTHÉLEMY, J., y DUEZ, P., *Traité de Droit Constitutionnel*, 9ª ed., Dalloz, París, 1933, págs. 242-243, analizan el precepto junto con los *Notverordnungen* alemanes bajo la rúbrica –de acuerdo con el índice onomástico– de «ordenanzas de necesidad» (*ordonnances de nécessité*) o de «peligro» (*ordonnances de détresse*), indicando que con ellas «se trataba pues, en casos de crisis, de prever el retorno al absolutismo» y añadiendo –en relación con las ordenanzas de 1930» que, aunque «culpables desde el punto de vista político, estas prácticas tal vez no fueron, *stricto sensu*, inconstitucionales». *Cfr*., con DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo III, 3ª ed., Boccard, París, 1930, especialmente, pág. 751, este precepto no habilitaba al Rey para dictar «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*), sino que únicamente le atribuía «el poder de dictar las ordenanzas de policía general, sin poder suspender o modificar las Leyes existentes»; añadiendo que el único texto constitucional francés que permitió la suspensión de ella misma y del poder legislativo fue la Constitución del año VIII en su artículo 92. La cuestión, no obstante, no parece estar cerrada, habida cuenta de la ambigüedad del precepto, como recuerda NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles…* (*cit*.), págs. 21 y ss.

624 Sobre el tema, *vid*., el punto I.1.A) del capítulo segundo de la primera parte de esta obra.

a raíz del conflicto bélico se dictarían numerosos Decretos sin habilitación legal alguna para afrontar la situación, lo que produciría una importante reflexión doctrinal y jurisprudencial[625].

Algunos de estos Decretos preveían expresamente la posterior intervención parlamentaria, precisamente con el objeto de ratificar una emisión que el propio Gobierno entendía difícilmente conciliable con las previsiones constitucionales; previsión que se llevó a la práctica a través de la efectiva convalidación parlamentaria de muchos de ellos[626]. No obstante, no todos los Decretos fueron ratificados, lo que llevaría a la impugnación de uno de ellos ante el *Conseil d'État* que –en su ya precisado *arrêt Heyriès* de 1918– confirmaría su adecuación a Derecho con fundamento en la –antes advertida– teoría de los poderes de guerra, que terminaría por consolidarse en la teoría de las circunstancias excepcionales.

Este caldo de cultivo en el que la jurisprudencia admitía la posibilidad de actuar ante situaciones extraordinarias sin habilitación jurídico-positiva alguna, llevaría a la literatura jurídica al análisis de nociones de marcada tradición germánica como el «estado de necesidad» (*état de nécessité*) y el «Derecho de necesidad» (*Droit de nécessité*), con el objeto de lograr una explicación o justificación de la precitada doctrina jurisprudencial[627]. Estas categorías –que permitían dotar de una cierta racionalidad jurídica a la situación de hecho– conducirían a la doctrina francesa de la época a otra institución germánica comúnmente anudada a las dos anteriores: el «reglamento» u «ordenanza» de necesidad (*Notverordnung*)[628].

[625] *Vid*., el punto III.3.A) del presente capítulo.

[626] Esta dinámica puede recordar a la de los Decretos leyes. Sin embargo, se ha de advertir que –a diferencia de otros países como Italia o España– los Decretos leyes no se conectarían durante el periodo de entreguerras con los reglamentos u ordenanzas de necesidad, sino, más bien, con el fenómeno de la delegación legislativa, terminando por consolidarse la expresión de «Decreto-ley» (*Décret-loi*) para aludir a este fenómeno desde 1924. *V.gr*., BARTHÉLEMY y DUEZ, *Traité…* (*cit.*), págs. 772, 779 y ss., tratando las «ampliaciones destacables de la potestad reglamentaria» –donde se incluyen los Decretos leyes y otras situaciones anómalas– no hacen uso de la expresión que nos ocupa.

[627] Es claro al efecto, CAMUS, *L´état de nécessité…* (*cit.*), pág. 246.

[628] Algunos autores omitieron la expresión, ciñéndose únicamente a la noción de «estado de necesidad». E incluso otros ni siquiera recogerán la anterior, sino que buscarán otras alternativas conceptuales, siendo especialmente interesante la posición de HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Librairie du Recueil Sirey, París, 1929, págs. 448 y ss., especialmente, pág. 452, quien prefiere hablar de «legítima defensa» (*légitime défense*), exponiendo también cómo este *pouvoir réglementaire das temps anormaux* permite incluso la posibilidad de que una Ley sea suspendida a través de un mero reglamento, como, efectivamente, admitió el Consejo de Estado francés en su –tantas veces citado– *arrêt Heyriès* de 1918.

Y es que, en clara traducción de la expresión alemana, algunos –como DUGUIT[629] o JÈZE[630]– hablarán de «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*), mientras que otros –como BARTHÉLEMY y DUEZ– preferirán la de «ordenanzas de necesidad» (*ordonnances de nécessité*) o de «peligro» (*ordonnances de détresse*)[631]. No obstante, otro sector doctrinal –como CARRÉ DE MALBERG[632] o ESMEIN y NÉZARD[633]– criticarán la aplicación de la institución al sistema galo[634].

Sin embargo, es DUGUIT quien desarrolla esta teoría de los «reglamentos de necesidad», indicando que es posible dictarlos pese a que no aparezcan previstos por el Derecho positivo, siempre que se den una serie de requisitos: la existencia de una guerra extranjera, una insurrección o una huelga general de funcionarios; la imposibilidad material de reunir al Parlamento; y, en fin, que el reglamento haya sido dictado con la intención de ser ratificado parlamentariamente en su primera reunión, siendo –además–

[629] DUGUIT, *Traité…* (*cit.*), págs. 177-178, comentando algunos Decretos dictados con motivo de la Primera Guerra Mundial sin base legal alguna, indica que «estos decretos eran ciertamente ilegales» y que «sin duda, se puede admitir, con rigor, la noción de reglamento de necesidad, es decir que en circunstancias graves el gobierno pueda dictar disposiciones por vía general que suspenden o modifican una ley formal». Puede verse el claro influjo alemán –con referencias incluso al artículo 48.2 de la Constitución de Weimar– en las páginas 748 y ss.

[630] JÈZE, G., «Actes de gouvernement et pouvoirs de guerre», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1924, pág. 595, y, también, posteriormente en *Principios generales del Derecho administrativo*, 1ª ed., Editorial de Palma, Buenos Aires, 1948 (traducción de la tercera edición francesa de 1925), págs. 427 y ss., recordando –en ambos sitios y con idéntica dicción– que «[e]stos *poderes de guerra* existen no sólo para las medidas *individuales* sino también para los actos reglamentarios (*reglamentos de necesidad*)» (la cursiva es suya).

[631] BARTHÉLEMY y DUEZ, *Traité…*(*cit.*), págs. 242-243, de nuevo, de acuerdo con el índice onomástico, estudiando la posibilidad de actuación sin fundamento jurídico positivo.

[632] Así, CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les donnès fournies par le Droit constitutionnel français*, Tomo I, Librairie de la société du Recueil Sirey, París, 1920, págs. 610-623, nota 24, págs. 682-683, nota 31, 683-689, nota 33, refiriéndose a ellas –en el índice onomástico– como «ordenanzas *llamadas* de necesidad» (*ordonnances dites de nécessité*), defendiendo las dificultades del encaje de tal figura en el sistema francés, dada la distinta configuración del sistema constitucional. Téngase en cuenta que el autor conocía la materia, como ejemplifica el tema de su tesis doctoral, así, *vid*., CARRÉ DE MALBERG, R., *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, 1ª ed., Rousseau ed., París, 1887.

[633] ESMEIN, A., y NÉZARD, H., *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Tomo II, 8ª ed., Recueil Sirey, París, 1928, págs. 99 y ss., analizando los «reglamentos de necesidad» –así como los requisitos exigidos por DUGUIT a los que enseguida nos referiremos– indican que «ninguna razón en derecho autoriza la extensión de estas disposiciones excepcionales a supuestos distintos de los expresamente previstos por el legislador (…) Nuestro derecho público no le confiere la prerrogativa con la que están investidos los jefes de los estados alemanes, de dictar los *Notverordnungen*» (la cursiva es suya).

[634] Una panorámica de la recepción –por estos autores– de la teoría alemana del Derecho de necesidad en la época puede verse en LAMARQUE, «La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 (*cit.*)», pág. 561 y ss., quien, además, categoriza a los autores entre aquellos que entienden que las actuaciones dictadas sin fundamento jurídico no son ilegales, puesto que la necesidad es fuente del Derecho («teorías jurídicas de la necesidad»), y quienes defienden que las actuaciones son, efectivamente, ilegales, pero que son excusables por razón de las circunstancias («teorías políticas de la necesidad»).

esta última exigencia «indispensable», pues esta es la prueba de que el Gobierno «no ha querido invadir el dominio legislativo»[635].

Las exigencias expuestas por el maestro francés probablemente respondan a un intento de justificar –más si cabe– la aducida teoría de las circunstancias excepcionales, dotando de un refuerzo de legalidad a los reglamentos dictados. Téngase en cuenta que, como se ha podido advertir, algunas de estas actuaciones abiertamente ilegales emitidas en el seno de la Gran Guerra fueron posteriormente «legalizadas» por el Parlamento[636], lo que llevará a la literatura jurídica de por entonces a criticar el hecho de que no siempre esta última exigencia sea requerida[637].

Ahora bien, la conexión de estas actuaciones sin fundamento legal o constitucional alguno con la noción de «reglamento» u «ordenanza» de necesidad terminará por desaparecer. Aunque, seguramente, fueron muchos y muy diversos los motivos que llevaron a la literatura jurídica francesa a desterrar la expresión, el principal fue, tal vez, la consolidación de la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales.

En efecto, si bien la doctrina del periodo de entreguerras reflexionó desde pronto sobre la posibilidad de aplicar distintas nociones germánicas para explicar las actuaciones de hecho de los poderes públicos ante situaciones de crisis, lo cierto es mostró cierta hostilidad respecto de su importación, por considerarlas incompatibles con el sistema democrático[638]. El posterior afianzamiento de la teoría jurisprudencial

[635] DUGUIT, *Traité…* (*cit.*), págs. 748 y ss., especialmente 753-754. En sentido similar, BARTHÉLEMY, y DUEZ, *Traité…* (*cit.*), págs. 244-245.

[636] El propio HAURIOU, «Pleins pouvoirs du gouvernement… (*cit.*)», anotando el *arrêt Heyriès*, de 28 de junio de 1918, destacaría que antes de la citada decisión se había extendido ya la opinión de que estas actuaciones debían, para ser válidas, o bien haber sido previstas por el legislador con carácter previo o bien haber sido validadas posteriormente por una Ley (*avoir été après coup validés par une loi*). En la práctica, muchos Decretos fueron convalidados a través de la Ley de 30 de marzo de 1915 y de la Ley de 27 de abril de 1916, relativa al funcionamiento y competencia de los tribunales en tiempos de guerra. El único que quedó por refrendar fue el Decreto de 10 de septiembre de 1914 y que dio lugar posteriormente al precitado *arrêt Heyriès*. *Vid*. sobre esta cuestión, ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., págs. 107 y ss.

[637] A tal efecto, CARRÉ DE MALBERG, *Contribution…* (*cit.*), págs. 683-689, nota 33, que no sólo critica la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino también el hecho de que estos Decretos puedan ratificarse –en términos estrictamente jurídicos– por la intervención parlamentaria. BARTHÉLEMY y DUEZ, *Traité…* (*cit.*), págs. 243-244, por su parte, critican también la construcción jurisprudencial advertida, aunque admiten, eso sí, la convalidación parlamentaria posterior. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel* (*cit.*), pág. 453, por su parte, sostiene que «lo cierto es que la extensión de los poderes del ejecutivo para tiempos de guerra, y también para tiempos de huelga, debe ser objeto de una ley establecida de antemano, previa invitación inserta en la constitución, del mismo modo que se hizo con la Ley de 1849 sobre el estado de sitio».

[638] CAMUS, *L´état de nécessité…* (*cit.*), págs. 44 y ss., recordando cómo muchos autores criticaron la recepción del estado de necesidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a raíz de la Primera

advertida tras la Segunda Guerra Mundial supuso dotar a tales actuaciones sin base legal de un respaldo o justificación de cariz jurídico, resultando por ello innecesario recurrir a construcciones doctrinales de tradición foránea y que dotaran de un encaje lógico-jurídico a la emisión de reglamentos ilegales.

Es decir, que –a diferencia de lo que sucederá en España o en Italia– la doctrina no se vería obligada a recurrir a conceptos o nociones extranjeras[639]. Y mucho menos a una –como el «reglamento de necesidad» proveniente de un país con el que habían librado dos guerras mundiales. Sólo algún autor –inmediatamente después de la aprobación de la Constitución de 1958– seguirá haciendo uso de la expresión para hacer referencia a las normas reglamentarias dictadas con fundamento en la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales[640].

C).- LAS «DECISIONES» DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DICTADAS CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1958

Por último, en tercer punto, el artículo 16 de la Constitución de 1958 recogería un modelo de cláusulas generales en favor del Presidente de la República, con clara inspiración en el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar y, en congruencia, siendo heredero de los tradicionales «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*) previstos en los textos germánicos del siglo XIX, que otorgaban a los Monarcas constitucionales la posibilidad de dictar las «medidas necesarias» ante situaciones de crisis. Pese a ello,

Guerra Mundial (JÈZE, CARRÉ, etc.), iniciada, especialmente, a raíz del precitado *arrêt Heyriès*. *Vid*., también, DUGUIT, *Traité…* (*cit*.), págs. 179-180, así como –especialmente– págs. 754 y ss., en las que expresamente rechaza «la teoría alemana del *Nothrecht*», por entenderla «peligrosa», configurando la doctrina del *Noth hat kein Gebot* como la «fórmula natural del despotismo y de la arbitrariedad» y, en otro lugar, indicando que «me tomé la libertad de calificar tales decisiones [del Consejo de Estado] como incoherentes» (pág. 756).

639 En España –que no participó en la Primera Gran Guerra– los estudios sobre esta cuestión son relativamente recientes, con alguna salvedad notable – *v*. *gr*., MANZANEQUE Y MONTES, F., *La Constitución y los estados excepcionales: Estado de suspensión de garantías. Estado de guerra. Estado de sitio*, 1ª ed., R. Velasco Imp., Madrid, 1903; aunque muy apegado a la letra de la normativa vigente–. La ausencia de reflexión doctrinal al efecto explica también la recepción de la noción del reglamento de necesidad en nuestro país, así como su consolidación (*vid*., *infra*, el capítulo primero de la segunda parte de esta obra), hecho que contrasta con lo sucedido en Francia, en donde la literatura jurídica disponía de amplias reflexiones sobre el estado de necesidad y su aplicación, no siendo perentorio recurrir entonces a una institución proveniente, además, de Alemania.

640 Es el caso de NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles…* (*cit*.), págs. 163 y ss., que, como hemos visto, sostiene que la actuación *contra legem* de las autoridades competentes –con fundamento en la teoría de las circunstancias excepcionales– permite dictar distintas «medidas» (*mesures*), que se traducen en tanto en «decisiones individuales» (*décisions individuelles*) como en «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*).

la literatura jurídica francesa –con alguna destacada excepción en los años sesenta[641]– no recoge la terminología.

No sólo eso, sino que, además, se entrevé un deliberado esfuerzo por obviar esta expresión mediante el recurso a muy variadas locuciones: se habla de «previsión constitucional del estado de necesidad» (CAMUS)[642], de «categoría jurídica superior a las Leyes mismas» (LEGARET)[643], de «actos sui generis» (VEDEL)[644], o, en fin, de «actos soberanos» de «categoría autónoma» que «desborda la distinción entre Ley y reglamento» (RIVERO y WALINE)[645].

De hecho, algún autor –como LAMARQUE– trata incluso de desligar la noción de los poderes presidenciales atribuidos en el artículo 16, llegando a sostener que, mientras el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar –habilitante, a su juicio, para dictar *ordonnances de nécessité*– se fundamenta en que el titular de los poderes de necesidad no ejerce un poder político autónomo, sino que sigue estando supeditado al Parlamento –que controla las medidas a dictar–, el precepto del texto constitucional galo se basa «en

[641] De nuevo, NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles…* (*cit.*), pág. 24, recordando que «[p]arece que el artículo 16 permitiría entonces al Presidente de la República gobernar por 'ordenanza de necesidad' (*ordonnance de nécessité*) en condiciones muy similares a las que vivió la República de Weimar en sus últimos años». Esta referencia seguramente inspiró a algunos de nuestros autores patrios para conectar la expresión –ahora traducida: «reglamento» u «ordenanza de necesidad»– al producto de la habilitación prevista en el artículo 10.d) de la Ley Orgánica del Estado de 1967. Sin embargo, parte de la doctrina advertirá la posterior desconexión en la literatura jurídica francesa del artículo 16 con la indicada expresión, siendo claro al efecto SOSA WAGNER, F., «Las medidas excepcionales en el ordenamiento constitucional español», en *Revista de Administración Pública*, número 66, septiembre/diciembre 1971, pág. 269, recuerda que «la expresión genérica de 'ordenanzas de necesidad' de una indubitada resonancia francesa, pero de escasa validez en la actualidad, ya que ha sido abandonada incluso en su país de origen, donde sólo se habla hoy de ordenanzas para designar a las medidas reglamentarias que compete dictar al Presidente de la República, previa habilitación legal, durante un período determinado y que presentan la característica exorbitante de poder versar sobre, materias reservadas a la Ley», en clara referencia a las *ordonnances* previstas en el artículo 38 del texto francés de 1958. *Vid*., también, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Derecho de excepción en el Derecho constitucional español*, 1ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 315, nota 113.

[642] CAMUS, *L´état de nécessité…* (*cit.*), pág. 200.

[643] LEGARET, J., «L'article 16», en *Revue de Deux Mondes*, junio de 1961, pág. 400. Y añade que «aparece así una clase completamente nueva de actos jurídicos que derriba la vieja y sólida teoría de 'la superioridad de la ley'». El texto íntegro del artículo puede consultarse aquí: https://www.revuedesdeuxmondes.fr/article-revue/larticle-16-2/

[644] VEDEL, G., *Droit administratif*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1961, pág. 27. Esta configuración no la recoge, no obstante, años después, *vid*., VEDEL, G., y DEVOLVÉ, P., *Droit administratif*, 9ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1984, págs. 73-76.

[645] RIVERO, J., y WALINE, J., *Droit Administratif*, 15ª ed., Dalloz, París, 1994, pág. 60, precisamente porque –entienden– se atribuyen al Presidente la totalidad de los poderes ejercidos por el Estado, así como aquellos precisos para hacer frente a la crisis.

una separación total del poder 'estatal' del Presidente de la República y el poder 'democrático' ejercido por el Parlamento y el Gobierno»[646].

La doctrina más reciente separa ya nítidamente estas actuaciones de otras figuras de Derecho de necesidad o de otras modulaciones al principio de legalidad –como los precitados actos de gobierno– subrayando cómo esta previsión del artículo 16 presenta «un grado superior de gravedad en las circunstancias» (*un degré supérieur de gravité des circonstances*), aunque manteniendo su encaje como «decisiones» u «ordenanzas», sin ulteriores adjetivos[647]. Se resalta, no obstante, su carácter de dictadura constitucional, de inspiración romana[648], habiéndose producido también una nutrida discusión en la literatura jurídica respecto de sus efectos y límites, así como, incluso, en lo que concierne a su utilidad[649].

La explicación a esta aversión doctrinal a recibir la noción alemana –habida cuenta de su evidente similitud– tal vez pueda encontrarse, de nuevo, en la preferencia de la literatura jurídica francesa por recurrir a sus instituciones propias frente a las de un país como Alemania, con quien –se insiste– acababan de librar otra guerra. De hecho, la doctrina más reciente prefiere referirse al artículo 16 como un ejemplo de «institucionalización» de la teoría de las circunstancias excepcionales[650]; doctrina

[646] LAMARQUE, «La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 (*cit.*)», pág. 607. Hace uso también de la expresión «reglamento de necesidad» en relación con los textos decimonónicos alemanes y la Constitución de Weimar, si bien, de nuevo, desligándolo de los poderes extraordinarios atribuidos al Presidente de la República en la Constitución de 1958.

[647] DEBBASCH y COLIN, *Droit Administratif* (*cit.*), págs. 122, lo que explica –para los autores– que gocen tales medidas de un régimen jurídico diferenciado. *Vid.*, también, PIERRE-CAPS, «Constitución francesa… (*cit.*)», págs. 110-111, quien indica que la naturaleza de las «medidas» responde a un criterio material y no orgánico: si incide sobre el ámbito reglamentario, estaremos ante un reglamento; si entra en la esfera de la Ley, tendrá carácter legislativo. Se omite aquí la transcripción de los múltiples manuales de Derecho administrativo y constitucional actuales consultados, en los que se trató de encontrar –sin éxito– una referencia a la expresión que nos ocupa.

[648] VEDEL y DEVOLVÉ, *Droit administratif* (*cit.*), pág. 73; DUVERGER, M., *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1970, pág. 299, aunque prefiere hablar de «casi dictadura»; y, con contundencia, entre otros autores actuales, GICQUEL, J., y GICQUEL, J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 29ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2015, págs. 614 y ss.

[649] SAINT-BONNET, «Réflexions sur l'article 16 et l'ètat d'exception (*cit.*)», págs. 1716 y ss., resalta su carácter «inútil e incierto», puesto que –entiende– «la presencia de un texto o su ausencia no cambia nada» habida cuenta de que, ante la necesidad, siempre exigirá de actuación. En cualquier caso, recuerda PIERRE-CAPS, «Constitución francesa… (*cit.*)», pág. 113, la activación del precepto «puede tener un efecto psicológico que no debe desdeñarse».

[650] Ya desde CAMUS, *L´état de nécessité…* (*cit.*), pág. 188, en cuanto hablaba de «consagración constitucional de la teoría de las circunstancias excepcionales», justificando el autor la referencia por la presencia de miembros del Consejo de Estado entre los redactores de la Constitución de 1958. En sentido más cercano en el tiempo hablan de esta «institucionalización»: LAUBADÈRE, *Traité…* (*cit.*) pág. 268; BURDEAU, G., HAMON, G., y TROPER, M., *Droit Constitutionnel*, 23ª ed., Librairie générale de Droit et de

tradicionalmente francesa y –seguramente– preferible frente a la alternativa de raíces germánicas.

En definitiva, pese a los claros antecedentes germánicos del artículo 16 de la Constitución gaullista la literatura jurídica francesa recurrió desde pronto a alternativas y justificaciones doctrinales que se desligaran de la expresión alemana –*Notverordnung = ordonnance de nécessité*–, insistiéndose en un primer momento en su carácter «nuevo» o «autónomo», para, en un punto posterior que llega hasta nuestros días, terminar por conectarla con una institución de cariz eminentemente francés: la teoría de las circunstancias excepcionales.

2.- CONSIDERACIONES SOBRE LA VINCULACIÓN DE LAS «MEDIDAS NECESARIAS» A LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

En la actualidad, los distintos manuales y tratados de Derecho público francés no aluden ya a la noción de «reglamento» u «ordenanza» de necesidad (*règlement de nécessité; ordonnance de nécessité*). Ello puede, tal vez, resultar sorprendente si tenemos en cuenta que el sistema galo es el único que sigue manteniendo a día de hoy los dos institutos que la literatura jurídica –en perspectiva histórica– conectó con esta figura: una cláusula general de necesidad en favor del Jefe del Estado (artículo 16 de la Constitución) y la posibilidad de actuar sin previsión legal alguna –*contra legem*– ante situaciones de necesidad (teoría de las circunstancias excepcionales)[651]. Ya hemos advertido en el punto anterior las distintas razones –doctrinales, jurisprudenciales y, seguramente, también culturales– que llevarían al abandono de la noción. Ahora, por último, parece conveniente realizar una reflexión adicional.

En Francia, diferencia de países como Italia o Alemania, las «medidas necesarias» podían –y pueden– ser dictadas sin necesidad de previsión legal alguna siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia administrativa de las circunstancias excepcionales. Este hecho, tal vez, sea el que

jurisprudence (LGDJ), 1993, págs. 662 y ss.; o, también, DEBBASCH y COLIN, *op. cit.*, pág. 123, aunque recordando todos ellos que –en este caso– se prevén para situaciones de mayor gravedad.

[651] La única excepción es –como ha podido advertirse– el propio NIZARD, que conecta la expresión de «ordenanzas de necesidad» con el artículo 16 de la Constitución y la de «reglamentos de necesidad» con las disposiciones administrativas dictadas ante situaciones de crisis y con fundamento en la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales. Que tales expresiones fueron abandonadas posteriormente por la doctrina francesa, creo, es un hecho palmario. Baste destacar que J. WALINE dirigió la tesis doctoral de NIZARD –la obra que se cita a lo largo de este capítulo– sin influir en él o en sus compañeros la propia terminología.

explique por qué no se ha desarrollado en este país una doctrina perfilada de las cláusulas generales de necesidad o, al menos, no al nivel del *potere di ordinanza* italiano –y las *ordinanze di necessità* que lleva aparejado– o de las *Generalklauseln* alemanas.

Y es que, si atendemos a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que pueda darse la aplicación de esta teoría, a los efectos que produce en materia de forma, fondo y competencia, así como, en fin, a los presupuestos de hecho ante los que la jurisprudencia ha admitido su ejercicio, veremos que no guardan excesivas diferencias con las figuras advertidas: el resultado de dictar las «medidas necesarias» sobre la base de una cláusula general es prácticamente idéntico al que se produce cuando tal emisión se realiza sin sustrato legal, pero con fundamento en una teoría jurisprudencialmente consolidada[652].

La presencia de la teoría de las circunstancias excepcionales muy probablemente tenga algo que ver con el menor desarrollo del «derecho ordinario de circunstancias excepcionales» (*droit commun des circonstances exceptionnelles*)[653]. Ahora bien, ello no significa que no exista tal acervo normativo en el Derecho francés, complementado con cláusulas generales de necesidad. De hecho, pueden encontrarse habilitaciones de este estilo en materia de salud pública[654] o en el ámbito local[655], en una configuración muy similar a las existentes en los sistemas alemán, italiano o español.

[652] Por ejemplo, en el supuesto del referido *arrêt Lecocq* de 1944, el Consejo de Estado entendió que un Alcalde, ante una situación extraordinaria en la que la legislación vigente no era suficiente y no era posible reunir al concejo municipal, podía adoptar las medidas necesarias procediendo a la creación y recaudación temporal de un impuesto sobre los ingresos obtenidos en los establecimientos de comerciantes y empresarios del municipio. Por su parte, en el precitado *arrêt Rodes* de 1983 el Consejo de Estado consideró que la actuación del Prefecto, prohibiendo la circulación y la navegación y ordenando la evacuación de personas en la isla de Guadalupe, como consecuencia del riesgo de erupción del volcán «La Soufrière» era una actuación legítima, pese a realizarse sin una previsión legal al efecto. *Vid*., también, NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles…* (*cit*.), págs. 163 y ss., en cuanto hace uso de la expresión de «reglamentos de necesidad» aludiendo a las medidas de contenido normativo dictadas por la autoridad competente ante situaciones extraordinarias.

[653] La expresión es de ZILLER, *Droit d'exception…* (*cit*.), págs. 20 y ss., y, también, 42 y ss., quien ofrece además algunos ejemplos de este acervo normativo.

[654] Sirva de ejemplo el –antes advertido– artículo L3131-1 del CSP, que habilita en su párrafo primero al Ministro de Sanidad para dictar «en caso de amenaza grave para la salud, que requiera medidas de emergencia, especialmente en caso de amenaza de epidemia» y «a través de orden motivada» *(arrêté motivé*), «toda medida proporcional a los riesgos y apropiada a las circunstancias de tiempo y lugar, con objeto de prevenir y limitar las consecuencias de posibles amenazas a la salud de la población».

[655] Lo mismo puede decirse de las atribuciones del Alcalde o del Prefecto, que han de entenderse a la luz de la doctrina jurisprudencial advertida: *vid*., al efecto, el Código general de las colectividades territoriales (*Code général des collectivités territoriales*), cuyo artículo L2122-24 atribuye al Alcalde «el ejercicio de los poderes de policía» (*l'exercice des pouvoirs de pólice*), así como el artículo L2122-27,

Ahora bien, las diferencias son sustanciales. En primer lugar, porque el producto de estas cláusulas no presenta ningún tipo de similitud terminológica con los «reglamentos de necesidad» españoles o con las «ordenanzas de necesidad» italianas (comúnmente, se habla de *arrêté*, esto es, «decreto»). En segundo punto, porque su utilidad es sustancialmente más reducida, habida cuenta de que, incluso cuando se activan, en ocasiones terminan por ser complementadas por la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales[656]. Es decir, que la actuación podría haberse llevado a cabo sin su presencia, resultando estas habilitaciones –en cierto modo– superfluas. Y, por último, porque –consecuencia de todo lo anterior– su tratamiento en la literatura jurídica francesa no se realiza de forma conjunta con las distintas manifestaciones de una «flexibilización» del principio de legalidad, ni tampoco aparece como un tema recurrente que haya sido objeto de una visión completa y exhaustiva como la que encontramos en los sistemas italiano y alemán.

En definitiva, el ordenamiento francés se ha desarrollado de tal forma que las situaciones extraordinariamente graves quedan reguladas por la Constitución o la Ley (estados de sitio, urgencia, actuaciones del artículo 16 del texto constitucional, etc.), mientras que aquellas de menor entidad pero que pueden resultar más inciertas carecen de previsión, siendo conformes al ordenamiento a través de una doctrina jurisprudencial concreta. Puede decirse entonces –utilizando la expresión de M. HAURIOU– que el sistema galo sigue optando, al menos en este punto, por una «legalidad de circunstancia» (*légalité de circonstances*) frente a una «legislación de previsión» (*législation de prévoyance*)[657], en la que la cláusula de las «medidas necesarias» no aparece explícitamente prevista en una cláusula general reconocida por la Ley.

Y es que, desde luego, parece preferible el reconocimiento de una cláusula general habilitante que la actuación por la mera fuerza de los hechos. De nuevo, de acuerdo con el maestro francés, la previsión en la normativa vigente de las actuaciones

apartado 2º, que le dota de la función de «ejecutar las medidas seguridad general» (*l'exécution des mesures de sûreté générale*); el artículo L2215-1, apartado 1º, por su parte, permite al Prefecto sustituir al Alcalde en caso de inacción de éste para dictar «todas las medidas relativas al mantenimiento de la salud, la seguridad y la tranquilidad» (*toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques*) y adoptarlas también si su alcance excede del territorio de un municipio.

[656] Es el caso del artículo L3131-1 del CSP, utilizado durante los primeros momentos de la crisis de la COVID-19 –como ha podido advertirse en el apartado III.2.A) del presente capítulo– junto con la teoría de las circunstancias excepcionales, para permitir al Primer Ministro hacer uso de los poderes atribuidos al Ministro de Sanidad en la citada cláusula general de necesidad.

[657] HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel* (*cit*.), págs. 440 y ss., donde –hace cerca de cien años– criticaba esta situación en su país.

de excepción han de considerarse «un avance en el derecho, dado que estas instituciones están así mejor estudiadas y son menos peligrosas para la libertad»[658].

[658] HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel* (*cit.*), pág. 441.

CAPÍTULO CUARTO. EL PODER DE ORDENANZA Y LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD EN EL DERECHO ITALIANO

I.- INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «ORDENANZA DE NECESIDAD» EN EL DERECHO ITALIANO

Pese a que la noción de «reglamento» u «ordenanza de necesidad» se consolida en Alemania durante el siglo XIX (*Notverordnung*) para después ser abandonada, es en Italia donde –bajo la segunda denominación– ha terminado por configurarse como una institución *stricto sensu*, dotada de plena virtualidad jurídica.

En efecto, las «ordenanzas de necesidad y urgencia» (*ordinanze di necessità e urgenza*) se erigen en el ordenamiento jurídico italiano como una figura ya plenamente admitida y ampliamente delimitada en todas sus aristas por la doctrina, la jurisprudencia y, también, por el mismo Derecho positivo[659]; habiéndose reverdecido los estudios en torno a ella con motivo de la crisis originada por la COVID-19[660].

[659] La literatura jurídica sobre la materia es extensísima. Entre las monografías destacan las siguientes: GALATERIA, L., *I provvedimenti Amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1953; GARGIULO, U., *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, 1ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 1954; BARTOLOMEI, F., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1979; CAVALLO PERIN, R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1990; RAZZANO, G., *L'amministrazione dell'emergenza. Profili constituzionali*, 1ª ed., Cacucci Editore, Bari, 2010; o, en fin, BROCCA, M., *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, 1ª ed., Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012; o, en fin, más recientemente –y en términos más amplios–, RAFFIOTTA, E. C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 1ª ed., Bononia University Press, Bolonia, 2019. También destacan los comentarios al término «ordenanza», especialmente: ORIGONE, A., voz «Ordinanza (Diritto costituzionale)», en *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. IX, 1ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinense, Turín, 1939, págs. 296 y ss.; RESCIGNO, G. U., voz «Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (Dir. Cost. E Ammin.)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, 3ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinense, Turín, 1968, págs. 89 y ss.; BARTOLOMEI, F., voz «Ordinanza», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1980, págs. 970 y ss.; CAVALLO PERIN, R., voz «Ordinanze (Dir. amm.)», en CASSESE, S. (Dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, 1ª ed., Vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2006, págs. 3981-3985, así como, en esa misma obra, CERASE, M., «Ordinanza di urgenza e necessità», págs. 3985-3991. Hay también numerosos artículos doctrinales sobre la materia, aunque por lo general suelen ser sectoriales para ordenanzas de necesidad concretas. Sobre teoría general de este instrumento el más destacable y tradicional es el de GIANNINI, M. S., «Potere di ordinanza e atti necessitati», en *Estratto dalla Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Civili*, Vol. XXVII, 1948, págs. 348 y ss., que puede encontrarse hoy en sus *Scritti*, Vol. II: 1939-1948, 1ª ed., Giuffrè Editore Milán, 2002, págs. 945-958; siendo también destacable su escrito «Le ordinanze dispositive della proprietà privata (art. 7 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E)», en *Estratto da Giurisprudenza italiana*, CII, III, 1950, págs. 65-70, hoy publicado en sus *Scritti*, Vol III: 1949-1954, 1ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2003, págs. 195-218; o, en fin, ya más reciente y sintético, el de CAVALLO PERIN, R., «Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1ª ed., Utet Giuridica, Turín, 2010; MORBIDELLI, G., «Delle ordinanze libere a natura normativa», en *Diritto Amministrativo*, n. 1-2, 2016, págs. 33-70. Para una perspectiva histórica, *vid*. MORRONE, A., «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto», en VIGNUDELLI, A. (Coord.),

Su configuración es similar a la que –de acuerdo con la doctrina mayoritaria– acaece para con los reglamentos de necesidad en nuestro país: las ordenanzas de necesidad se dictan con fundamento en una cláusula general –el «poder de ordenanza» (*potere di ordinanza*)– y, además, en tanto en cuanto reconocidas por una Ley, tienen capacidad para «exceptuar» –lo que los italianos denominan *derogare*– otras normas de rango legal con objeto de hacer frente a una situación extraordinaria y urgente. Son, pues, instrumentos que se prevén para hacer frente a situaciones en las que el ordenamiento no delimita ninguna otra medida posible con la que intervenir. Se alzan, en palabras de GIANNINI, como «remedios extraordinarios (*rimedi straordinari*) que permiten salvaguardar (*curare*) intereses públicos en caso de que falte norma para actuar»[661].

La propia Corte Constitucional italiana, en reiterada jurisprudencia –que bebe de nutridas fuentes doctrinales previas– ha reconocido su conformidad con la Constitución

Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2009, págs. 133-184. Además, como se verá, los diferentes tratados y manuales de Derecho Administrativo siguen analizando la materia en la actualidad.

[660] Se ha de advertir que la literatura jurídica italiana analizó las actuaciones realizadas al calor de los Decretos leyes núm. 6, de 23 de febrero de 2020 y núm. 19, de 25 de marzo de 2020, que habilitaban al Presidente del Consejo de Ministros para dictar un elenco de medidas concreto, reconduciéndolas los autores –en muchos casos– a las «ordenanzas de necesidad» en el sentido tradicional que aquí se anota. Sin embargo, la Corte Constitucional italiana, en su sentencia núm. 198, de 23 de septiembre de 2021, configuró tales actuaciones –emitidas a través de Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (D.P.C.M.)– no tanto como ordenanzas de necesidad, sino, más bien, como medidas estándar o «actos de necesidad» (*atti neccesitati*). En palabras de la propia sentencia: «[t]ales actos de contenido tipificado (…) difieren conceptualmente del modelo de las ordenanzas coyunturales y urgentes, que viceversa, representan el paradigma de las 'ordenanzas de necesidad' (de contenido libre), previstas por el código de la protección civil», cuestión que ha sido debatida en la doctrina académica. Sobre esta sentencia, *vid*., CAVINO, M., «La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021», en *Federalismi.it*, 25/2022, págs. 81-86, así como MAZZAROLLI, L. A., «La Sent. N. 198/2021 della Corte Constituzionale e la practica dell'uso dei D.P.C.M: in epoca COVID-19: non si trata di un'assoluzione, anzi», en *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Año XXII, 3/2022, págs. 1-19. Por ello, las reflexiones sobre tales actuaciones en el seno de la pandemia exceden del objeto del presente trabajo, habiendo de limitarnos al análisis de las dictadas fuera de tales Decretos leyes, como se verá. No obstante, sobre el tema, puede verse: LUCARELLI, A., «Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), n. 2/2020, págs. 558-583; LUCIANI, M., «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), n. 2/2020, págs. 110-141; RAFFIOTTA, E. C., «Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus», en *BioLaw Journal*, n. 5/2020, págs. 95-103; TRABUCCO, D., «Il 'virus' nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid 19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale», en *Nomos*, n. 2/2020, págs. 1-18; LAVAGNA, G., «Il Covid-19 e le Regioni. Uso e 'abuso' delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali», en *Federalismi.it,* n. 17/2021, págs. 93-121. Téngase en cuenta que para confrontar la COVID-19 se hizo uso de otros instrumentos además de las ordenanzas de necesidad. Un resumen de la gestión de la pandemia en Italia y en nuestro idioma puede verse en MARAZZITA, G., «Constitución italiana y estado de emergencia por COVID-19», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, págs. 53-191.

[661] GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, Vol. II, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 1993, págs. 267-269. Esta edición es la última publicada por el autor.

de 1947 sobre la base de dos premisas que, *a priori*, pueden parecer sorprendentes. La primera radica en que las ordenanzas se erigen como una institución autónoma, distinta de los reglamentos o de los Decretos leyes, por lo que no gozan, en ningún caso, de rango legal y, sólo excepcionalmente, pueden incrustarse en el ordenamiento jurídico de modo temporal, sin vocación de permanencia. La segunda premisa gira en torno a la idea de que las ordenanzas de necesidad no contrarían la jerarquía normativa, el principio de legalidad o la reserva de Ley, en tanto en cuanto el poder de ordenanza se atribuye también por una norma de tal índole.

Así, la Ley se limita a habilitar a la autoridad competente para dictar actos o disposiciones que –al contrario que lo que sucede con otras potestades administrativas– adolecen de un contenido típico o previamente delimitado y, que, en congruencia, ostentan un carácter indeterminado precisamente para poder hacer frente a la situación excepcional para las que son dictadas. De este modo, el poder de ordenanza parte de una dualidad aparentemente contradictoria; dualidad que MORRONE equipara al rostro del Dios JANO: la ordenanza de necesidad orienta una de sus caras a la defensa del ordenamiento jurídico vigente; al tiempo que orienta la otra a hacer frente a la necesidad del caso concreto, justificando para ello toda medida, incluso aquéllas que se alcen contra el ordenamiento en cuestión[662].

En esta dialéctica constante se mueve la ordenanza de necesidad en Italia: como instrumento necesario para mantener el orden jurídico establecido pese a su aparente ataque al mismo. Precisamente por ello se ha producido en este país un importante esfuerzo doctrinal y jurisprudencial dirigido a establecer límites y controles a dichos poderes excepcionales; poderes ya reconocidos, sin ambages, en una miríada de Leyes italianas. Muchas de estas exigencias han venido cristalizando en las últimas normas habilitantes de tales potestades a las autoridades italianas –tanto estatales como, especialmente, locales–, contribuyendo con ello al desarrollo de una teoría general sobre las ordenanzas de necesidad en el Derecho italiano.

II.- LEY Y REGLAMENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO

El sistema de fuentes del Derecho en Italia es directamente heredero de la tradición francesa. En efecto, en él entronca la Ley como centro del ordenamiento y el

[662] MORRONE, *op. cit.*, pág. 143.

reglamento como su instrumento de desarrollo, cuestión que puede dilucidarse claramente desde el Estatuto Albertino de 1848 hasta la vigente Constitución de 1947. Al igual que otros ordenamientos jurídicos de tradición latina, el reglamento queda, *a priori*, subordinado a la Ley, de acuerdo con la mecánica de la reserva de Ley y el principio de legalidad. Ambas fuentes del Derecho se terminan por completar con la legislación delegada y la técnica de los Decretos leyes.

1.- CUESTIONES GENERALES

La *Costituzione* italiana de 1947 tiene un marcado carácter continuista en lo relativo al sistema de fuentes del Derecho presente bajo el Estatuto Albertino: primacía de la Ley respecto del reglamento, aunque añadiendo el reconocimiento de los Decretos leyes y de la legislación delegada como normas con fuerza de Ley[663]. Se establece una separación de poderes clara: el artículo 70 atribuye a las Cámaras la función legislativa, quedando circunscrito al poder Ejecutivo la potestad reglamentaria, la cual se ejerce a través del Consejo de Ministros, que delibera, emanando los reglamentos del Presidente de la República (artículo 87) en su calidad de Jefe de Estado[664]. A su vez, la Constitución italiana reconoce los Decretos legislativos (artículos 76 y 78), así como los Decretos leyes (artículo 77), cuestión que luego delimitaremos con mayor precisión[665].

La existencia de Regiones y entes locales produce que, también, se les reconozca capacidad normativa en sentido similar al que acaece en España. Es decir, potestad legislativa y reglamentaria a las Regiones[666], así como de carácter meramente reglamentario a provincias, municipios y urbes metropolitanas[667].

Bajo este marco constitucional queda reconocida la primacía de la Ley y, *por ende*, el principio de legalidad, relegando a los reglamentos a una clasificación en tres

---

663 *In extenso*, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), págs. 317-323; también ZANON, N., «Ley y reglamento en Italia», en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001, págs. 151-167.

664 Se admiten también los reglamentos ministeriales, así como los emanados de otras autoridades administrativas.

665 Un resumen de ambas cuestiones lo encontramos en castellano en ZANON, «Ley y reglamento en Italia (*cit*.)» págs. 155 y ss.

666 La reforma constitucional dada por la Ley constitucional núm. 3, de 18 de octubre de 2001, ha modificado el artículo 117.6 de la Constitución italiana, que ahora indica que «la potestad reglamentaria corresponde al Estado en materia de legislación exclusiva, salvo delegación a las Regiones. La potestad reglamentaria corresponde a las Regiones en todas las demás materias».

667 ZANON, *op*. *cit*., pág. 163. *Vid*. también el artículo 117 de la Constitución italiana que reconoce expresamente tal potestad desde la citada reforma de 2001.

grupos[668]: reglamentos ejecutivos, que no integran la cuestión legislativa y se limitan a regular lo estrictamente necesario para orquestar la ejecución de la Ley; reglamentos de actuación o integrativos, que desarrollan la normativa legislativa en todo aquello que se les permite[669]; y, en fin, reglamentos independientes, que regulan materias donde no existe una previa regulación legislativa[670].

Como se ve, la potestad reglamentaria queda encorsetada a las actuaciones ejecutivas, así como, excepcionalmente, a aquellas de carácter independiente. Nada se dice de los reglamentos de necesidad –*contra legem*– dado que la doctrina italiana no recoge hoy, a diferencia de la española, la trilogía de VON STEIN[671]. En efecto, el reglamento es, bajo estos términos, una expresión normativa del Ejecutivo, comúnmente dictado en desarrollo o en ejecución de la Ley y, sólo excepcionalmente, desvinculado de éste a través del reglamento independiente.

En tal contexto, es comprensible que la expresión «reglamento de necesidad» no terminase por hacer fortuna en una Italia que, no obstante, sí presentaba una enorme tradición en cuanto a las actuaciones excepcionales de las autoridades administrativas de carácter *contra* o *extra legem*. De ahí que la terminología empleada sea diversa, aunque esencialmente concordante con la nuestra: se hablará de «ordenanza» (*ordinanza*), como instituto diferenciado del reglamento aducido; y, ya concretando, se utilizará el vocablo de «ordenanza de necesidad» (*ordinanza di necessità*) como sustituto de nuestros tradicionales «reglamentos de necesidad».

La diferencia fundamental con nuestra figura patria radica en que las ordenanzas de necesidad italianas suelen configurarse como actos administrativos y –como veremos– sólo muy excepcionalmente como disposiciones normativas. De ahí que, efectivamente, ni su emisión suele plantear problemas con la reserva de Ley ni su

[668] ZANON, *op. cit.*, pág. 160.
[669] En este punto regiría la reserva relativa de Ley; al contrario de lo que acaecería en los de carácter ejecutivo, vinculados a la reserva absoluta. *Vid. infra*, apartado II.2 de este capítulo.
[670] La temática de los reglamentos independientes ha sido ampliamente tratada en Italia y está hoy admitida su constitucionalidad. No siendo objeto de nuestro estudio esta cuestión, nos remitimos al excelente resumen que realiza SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit.*), págs. 745 y ss., así como a la bibliografía italiana que allí se indica.
[671] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 50, alude a la recepción de la división de STEIN por ROYO VILLANOVA a través de la edición italiana del *Verwaltungslehre* del jurista prusiano. En lo que ahora importa destacar, la clasificación de VON STEIN era por entonces conocida en Italia, pero su clasificación no terminó por hacer suerte, aunque –como recuerda GALLEGO ANABITARTE– sí tendría acogida en Francia –únicamente unos años– y, especialmente, en España.

configuración tampoco se entiende como contraria a las Leyes, si no, más bien, ambas terminan por perfilarse como meras medidas *extra ordinem*[672].

2.- La reserva de Ley: especial referencia a la clasificación entre absoluta y relativa. Su teórica irrelevancia respecto de las ordenanzas de necesidad

La reserva de Ley en el Derecho italiano[673] se configura como «una norma sobre la emanación de normas jurídicas (*normazione*) y sobre la producción normativa (*produzione normativa*), la cual vincula el poder de disciplina normativa de una determinada materia al uso de un solo tipo de acto normativo, excluyendo los actos normativos subordinados»[674].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido diversas clasificaciones de esta institución jurídica: se habla de reserva «propia e impropia», aunque esta distinción está ya superada[675]; de reserva «simple» y «reforzada» o «agravada» dándose el segundo caso cuando la Constitución impone al mismo legislador exigencias a la hora de legislar[676]; o, en fin, entre reserva de Ley «absoluta» y «relativa». Esta última distinción es especialmente importante, no sólo por ser –como recuerda Di Giovine– el *experimentum crucis* de la reserva de Ley[677], sino porque es esencial para entender el juego del «poder de ordenanza» y las «ordenanzas de necesidad» italianas, como luego veremos.

---

[672] Esta expresión la encontramos ya en Giannini, «Le ordinanze dispositive... (*cit*.)», pág. 205. También en la doctrina más moderna, así, en Chieppa, R., y Giovagnoli, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2022, pág. 119 y 122, o, incluso, en la de la Corte Constitucional italiana (por todas, la reciente sentencia 198/2021).

[673] Sobre la reserva de Ley y el principio de legalidad en Italia es clásico el artículo de Zanobini, G., «L'attività amministrativa e la legge», en *Rivista di Diritto Pubblico*, núm. XVI, 1924, hoy publicado en sus *Scritti vari di diritto pubblico*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1955. Tras la Constitución de 1947, destacan los trabajos de Satta, F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, 1ª ed., CEDAM, Pádova, 1969; Di Giovine, A., *Introduzione allo studio della reserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 1969; Crisafulli, V., *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 5ª ed., CEDAM, Pádova, 1984, págs. 55 y ss.; Rescigno, G. U., «Sul principio di legalità», en *Diritto pubblico*, núm. 2, 1995; Sorrentino, F., *Lezioni sul principio di legalità*, 1ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2001; y, en fin, D'Amico, M., «Legalità (Dir. Costituzionale)», en Cassese, S. (Dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, 1ª ed., Vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2006, págs. 3365 y ss. En nuestra lengua, *vid*. sobre el tema, Zanon, *op*. *cit*., págs. 158-159. Sobre la relación entre reserva de Ley y principio de legalidad, *vid*. *infra*, apartado III.3.C).

[674] Di Giovine, *Introduzione allo studio della reserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano* (*cit*.), págs. 13-14, que sigue a Giannini y, además, establece la diferenciación entre reserva de Ley y «preferencia de la Ley» (*preferenza di legge*).

[675] Di Giovine, *op*. *cit*., págs. 99 y ss., indica el autor, esta distinción se identifica ya hoy con la reserva de Ley «relativa» y «absoluta», respectivamente.

[676] Zanon, *op*. *cit*., págs. 158-159, el ejemplo es claro en el caso de las leyes constitucionales, en el sentido exigido por el artículo 137 de la Carta italiana.

[677] Di Giovine, *op*. *cit*., pág. 103, que recuerda a Nigro.

Así, por un lado, la reserva de Ley absoluta implica que la potestad normativa queda agotada en la Ley, pues a ella se le atribuye no sólo los mimbres o principios de la regulación, sino toda la actividad normativa con carácter detallado o pormenorizado, dejando al reglamento una mera ejecución de lo indicado legislativamente. Por su parte, la reserva relativa implicaría una determinación de las directrices o de los principios que ha de tomar la norma o la actuación administrativa, permitiéndose al reglamento, como fuente secundaria, ocuparse del detalle normativo sobre la base de lo indicado en la Ley.

El legislador, no obstante, no queda obligado a respetar esta relación Ley-reglamento en el caso de la reserva relativa, sino que puede regular de manera integral por vía legislativa[678]. La reserva absoluta de Ley supone también la imposibilidad de establecer otros límites a los derechos de los ciudadanos, vía reglamentaria, distintos de los que se establezcan por la propia Ley; es decir, que no cabe utilizar, cuando se reconoce este tipo de reserva de Ley, un reglamento para limitar derechos. La cuestión es distinta en el caso de la reserva relativa: en tales casos cabe incidir sobre los mismos para su delimitación –y, en su caso, para limitar– su regulación[679]. Esta doble vertiente de la reserva de Ley (absoluta y relativa), ha sido asumida por la Corte Constitucional italiana (entre otras, sentencias 12/1960; 4/1962; 39/1963; 55/1963; 56/1972; o 507/1988), indicando que la Administración no puede ejercitar lícitamente un poder público cuando no esté predeterminado por la Ley el sujeto activo, el objeto o prestación impuesta y, en fin, el sujeto pasivo[680].

Así, mientras la reserva de Ley absoluta exige que todo el procedimiento esté definido por la norma legal –salvo cuestiones relativas a los reglamentos ejecutivos o a la discrecionalidad técnica–, la reserva de Ley relativa simplemente impone a la Administración que se aseguren a través de principios y criterios directivos en la Ley, un «adecuado control jurisdiccional de legitimidad» del poder público del que se hace uso (sentencias de la Corte Constitucional 4/1957; 51/1960; o 21/1969, entre otras)[681].

Como se verá, el «poder de ordenanza» otorga a las autoridades la potestad de dictar «ordenanzas de necesidad»; estando este poder atribuido, explícitamente, a través

[678] ZANON, *op. cit.*, pág. 158.
[679] CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità* (*cit.*), págs. 419-420, indicando profusa doctrina y jurisprudencia en la nota 6. Esto tiene su importancia en tanto en cuanto los mismos razonamientos se terminan por aplicar a la utilización de las ordenanzas de necesidad.
[680] CAVALLO PERIN, voz «Ordinanze (Dir. amm.), en *Dizionario di Diritto Pubblico* (*cit.*), pág. 3983.
[681] CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità* (*cit.*), págs. 419-420.

de la Ley. De ahí que se haya entendido que las ordenanzas de necesidad cumplen con la reserva de Ley relativa, puesto que la norma atributiva de tales poderes delimita el sujeto activo, los presupuestos de ejercicio del poder y, también, los fines o motivos de interés público en juego. En cualquier caso, a las ordenanzas de necesidad les está vedado entrar en la reserva absoluta de Ley (sentencia 201/1987, de la Corte Constitucional)[682].

III.- EL «PODER DE ORDENANZA» EN EL DERECHO ITALIANO

Entendida la presencia del «poder de ordenanza» en el Derecho italiano, como desligado de la potestad reglamentaria y de la idea de reglamento, así como la configuración de la reserva de Ley, es preciso realizar un enfoque general de la institución antes de proceder a analizar su presencia en el Derecho positivo.

La capacidad de emitir ordenanzas de necesidad por parte de las autoridades en Italia responde a una serie de avatares históricos que han terminado por dar virtualidad propia a tal figura, permitiendo su deslinde con otras instituciones tradicionales del Derecho público. La doctrina y la jurisprudencia italiana han realizado un importante esfuerzo de abstracción que ha terminado por plasmarse en una teoría general sobre el poder de ordenanza y, claro está, sobre las ordenanzas de necesidad. Todo ello tanto en lo relativo a su naturaleza jurídica como en cuanto a su encaje en el sistema de fuentes. El presente epígrafe se va a dividir en tres apartados diferenciados con objeto de dar respuesta a todos los interrogantes que plantea su desarrollo teórico: su marco conceptual, su origen histórico, y, en fin, su naturaleza jurídica.

1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El término «ordenanza» (*ordinanza*) es, en Derecho italiano, difícil de configurar. No sólo presenta problemas su definición, por su terminología de tradición multisecular, sino también por su polisemia. Todo ello ha obligado a los iuspublicistas italianos –a través de un proceso de decantación y sedimento doctrinal– a extraer de la anterior la más concreta idea de «ordenanza de necesidad».

[682] CHIEPPA, R., y GIOVAGNOLI, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2022, pág. 122. Sobre esto volveremos más adelante –al analizar la constitucionalidad de las ordenanzas de necesidad en el Derecho italiano– en el punto III.3.C).

A).- LA «ORDENANZA» EN SENTIDO AMPLIO

El término *ordinanza* es –recuerda GIANNINI– «un antiguo vocablo italiano, que en el origen tenía el significado genérico de acto de la autoridad (*atto dell'autorità*)»[683], utilizándose tradicionalmente para aludir a muy distintas actuaciones estatales, emanaciones del soberano que en la mayoría de los casos tenían contenido normativo[684]. Como dice RESCIGNO, con el paso del tiempo muchas de las actuaciones que se reconducían al concepto unitario de ordenanza pasaron a ser delimitadas conceptualmente, obteniendo las denominaciones que tienen hoy: reglamentos, actos administrativos generales, Decretos leyes, bandos militares, entre otras nociones[685].

En la actualidad, la palabra «ordenanza» sigue conservando ese carácter difuso y problemático, que no termina por circunscribirse a ningún instituto jurídico concreto[686]. La explicación se encuentra tanto en su origen histórico, como veremos, como en su propio nombre: este instituto busca definir un «orden» (*ordine*) que describa una regla o un comportamiento, de ahí lo fecundo del concepto y de su uso[687]. Siguiendo a CARINGELLA «el concepto de ordenanza no encuentra una definición precisa: basta con decir que con este término se intenta hacer referencia a diversos tipos de actos, no necesariamente emanados de la autoridad administrativa. En el ámbito administrativo,

[683] GIANNINI, *op. cit.*, pág. 272.

[684] En este sentido, ya desde ORIGONE, voz «Ordinanza (Diritto costituzionale)», en *Nuovo Digesto Italiano* (*cit.*), pág. 296. Desde este prisma, su origen es similar al vocablo alemán de *Verordnung*, traducido muchas veces de forma poco técnica como reglamento, pero de tradición jurídica que excede tal denominación. En efecto, antiguamente, tal noción era referida a toda actuación del complejo Ejecutivo-Administración, no siendo reconducible en exclusiva ni a la idea de reglamento ni a la de acto administrativo en el Derecho latino. Gran parte de la doctrina italiana sostiene la similitud entre *ordinanza* y *Verordnung*, así desde ORIGONE, *op. cit.*, pág. 297 que, tomando la distinción de LABAND, hace la equiparación semántica de *ordinanze amministrative* a *Verwaltungsverordnungen* y de *ordinanze giuridiche* a la de *Rechtsverordnungen*; también GIANNINI en su artículo de 1948, «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*), pág. 950, donde ya explicaba la evolución terminológica del vocablo; BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 6 y ss., quien, además, conecta la idea de *ordine* con la de *Verfügung* y la de *ordinanza* con la de *Verordnung*, planteando la diferenciación entre ambas; o, en fin, más modernamente, MORRONE, *op. cit.*, pág. 137; *Vid.* también ROMANO, S., *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1947, pág. 279, que al hablar de los reglamentos indica que «la terminología francesa e italiana es aquella de 'reglamentos' (*regolamenti*), o, siguiendo la terminología germánica aquella de 'ordenanzas' (*ordinanze*)».

[685] RESCIGNO, voz «Ordinanza e provvedimenti… (*cit.*)», pág. 90.

[686] RESCIGNO, *op. et loc. cit.*

[687] RAFFIOTTA, E. C., «Le ordinanze emergenziali nel Diritto Comparato», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), nº 3, 2017, pág. 2.

por ordenanza se entiende todos aquellos actos que crean obligaciones o deberes y que, sustancialmente, imponen *órdenes* (*ordini*)»[688].

En efecto, sigue manteniendo aún distintos significados en el Derecho italiano: se habla así de ordenanzas procesales, en el ámbito del Derecho procesal y como actuaciones de los jueces; de ordenanzas policiales –de seguridad o sanitarias– con carácter poco técnico y por cuestiones de inercia histórica; o, en fin, de ordenanzas en el ámbito del Derecho público, como actuaciones de la autoridad administrativa, y, que, comúnmente, se redirigen a las ordenanzas de necesidad[689]. No obstante, cuando se habla de ordenanza en Derecho administrativo o Derecho constitucional, la doctrina italiana reconduce la expresión a la más concreta de ordenanza de necesidad[690].

La excepción más representativa a esta tesis predominante la encontramos en SANDULLI y su teoría de las «ordenanzas libres» (*ordinanze libere*), en la que merece la pena detenerse[691]. El profesor italiano entiende por ordenanzas libres todas aquellas medidas (*provvedimenti*) –tengan o no contenido normativo– autorizadas para introducir excepciones a las normas de rango legal, a través de previsiones en las propias Leyes[692]. Tales ordenanzas libres operan, por lo general, en el ámbito de la actividad administrativa y se encuadran en tres grupos diferenciados.

En primer lugar, encontramos las ordenanzas a las que se les atribuye una capacidad innovativa en un ámbito tasado por el legislador, siendo paradigmático el caso de las «medidas-precio» (*provvedimmenti-prezzi*), a las que se les atribuye la

[688] CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª ed., DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2022, págs. 470-471. El subrayado es del autor.
[689] GIANNINI, *Diritto Amministrativo* (*cit.*), pág. 272. Como subraya el autor «el vocabulario no ha de llevar a engaño» puesto que las dos primeras nociones son actos procesales y medidas administrativas (*provvedimenti amministrativi*), respectivamente; las cuales han de distinguirse de las ordenanzas de necesidad que son, más bien, actos *extra ordinem*.
[690] CASETTA, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 24 ed., Giuffrè Editore, Milán, 2022, págs. 310 y ss.
[691] SANDULLI, A. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol. I, 15ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 1989, págs. 67 y ss. *Cfr*. con la sentencia 4/1977 de la Corte Constitucional italiana, que utiliza también esta terminología de «ordenanzas libres», aunque no en un sentido idéntico al del autor citado: trae a colación el concepto al pronunciarse sobre las ordenanzas de necesidad emanadas del artículo 20 TULPC –sobre el que luego volveremos–, definiéndolas como actuaciones cuyo contenido no queda predeterminado por la Ley, sino que se determina en cada situación atendiendo a las circunstancias del caso, *vid*., sobre esto último, MORRONE, *op. cit*., págs. 148 y ss. Es también interesante la crítica de BARTOLOMEI a esta teoría de las ordenanzas libres, tanto en su obra *Potere di ordinanza*... (*cit*.), págs. 127-132, como en la voz «Ordinanza... (*cit*.), publicada al año siguiente, págs. 978-979.
[692] SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 67.

facultad de modificar los precios o las cifras previstas en una norma por una autoridad administrativa[693].

En un segundo punto se sitúan las «ordenanzas para situaciones excepcionales» (*ordinanze per situazioni eccezionali*), previstas por la legislación para casos tasados de particular gravedad, respecto a los cuales no cabe utilizar y respetar los mecanismos normativos ordinarios[694]. El autor integra aquí los bandos militares, las ordenanzas de peligro público y estado de guerra, las ordenanzas en materia de emergencia nuclear, las ordenanzas de las autoridades laborales, las de contaminación marítima, etc. Y, en fin, el tercer y último supuesto estaría representado por las ordenanzas de necesidad (*ordinanze di necessità*), donde se incluye la mayoría de los instrumentos que la generalidad de la doctrina suele encajar aquí, como veremos[695].

B).- LA ORDENANZA DE NECESIDAD Y URGENCIA: CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

Dice RESCIGNO que «las ordenanzas de necesidad y de urgencia (*ordinanze di necessità e di urgenza*) previstas en las disposiciones de nuestras leyes, pueden definirse como aquellos actos generales o singulares no predeterminados respecto al contenido, emanados en casos de urgente necesidad por una autoridad administrativa distinta del Gobierno»[696]. La doctrina moderna las define en un sentido similar, como «actos de contenido atípico adoptados en casos expresamente previstos por las Leyes, expresión de un poder administrativo *extra ordinem*, que realiza una delegación normativa 'en

[693] *Cfr*. en este punto, con CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 471.
[694] SANDULLI, *op. cit*., págs. 71 y ss.
[695] Existen múltiples intentos de organizar las «ordenanzas» en este sentido general. Otra categorización destacable es la realizada por BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 64 y ss., y, ya más resumido, en su voz «Ordinanza... (*cit*.)», págs. 973 y ss., que las divide en cuatro grandes grupos: el «poder de ordenanza institucionalizado», entendido como poder connatural a la administración para disciplinar su actuación, con eficacia fundamentalmente *ad intra* de la Administración; «poder de ordenanza tipificado» (*potere di ordinanza tipicizzato*), como aquel relativo a la ejecución de las leyes y de los reglamentos a través de una ordenanza, para así terminar de especificar el contenido de los anteriores y adecuarlas a las situaciones, en su caso, de corte coyuntural; «poder de ordenanza necesario ordinario» (*potere di ordinanza necessitato ordinario*), habilitado por normas legales para actuar en casos extraordinarios, aunque supeditado en tales normas el cómo y el cuándo actuar; y, en fin, «poder de ordenanza necesitado extraordinario» (*potere di ordinanza necessitato «extra ordinem»*), que se encuadraría como la ordenanza de necesidad *stricto sensu*, en tanto en cuanto no se delimitan los eventos concretos que permitirían actuar a la autoridad administrativa, siendo tal actuación de carácter indeterminado respecto del contenido. Esta última idea del «*potere di ordinanza necessitato*» ya la encontramos en el artículo de GIANNINI, «Potere di ordinanza...(*cit*.)», pág. 955, así como en otros autores clásicos como GALATERIA, *I provvedimenti Amministrativi di urgenza. Le ordinanze* (*cit*.), pág. 78.
[696] RESCIGNO, voz «Ordinanza e provvedimenti… (*cit*.)», pág. 91.

blanco', con el fin de hacer frente a situaciones de necesidad urgente (*urgente necessità*)»[697].

Como puede apreciarse, los rasgos definitorios de este instrumento se han terminado por pulir doctrinal y jurisprudencialmente, no planteando ya demasiados problemas en la práctica. Del mismo modo se ha ido despejando la incógnita que se cernía sobre la terminología utilizada para referirse a este instrumento. Ello se ha producido desde dos prismas.

En primer lugar, con el abandono de la tradicional distinción entre ordenanzas administrativas y legislativas de necesidad[698]; diferenciación que ha quedado obsoleta, por encontrarse anudada a la pretérita confusión con otras figuras como los Decretos leyes. De ahí que se indique hoy que adjetivar las ordenanzas de necesidad como «administrativas» ha devenido superflua, sobreentendiéndose ya que cuando se alude a las ordenanzas de necesidad y urgencia éstas tienen carácter administrativo[699].

En segundo lugar, con el reconocimiento doctrinal, prácticamente unánime, producido en torno al sintagma nominal utilizado para referirse a ellas. Y es que la terminología empleada ha sido, y sigue siendo, muy variada: se habla de «ordenanzas de necesidad» (*ordinanze di necessità*)[700], «ordenanzas de necesidad y urgencia» (*ordinanze di necessità e urgenza*)[701], «ordenanzas coyunturales y urgentes» (*ordinanze contingibili ed urgente*)[702], o ya, en términos más amplios, «ordenanzas de emergencia» (*ordinanze emergenziali*)[703]. Todas estas locuciones han sido reconducidas tanto por la

[697] CARINGELLA, *op. cit.*, pág. 471.
[698] Sobre esto, GALATERIA, *op. cit.*, págs. 31 y ss.
[699] CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità* (*cit.*), pág. 6., *vid*. también págs. 116 y ss., de la misma obra, para ver un análisis del «carácter administrativo» de estas ordenanzas de necesidad. Las ordenanzas legislativas de necesidad han quedado entonces redirigidas a los Decretos leyes, habiéndose abandonado esa primera denominación.
[700] GIANNINI, *op. cit.*, págs. 267 y ss.; CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 4 y ss.; SANDULLI, *op. cit.*, págs. 74 y ss.
[701] CARINGELLA, *op. cit.*, págs. 470 y ss.; CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit.*), págs. 310 y ss.; CERULLI IRELLI, V., *Corso di Diritto Amministrativo*, 5ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2001, pág. 520.
[702] Como se verá, esta expresión es utilizada para aludir a los poderes de ordenanza de las autoridades locales. *Vid*. BARTOLOMEI, voz «Ordinanza (*cit.*)», pág. 979, para quien la expresión «*contingibilità*» es un vocablo sinónimo de «contingencia» (*contingenza*), «caso fortuito», y, en fin, «accidentalidad» (*accidentalità*).
[703] RAFFIOTTA, «Le ordinanze emergenziali nel Diritto Comparato (*cit.*)», así como –*in extenso*– su posterior libro *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali…* (*cit.*). La expresión la utiliza el autor para referirse no únicamente a las ordenanzas de necesidad italianas, sino también a otras actuaciones tales como el artículo 16 de la Constitución francesa, la activación de estados excepcionales en España, etc.

iuspublicística como por la jurisprudencia hacia la idea de necesidad[704]. Esto ha hecho que, en la actualidad, la doctrina más autorizada entienda que «son todas expresiones equivalentes» (*sono tutte espressioni equivalenti*)[705].

2.- APUNTES SOBRE SU ORIGEN HISTÓRICO

Los orígenes históricos de la ordenanza de necesidad en Italia son inciertos[706], consecuencia del hecho tangible de que la idea de *ordinanza* está conectada con toda actuación de imperio del Soberano en el Derecho preconstitucional italiano. Como recuerda RESCIGNO, la mayor parte de los poderes de la Administración en el pasado se configuraban como indeterminados en el contenido, en un sentido similar al que acontece hoy con las ordenanzas de necesidad. Ello se justificaba bien a través de la prerrogativa regia del soberano –o de los poderes de policía–, bien a través de autorizaciones generales contenidas en las Leyes.

Todo ello provocaba que los poderes de la Administración quedaran limitados únicamente por elementos «extrínsecos» (materia, fines, forma, etc.), quedando a placer de la anterior la delimitación de las medidas concretas. Con el tiempo se consolidará el principio contrario: la actuación de la Administración ha de estar «nominada», esto es, quedando limitados sus poderes de modo «intrínseco». La ordenanza de necesidad es la excepción a este nuevo principio, último reducto de este modo de actuar de la Administración[707].

La paulatina clarificación conceptual de las distintas emanaciones del complejo Ejecutivo-Administración permitirá el alumbramiento en el siglo XIX de nociones tales como la de reglamento, decreto o acto administrativo, quedando el vocablo «ordenanza» como residual. Quedaría relegado, pues, para hacer alusión –de manera confusa– a muy diversas actuaciones de las autoridades gubernativas[708].

---

[704] BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit.*)», pág. 979.
[705] GIANNINI, *op. cit.*, pág. 272. En este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina, así RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 100; CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 4; o, también, MORRONE, *op. cit.*, pág. 139, nota 14.
[706] *In extenso*, MORRONE, «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto (*cit.*)», especialmente, págs. 134 y ss.
[707] RESCIGNO, *op. cit.*, págs. 91-92.
[708] *Vid.* GALATERIA, *op. cit.*, pág. 21; MORRONE, *op. cit.*, págs. 138 y ss., especialmente nota 13. El *nomen iuris* de «reglamento», dice el autor, surge en Francia tras la Revolución Francesa para hacer referencia a la ordenanza de ejecución (*ordinanza di esecuzione*) emanada del Gobierno, lo que hace que ya la doctrina del siglo XIX y de principios del XX confunda los conceptos de Decreto ley y de ordenanza de necesidad en Italia.

Con la instauración del Estatuto Albertino, el 4 de marzo de 1848, se da un paso más en esta delimitación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo, cristalizando en Italia un régimen constitucional que, al menos formalmente, durará cerca de cien años. Esta norma estará fuertemente inspirada en la Carta francesa de 1830, así como en la belga de 1831[709].

En efecto, en sentido similar a su homóloga gala de 1830[710], el Estatuto, por un lado, indicaba en su artículo 6 que «el Rey dicta los decretos (*decreti*) y los reglamentos (*regolamenti*) necesarios para la ejecución de las Leyes, sin suspender ni dispensar de su observancia» (*senza sospenderne l'osservanza, o disspensarne*). Y, por otro, nos recordaba en el artículo 13 que «El poder legislativo será colectivamente ejercitado por el Rey y las dos Cámaras». Ambos preceptos tienen una formulación prácticamente idéntica a la de los artículos 13 y 14 de la Constitución francesa de 1830[711], con la clara intención de limitar el poder del Ejecutivo a través del Legislativo[712].

De este modo, el desarrollo de un sistema parlamentario *stricto sensu* en el que el Legislativo ostentaba el monopolio del poder normativo, impediría la posibilidad de actuar en casos extraordinarios. La falta de previsión constitucional llevará a la doctrina más autorizada a tratar de justificar las actuaciones excepcionales del Gobierno en un marco *extra Constitutione*, habida cuenta de su uso, incluso poco después de la aprobación del Estatuto[713]. Ello se hará desde dos posiciones fundamentales: por un lado, algunos autores recurrirán a la idea del «estado de asedio» (*stato di assedio*), de terminología y tradición francesa que, en principio, se formuló para hacer frente una invasión o ataque enemigo, pero de la que pronto se hará uso para combatir catástrofes

[709] Un resumen en nuestro idioma sobre las fuentes en el Derecho italiano en la época lo encontramos en PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984, págs. 546 y ss.
[710] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 317.
[711] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 318., la Carta francesa de 1814 reconocería tal potestad a favor del Monarca, quedando eliminada con el texto constitucional de 1830 tras las ordenanzas de CARLOS X.
[712] El artículo 6 del Estatuto Albertino habla de «decretos» (*decreti*) y no de «ordenanzas», a diferencia de la Constitución gala de 1830 que utilizaba tanto este término como el de reglamentos al indicar que el Rey *fait les règlements et ordonnances nécessaires puor l'exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes*. *Cfr*. con MORRONE, *op. cit.*, págs. 135-136, quien entiende que este precepto tenía por objeto limitar el poder de ordenanza en sentido amplio, pese a que no se utilizase tal denominación.
[713] RAFFIOTTA, «Le ordinanze emergenziali nel Diritto Comparato (*cit.*)», pág. 10. Sobre esto *vid*. también GÓMEZ-ACEBO SANTOS, R., «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos leyes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 6, septiembre/diciembre de 1951, págs. 111 y ss., que recuerda que a los tres meses de entrar en vigor el Estatuto Albertino se aprobó la Ley de 2 de agosto de 1848, que concedía al Gobierno plenos poderes para la guerra con Austria, así como los decretos de urgencia desde 1853. También se mantienen durante el siglo XIX, como se verá, los poderes extraordinarios en el ámbito local, bajo la expresión de «ordenanza».

naturales o disrupciones del orden público. En estos últimos casos se hablaría de «estado de asedio político o ficticio» (*stato di assedio político o fittizio*)[714].

Por otro lado, otro importante sector doctrinal directamente recurriría a la emisión de decretos u ordenanzas por parte del Gobierno para hacer frente a la situación de necesidad: así la literatura jurídica italiana de finales del siglo XIX y principios del XX hablaría de «ordenanzas de necesidad», utilizando esta terminología por claro influjo de los *Notverordnungen* alemanes[715].

La utilización de ambos recursos no quedaría impedida por la dicción del artículo 6 del Estatuto Albertino[716], ni tampoco el uso de los poderes locales atribuidos, desde mediados del siglo XIX, a Alcaldes y Prefectos para hacer frente a situaciones de necesidad y donde también se haría uso de la expresión de «ordenanza», con amplio reconocimiento jurisprudencial[717].

Sin embargo, la doctrina centraría el foco en las actuaciones estatales, incluyendo, bajo la terminología de *ordinanze di necessità*, medidas excepcionales de muy diversa índole, que tratarían de justificarse por la literatura jurídica de la época, habida cuenta de las restricciones del Estatuto Albertino. Mientras algunos autores recurrieron a instituciones del Derecho positivo, tales como la «legítima defensa» (*legittima difesa*) o el «estado de necesidad» (*stato di necessitá*)[718], otros lo harían al antiguo brocardo latino *necessitas facit legem*, entendiendo la necesidad como fuente del Derecho.

---

[714] AGAMBEN, G., *Stato di eccezione*, 1ª ed., Bollati Boringhieri, Turín, 2003, págs. 13 y ss.

[715] Así lo indica MORRONE, *op. cit.*, págs. 136-138, aludiendo a autorizados autores de la época, como ORLANDO o BLUNTSCHLI.

[716] MORRONE, *op. cit.*, págs. 142 y ss., advierte que la extensa utilización de estos poderes excepcionales durante el siglo XIX en Italia llevaría a la doctrina de la época a configurar una tesis restrictiva del poder de ordenanza. Especialmente interesante es la nota al pie núm. 25 sita en tal página, donde se enumeran las declaraciones del «estado de asedio» desde mediados de tal siglo en Italia.

[717] Así lo demuestra CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 29 y ss., indicando abundante doctrina y jurisprudencia desde el último cuarto del siglo XIX, dictada sobre los distintos textos locales de la época y de la benemérita Ley núm. 2248 de 1865 a la que luego nos referiremos. Por su parte, GIANNINI, «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*)», págs. 957-958, recuerda cómo la doctrina y la jurisprudencia del primer tercio del siglo XX no acertaban a dilucidar la esencia de esta potestad: para algunos, radicaba en su capacidad de incidir sobre derechos de los ciudadanos (PAPPALARDO, BOZZI); para otros, en su función de complemento de la potestad reglamentaria (CARUSO INCHILLERI); ciertos autores veían su razón de ser en su capacidad de hacer excepción a la Ley (BONAUDI); o, incluso, en su carácter *contra legem* (D'ALESSIO).

[718] *Vid*. RANELLETTI, O., «La polizia di sicurezza», en ORLANDO, V. E., *Primo Tratatto Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Vol. IV, 1ª ed., Società Editrice Libraria, Milán, 1904, págs. 1201 y ss., quien, por cierto, defiende la tesis del estado de necesidad.

El máximo exponente de esta última posición es Santi ROMANO, desarrollándola al calor del terremoto producido en Messina y en la región de Calabria el 28 de diciembre de 1908, en un clásico artículo en el que justificaría la actuación extraordinaria del Gobierno sin previa autorización legal[719]. En palabras de ROMANO, la necesidad «no se sustenta en la Ley, sino que hace Ley» (*non ha legge, fa legge*), pudiendo decirse que ésta es «una verdadera y propia fuente del Derecho» (*una vera e propria fonte di diritto*)[720].

Esto se explica porque la práctica constitucional italiana tradicional para situaciones de excepción seguía el mismo esquema que, más o menos, se sigue hoy en los países que tienen reconocido el instrumento de los Decretos leyes: actuación por parte del Gobierno y posterior ratificación de la misma por parte de las Cámaras. A este tipo de actuaciones se querría dar carta de naturaleza por vía legislativa, habida cuenta de que el Estatuto de 1848 se entendía como una Constitución flexible. En efecto, con la Ley núm. 100, de 31 de enero de 1926, se «constitucionalizará», en palabras de MORRONE, las figuras del Decreto ley y del Decreto legislativo[721], al tiempo que el

[719] ROMANO, S., «Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1909, I, págs. 251 y siguientes. *Vid*. también, ya años después y de modo más contundente, sus *Principii di Diritto Costituzionale Generale* (*cit*.), págs. 281 y ss.

[720] ROMANO, *op*. *cit*., pág. 254. Otros autores del primer tercio de siglo se inclinarían por una línea similar, al efecto, *vid*. PERASSI, T., «Necessità e stato di necessità nella teoría dommatica della produzione giuridica», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, I, págs. 269 y siguientes; ORLANDO, V. E., «Ancora dei decreti-legge», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1925, I, págs. 209 y siguientes; RANELLETTI, O., «La potestà legislativa del Governo», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1926, I, págs. 165 y ss. El último representante autorizado de esta tesis de la necesidad como fuente es MIELE, G. «Le situazioni di necessità dello Stato», en *Arch. dir. pubbl*., 1936, I, págs. 377 y ss. En la actualidad esta tesis está prácticamente abandonada. Algún autor se ha planteado incluso si el poder de ordenanza tendría su fundamento en esta necesidad como fuente del Derecho, al efecto, *vid*. RESCIGNO, *op*. *cit*., págs. 98-99, si bien termina por descartar esta posibilidad por entender que admitir la necesidad como fuente implicaría, a su vez, elevar la necesidad misma a norma fundamental, quedando entonces la propia Constitución desplazada. Sobre el tema de la necesidad en el Derecho italiano, *vid*. GRASSO, P. D., voz «Necessità (dir. pubbl.)», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXVII, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1977, págs. 866 y ss.

[721] En lo que concierne al primero, el artículo 3 de la norma reconocía esta potestad al Rey exigiéndose previa deliberación del Consejo de Ministros, la ulterior presentación al Parlamento para su conversión en Ley, así como un presupuesto de urgente y absoluta necesidad. Estas normas tendrían ya fuerza de Ley (*forza di legge*), lo que provocará que la doctrina italiana de la época discuta su constitucionalidad, *vid*. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale* (*cit*.) págs. 278 y ss., subraya que la mayoría de la doctrina abogaba por su conformidad con la Constitución. Sobre esto, *vid*. también MORRONE, *op. cit*., págs. 147-148, recuerda que raramente la Corte de Casación italiana declaró la inconstitucionalidad de los Decretos leyes y, cuando lo hizo, fue bajo presupuestos de irregularidades harto groseras.

artículo 1 de la misma reconocía un amplio poder reglamentario. Ello supondrá el fin del modelo parlamentario tradicional[722].

El reconocimiento legal de los Decretos leyes consolidará –durante los años veinte y treinta del siglo pasado– la confusión entre esta figura y las «ordenanzas de necesidad»[723], manteniéndose esta última terminología por influjo alemán (*Notverordnungen*)[724]. Ello a su vez provocaría la atribución de fuerza de Ley a las ordenanzas de necesidad, con carácter unitario y sin precisión conceptual alguna[725]. La evolución es muy similar a la que se produce en nuestro país en tales años: la ausencia de una previsión constitucional o legal para actuar frente a las situaciones de necesidad forzará al Gobierno a emitir disposiciones *contra legem*, lo que provocará a su vez la recepción terminológica indicada y que pronto vendría a confundirse con la del Decreto ley[726].

La cuestión se hace especialmente patente en la obra de Santi ROMANO desde los años treinta. En efecto, en su conocido *Corso di Diritto Amministrativo* el Profesor italiano habla de «los actos con eficacia de leyes formales» (*gli atti con efficacia di leggi formali*), aludiendo aquí a las ordenanzas de necesidad e incluyendo en ellas los

[722] Bajo el régimen fascista se dictaría, posteriormente, la Ley núm. 129, de 19 de enero, de 1939. Esta norma limitaría en el artículo 18 las facultades para dictar Decretos leyes, reduciendo su uso a tres casos: guerra, medidas urgentes de carácter financiero o tributario o, en fin, inacción de las Cámaras, si bien, como destaca ROMANO, *op. cit.*, pág. 279, en la práctica se dictaron Decretos leyes fuera de tales presupuestos.

[723] BARTOLOMEI, «Ordinanza (dir. amm.) (*cit.*)», pág. 970, indica que tanto los Decretos leyes como las ordenanzas de necesidad son manifestación de un poder *extra ordinem* para situaciones de necesidad, lo que permite entender que en la literatura se encuentre la expresión «ordenanza» para aludir a ambas figuras. Esto explica también el debate doctrinal de la época, sobre si era posible que este poder de ordenanza se ejerciese por órganos distintos del Gobierno. *Vid.* también, GIANNINI, *op. cit.*, págs. 269-270, que recuerda cómo las «ordenanzas de necesidad» formaban tradicionalmente «un todo indistinto con los decretos leyes, los bandos de estado de asedio y los bandos militares» si bien, gradualmente, las normas positivas fueron distinguiendo diferentes grupos de actos, de donde la ordenanza de urgencia terminó por deslindarse, logrando una naturaleza autónoma; también ORIGONE, *op. cit.*, págs. 296-297.

[724] Esta confusión es clara en el comentario, datado de 1939, de ORIGONE, *op. cit.*, pág. 298, en el que equipara las *ordinanze di necessità* a los *Notverordnungen*, incluyendo en Italia los poderes del TULPS de 1931 –que luego veremos, aunque no parece referirse a los poderes locales, sino a los estatales, igual que hace Santi ROMANO– y los Decretos leyes, al tiempo que subraya cómo en Weimar tenían su equivalente en el artículo 48 de la Constitución. No es casualidad, por ello, que algún autor alemán en los años cincuenta se refiriese a la Ley de 31 de enero de 1926 como «relativa la potestad reglamentaria de necesidad» (*über das Notverordnungsrecht*), así STREBEL, H., «Das Staatsnotrecht in Italien», en BALLREICH, H., DOEHRING, K., JAENICKE, G., *et al*., *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1ª ed., Karl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín, 1955, págs. 116, 118 y 130.

[725] *Cfr*. ORIGONE, *op. et loc. cit.*, que se refiere a las actuaciones emanadas del TULPS de 1931 como «actos administrativos propios y verdaderos, subordinados a las leyes que los admiten y los delimitan».

[726] Sobre la evolución en España, *vid. infra* el capítulo primero de la segunda parte de esta obra.

Decretos leyes o los bandos militares[727]. En una obra ya posterior, será todavía más contundente a la hora de encajar los Decretos leyes dentro del instituto más amplio de las «ordenanzas de necesidad»[728]. Y es que incluye aquí no sólo los citados, sino también a los decretos por los que se declara el estado de asedio o guerra, los bandos militares con fuerza de Ley, o, en fin, los demás decretos dictados «en caso de perturbación más o menos grave del orden público», incluyendo aquellos por los que se declaran los distintos estados excepcionales en el Derecho comparado, tildándolos de «disposiciones con fuerza de Ley formal» (*disposizioni aventi forza di leggi formali*)[729].

Con la llegada de la Constitución de 1947 y el reconocimiento explícito de los Decretos leyes en tal texto, quedaba por responder a qué categoría concreta pertenecían las figuras restantes. Como subraya MORRONE, ante este panorama, ¿qué espacio le quedaba al poder de ordenanza de necesidad y urgencia?[730] Esto será respondido por tres vías: la doctrinal, la jurisprudencial y el Derecho positivo.

Respecto de la primera, será en 1948 cuando GIANNINI publicará un conocido artículo en el que se dará un importante paso en la configuración de las ordenanzas de necesidad[731]. En efecto, «el gran mérito del comentario (*annotazione*) de 1948 consistió en haber refutado el uso de terminologías tal vez eficaces en el plano de la descripción

[727] ROMANO, S., *Corso di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., CEDAM, Pádova, 1937, págs. 41 y 42. Distingue entre «decretos leyes emanados del Rey» (*decretti-legge emanati dal Re*), dictados sobre la base de la precitada Ley núm. 100, de 31 de enero de 1926, y «otras ordenanzas de necesidad» (*altre ordinanze di necessità*), que, a diferencia de los anteriores, no precisan ulterior convalidación por el Parlamento. En esta última categoría incluye los bandos militares durante el estado de guerra (artículo 251 del antiguo Código Penal Militar italiano) una vez proclamado el «estado de peligro público» (*stato di pericolo pubblico*) o el «estado de guerra» (*stato di guerra*), respectivamente, de conformidad con los artículos 214 a 219 del TULPS de 18 de junio de 1931.

[728] ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale* (*cit*.), págs. 2 y ss. Deja fuera lo que propiamente hoy entiende la doctrina italiana como ordenanzas de necesidad, siendo el caso más paradigmático el de los poderes del Alcalde o del Prefecto.

[729] ROMANO, *op*. *cit*., pág. 278.

[730] MORRONE, *op*. *cit*., pág. 149.

[731] Me refiero a «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit*.)», en el que GIANNINI comenta la sentencia del Consejo de Estado núm. 76, de 31 de enero de 1948 (sección V), por la que el Alto Tribunal anula una ordenanza de necesidad del Prefecto dictada sobre la base del artículo 19 del TUCP que pretendía modificar el Código Civil italiano en materia de contratos agrarios. La sentencia dice que este poder es, en su caso, *ultra legem*, pero nunca *contra legem*; precisión con la que comulga parcialmente el autor, pues subraya –págs. 954-956– que tales expresiones no son jurídicamente rigurosas, sino que tienen un valor meramente aproximativo, didáctico o explicativo, indicando que esta expresión *ultra legem* ostenta sólo un sentido «topográfico», en tanto en cuanto se refiere a la producción de actos que no pueden encontrarse en la Ley, sino que se hallan fuera de ella. Son, en definitiva, expresión de un «primitivismo jurídico» (*primitivismo giuridico*), carente de rigor e inaceptable en la actualidad. Se ha de tener en cuenta que tres años antes el autor ya había reflexionado sobre este poder de ordenanza, pero sin tanta profundidad, *vid*. GIANNINI, M. S., «Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni», en *Estratto da Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione*, 1945, págs. 400-403, y hoy publicado en sus *Scritti*, Vol. II: 1939-1948, 1ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2002, págs. 591-598.

sumaria del poder objeto de examen, pero tremendamente equívocas en el ámbito preceptivo y de análisis teórico, que tanta suerte había tenido en la doctrina anterior». Y es que «al acabarse con el uso de términos tales como *contra*, *ultra*, *preeter legem* y similares, el análisis sobre la eficacia 'exceptuante' (*derogatoria*) de la norma atributiva del poder de ordenanza no sólo adquiere una mayor claridad (*intelligenza*), sino que al mismo tiempo y, de modo definitivo, comenzaría a concentrarse la atención sobre las disposiciones de las Leyes que regulan los poderes de la autoridad en nuestro ordenamiento»[732].

Es decir, es a partir del texto de GIANNINI cuando se dan dos avances fundamentales en la teoría de las ordenanzas de necesidad: por un lado, se las dota, al fin, de autonomía propia, diferenciándolas de figuras afines y configurando su naturaleza y caracteres fundamentales (singularmente, su capacidad de exceptuar el Derecho vigente). Y, por otro, se centra el estudio de éstas en la norma habilitante (y no tanto en la ordenanza en sí), configurando esta potestad atribuida a la Administración por la Ley como un *potere derogatorio necessitato*, locución bien expresiva pero de difícil traducción a nuestro idioma[733]. Se sientan así las bases para que, a partir de los años cincuenta y principios de los sesenta, se produzca entre los máximos exponentes de la doctrina iuspublicista italiana «un apasionado debate sobre el poder de ordenanza de necesidad y urgencia y, en particular, sobre su compatibilidad con el nuevo orden constitucional»[734].

En un segundo momento esta doctrina sería asumida por la recién creada Corte Constitucional italiana, al admitir la conformidad con el nuevo texto fundamental de aquellas disposiciones legales heredadas del régimen anterior, que atribuían poderes excepcionales a autoridades como el Prefecto o el Alcalde, configuradas tradicionalmente como habilitantes del poder de ordenanza. Ello lo hará a través de dos

[732] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 71. No obstante recuerda que todavía algunos autores de la mitad del siglo pasado seguirían utilizando la expresión *contra legem* (así GALATERIA o VITTA) o la de *ultra legem* (DE GENNARO). La doctrina italiana moderna habla de ordenanzas o actuaciones *extra ordinem*, como se ha adelantado y posteriormente se analizará.

[733] La expresión parece ser originaria de este clásico escrito de GIANNINI, «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*), pág. 955, plasmándose posteriormente en la doctrina italiana.

[734] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 79. Sobre esta «porción de historia del poder de ordenanza» (*pezzo di storia del potere di ordinanza*), es fundamental el capítulo III (págs. 79-120) de la obra que aquí se indica. En él se analizan las primeras resoluciones de la Corte de Casación italiana sobre estos poderes –admitiendo, por lo general, su constitucionalidad–, así como las diferentes posiciones de los máximos exponentes del Derecho público italiano sobre las ordenanzas de necesidad en la época; posiciones en gran parte superadas por la práctica jurisprudencial ulterior.

decisiones históricas: la sentencia 8/1956 –que exigiría ciertos límites en el uso de las ordenanzas de necesidad de acuerdo con el nuevo marco constitucional– y la sentencia 26/1961, que reitera lo indicado en la anterior[735]. Con ellas se niega su fuerza o rango de Ley, subrayando su carácter eminentemente administrativo, y se admite su presencia bajo el manto constitucional de 1947.

A estas dos resoluciones le seguirán otras muchas de la Corte Constitucional –entre otras: sentencia núm. 4, de 12 de enero de 1977; sentencia núm. 100, de 3 de abril, de 1987; sentencia núm. 201, de 28 de mayo de 1987; sentencia núm. 617, de 30 de diciembre de 1988; sentencia núm. 127, de 1995; o, sentencia núm. 115, de 4 de abril de 2011; o, tangencialmente, las sentencias núm. 37, de 24 de febrero de 2021[736] y núm. 198, de 23 de septiembre de 2021[737]–, que terminarán por consolidar la conformidad de las ordenanzas de necesidad con la Carta Magna, delimitando unos requisitos, eso sí, cada vez más exigentes para su utilización[738].

En tercer y último lugar, se ha de destacar que todo el citado acervo jurisprudencial –al que habría que añadir el emanado de la jurisdicción contencioso-administrativa–, ha terminado por cristalizar en el ordenamiento jurídico-positivo italiano. Por un lado, se ha tratado de reducir la posibilidad de recurrir al poder de ordenanza, mediante la introducción por parte del legislador de «actuaciones nominadas de necesidad» (*provvedimenti nominati necessitati)* –dice GIANNINI– al ser conscientes los poderes públicos del riesgo inherente a la utilización de las «ordenanzas de necesidad», de corte innominado. Con ello se pretende delimitar y encorsetar la

[735] Ambas se pronunciarían sobre los poderes de ordenanza atribuidos al Prefecto sobre la base del artículo 2 TULPS de 1931, que luego analizaremos.
[736] Esta última sentencia se pronuncia sobre una Ley regional del Valle d'Aosta que establecía medidas para combatir la pandemia, anulando algunos de sus preceptos que establecían medidas distintas de las previstas por la normativa estatal. Entiende la Corte Constitucional italiana que el Estado dispone de competencia exclusiva para legislar en la materia. *Vid*., al efecto, CARAVITA, B., «La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali», en *Federalismi.it*, 21 de abril de 2021.
[737] Esta sentencia se pronuncia sobre los instrumentos de gestión de la crisis de la COVID-19, distinguiéndolos –como se indica *infra*, en la segunda nota al pie del presente capítulo– de las ordenanzas de necesidad en materia de protección civil. La exclusión de la otra categoría deja entrever –para la mayoría de la doctrina– un reconocimiento implícito de la constitucionalidad de las ordenanzas de necesidad que aquí nos ocupan.
[738] A todas estas sentencias nos referiremos a lo largo de la exposición al analizar las distintas normas habilitantes del poder de ordenanza sobre las que se pronunciaron.

actuación de los poderes gubernamentales y administrativos, así como de someterlos al imperio de la Ley[739].

Y, por otro, a través de la introducción de requisitos, controles y límites en las normas generales de procedimiento administrativo –como es el caso de la Ley de transparencia italiana de 2013– así como en las Leyes especiales que regulan las concretas atribuciones de los distintos poderes de ordenanza; siendo, en este sentido, verdaderamente paradigmático el nuevo texto de protección civil de 2018.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDENANZA DE NECESIDAD

La doctrina italiana ha desarrollado múltiples teorías respecto de la naturaleza de las ordenanzas de necesidad, con el objeto de delimitar qué es lo que, concretamente, termina por caracterizar a este instituto jurídico.

Como se ha podido adelantar, algunos entienden que su *ratio essendi* se enmarca en el hecho de ser «libres respecto de su contenido» (SANDULLI); otros subrayan que, más que un contenido libre, lo que se da es la inexistencia de un «contenido predeterminado» (RESCIGNO), siendo por ello el poder de ordenanza «una categoría de poderes administrativos no dotados de tipicidad»[740]. Es esta especificidad del poder de ordenanza, dice CAVALLO PERIN, «el aspecto más misterioso del poder de ordenanza de necesidad y urgencia»[741].

A esta característica se une otro rasgo fundamental de este poder de ordenanza y, *por ende*, de las ordenanzas de necesidad que de él emanan: su capacidad de hacer excepción a las normas legales, (*derogare*) o, en sentido diverso, en su configuración *extra ordinem*[742].

Sea como sea, para tratar de explicar su posición en el sistema jurídico italiano se va a analizar la ordenanza de necesidad desde una triple perspectiva: atendiendo a su diferenciación respecto de otros instrumentos jurídicos similares; analizando el

[739] GIANNINI, M. S., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2000, pág. 461. Esta es la última edición del autor.
[740] CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 517.
[741] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 7.
[742] Un resumen de estas teorías en BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit.*)», págs. 975 y ss. El autor sigue la última posición (págs. 976-977), apoyándose en GALATERIA, *op. cit.*, pág. 64 y págs. 98-99, y subrayando (pág. 977) que el presupuesto común a todas las ordenanzas de esta índole se constituye por «la imposibilidad de hacer frente a determinadas circunstancias (*fattispecie*) con las normas jurídicas existentes (leyes y reglamentos)».

problema de su «normatividad» o capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico; y, en tercer y último lugar, estudiando su relación con la Carta Magna italiana a la luz de la jurisprudencia constitucional en la materia.

A).- DISTINCIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES

La institución de la ordenanza de necesidad en el Derecho italiano ha terminado por configurarse como autónoma –presentando mimbres y caracteres específicos– gracias a una evolución doctrinal y jurisprudencial que la ha deslindado o desgajado de otros actos o normas con los que puede presentar fuertes similitudes. Concretamente, la literatura jurídica se ha centrado en tres figuras: los actos administrativos, los reglamentos y los Decretos leyes.

Comenzando con los actos administrativos, la diferencia más tangible se incardina en la capacidad de las ordenanzas de hacer excepción a la normativa vigente, cosa que, en principio, no pueden hacer los actos administrativos. Sin embargo, advierte RESCIGNO, esta distinción se halla no tanto en los actos y ordenanzas en sí, sino más bien en las normas que disciplinan ambas categorías. En efecto, mientras las Leyes que habilitan para dictar ordenanzas no limitan las normas que aquéllas podrán excepcionar, no puede decirse lo mismo de los actos administrativos, puesto que éstos –incluso en aquellos supuestos excepcionales en los que se les permita hacer excepción a normas– tendrán tasadas, en la disposición que regule el modo de dictarlos, las normas a las que pueden hacer excepción[743].

Es el caso de los llamados «actos de necesidad» (*atti necessitati*) o «medidas de necesidad» (*provvedimenti necessitati*). La distinción entonces para RESCIGNO radica en que los actos o medidas brotan de procedimientos normales, previstos en la norma, al contrario que las ordenanzas, donde no hay previsión alguna porque el contenido no está predeterminado. Es aquí donde radica la distinción: frente a la «tipicidad» de los actos o medidas de necesidad, encontramos la «atipicidad» de las ordenanzas. Explica CAVALLO PERIN que las medidas o actos de necesidad son típicos o nominados, en tanto en cuanto su objeto está predeterminado por la Ley, lo que contrasta con las ordenanzas de necesidad, para las que la norma habilitante establece una mera cláusula general de

[743] RESCIGNO, *op. cit.*, págs. 92-93.

actuación, quedando así indeterminadas –no tipificadas– las actuaciones a desarrollar por parte de las autoridades administrativas[744].

Tanto la doctrina tradicional (GIANNINI[745], SANDULLI[746], entre otros muchos), como la moderna (CASETTA[747], CARINGELLA[748], CHIEPPA Y GIOVAGNOLI[749], etc.), recogen esta distinción; teoría que, por cierto, ha sido también aceptada por la jurisprudencia constitucional y administrativa italiana. En efecto, la sentencia 4/1977 de la Corte Constitucional precisó esta distinción, indicando que estas ordenanzas son «ordenanzas libres», en tanto en cuanto su contenido no queda delimitado por la Ley, pudiendo asumir contenidos de diversa índole y a diferencia de los «actos de necesidad», y ello pese a que ambas tengan como presupuesto la urgente necesidad[750]. Recientemente la sentencia 198/2021 ha vuelto a insistir sobre esta cuestión[751].

Siguiendo con la distinción entre ordenanzas y actos, especiales conflictos plantea la diferenciación entre aquéllas y los denominados «actos políticos» (*atti politici*). Sobre esta compleja cuestión –indica RESCIGNO– el poder de ordenanza se caracteriza «no por el hecho de que sea libre en cuanto a su contenido, sino más bien en que éste no está determinado».

Y, prosigue el autor, «existen actos de la Administración Pública libres en el contenido que, no obstante, no son ordenanzas, por ejemplo, los actos políticos (*atti*

[744] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 4-5.
[745] GIANNINI, *Diritto Amministrativo* (*cit.*), págs. 267-269, aunque ya desde «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*)», págs. 952 y ss., donde incluso indicaba que «los actos de urgencia tienen la función de evitar el recurso al poder de ordenanza» (*gli atti di urgenza hanno la funzione di evitare il recorso all'uso del potere di ordinanza*), explicando incluso cómo esta distinción se recoge en la experiencia histórica: en 1891 se dictó un decreto imponiendo la vacunación obligatoria, lo que generó el debate doctrinal sobre si éste contravenía el artículo 26 del Estatuto Albertino –al no preverse en norma legal alguna–, quedando ulteriormente tal obligación tipificada en las leyes y, *por ende*, desapareciendo esta discusión.
[746] SANDULLI, *op. cit.*, pág. 75.
[747] CASETTA, *op. cit.*, pág. 311-312, dice que de las actuaciones de urgencia (*provvedimenti d'urgenza*), emanan «actos típicos y nominados (*nominati*) susceptibles de ser dictados bajo un presupuesto de urgencia, pero que, todavía, son de contenido predeterminado por el legislador», como es el caso de las requisas. En este punto, dice, se distingue de las ordenanzas, de contenido no predeterminado.
[748] CARINGELLA, *op. cit.*, pág. 472 y nota 58, nos ofrece algunos ejemplos: entiende que una expropiación forzosa dictada por el procedimiento de urgencia encajaría dentro de esas medidas o actos de necesidad, puesto que todo su contenido queda íntegramente prefijado por el legislador, cosa que no acaece con las ordenanzas de necesidad. Añade, además, que las ordenanzas de necesidad pueden excepcionar leyes y los «actos necesitados» no tienen tal capacidad. De ahí que el autor concluya que no puede acudirse a usar una ordenanza de necesidad cuando pueda acudirse todavía a los «actos necesitados» típicos. Recuerda también –nota 56– jurisprudencia reciente al efecto en la que se distinguen tales *atti necessitati* de las ordenanzas de necesidad.
[749] CHIEPPA, R., y GIOVAGNOLI, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2022, págs. 118 y ss.
[750] MORRONE, *op. cit.*, págs. 152 y ss.
[751] *Vid.*, al efecto, la segunda nota al pie de este capítulo.

politici)»[752], que serían aquellos que se encajarían en esa primera categoría de libertad en cuanto al contenido, dado que el contenido de las ordenanzas de necesidad termina por determinarse con su emisión. Es decir, que la libertad de actuación intrínseca a la ordenanza de necesidad es relativa a la elección del objeto dentro de la materia concreta regulada en la norma y para ciertos fines también en ellos señalados; mientras que, en los actos políticos, tal libertad de actuación es total respecto al contenido de los mismos[753].

Analizadas las ordenanzas de necesidad a la luz de los actos administrativos, y de sus diferentes subespecies, hemos de realizar lo propio para con los reglamentos; cuestión que, como se comprenderá, es especialmente importante para nuestro estudio. Sobre esta distinción no puede ser más claro GALATERIA: «el poder de ordenanza tiene, de hecho, como presupuesto un estado de necesidad y urgencia, mientras que el poder reglamentario, por su parte, tiene la utilidad de disciplinar materia determinada»[754].

Es decir, que mientras la noción de reglamento se entiende en Italia desde el prisma eminentemente francés, como instrumento de desarrollo o de ejecución de la Ley; la ordenanza, aunque también entroncada en el Ejecutivo, tiene una finalidad distinta: hacer frente a situaciones excepcionales, cubriendo una laguna a la que la precisión legal no puede llegar. De ahí que la doctrina italiana no hable de «reglamentos de necesidad», sino directamente de «ordenanzas».

Siguiendo este razonamiento inicial, la literatura jurídica entiende que las diferencias entre una y otra figura no acaban ahí. En el caso de los reglamentos existe un procedimiento de elaboración delimitado, a diferencia del caso de la ordenanza (dado su carácter urgente); las ordenanzas emanan de órganos, por regla general, unipersonales, lo que no siempre es así para con los reglamentos; los reglamentos tienen un contenido de carácter general, siendo el de las ordenanzas tanto general como individual; el reglamento tiene vocación de permanencia, mientras la ordenanza se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad; y, en fin, los reglamentos han de respetar el principio de legalidad, estando relativizado esto último para el caso de las

[752] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 92.
[753] RESCIGNO, *op. et loc. cit.* En la ordenanza de necesidad su contenido a veces está determinado en el mismo acto de la ordenanza, y en otros casos, como mucho, la libertad que queda respecto a tal contenido es elegir el objeto de la ordenanza, pero sólo dentro de la materia y de los fines indicados por ella. Ello no es así en el caso de los actos políticos, caracterizados por un poder de actuar libre en relación con el objeto asignado por las normas que lo legitiman.
[754] GALATERIA, *op. cit.*, pág. 25.

ordenanzas[755]. La mayoría de la doctrina ha asumido esta distinción entre ordenanzas y reglamentos, no existiendo ya, prácticamente, confusión entre una y otra figura en Italia[756].

Algún autor, como BARTOLOMEI, subraya también la necesidad de distinguir estas ordenanzas de los «reglamentos delegados» (*regolamenti delegati*), en tanto en cuanto éstos son habilitados o autorizados por una Ley en sentido genérico y, por tanto, son capaces de sobrepasar los límites normales de la actuación reglamentaria, incidiendo sobre las normas de rango legal. Para el autor la distinción es clara: en los primeros, y al contrario que las ordenanzas de necesidad, no existe el presupuesto de necesidad para ser dictados[757].

Ya, por último, hemos de diferenciar la institución del Decreto ley[758] de la ordenanza de necesidad, donde tradicionalmente existía una enorme confusión, como se ha hecho notar. La doctrina italiana actual traza una distinción clara entre ambas, señalando como diferencias sustanciales la cuestión de la competencia (el Decreto ley emana del Gobierno, *ex* artículo 77 de la Constitución; la ordenanza de diversas autoridades administrativas), o la de la eficacia (fuerza de Ley en un caso, capacidad de excepcionar la Ley en otro)[759].

La Corte Constitucional, desde su primera sentencia en la materia, la 8/1956, indicaría que las ordenanzas poseen «otro carácter y otros efectos» (*altro carattere ed altri effetti*) que los Decretos leyes y que las Leyes, cuestión que será subrayada por la sentencia 26/1961, al atribuir a éstas «carácter administrativo» (*carattere*

[755] GALATERIA, *op. cit.*, págs. 26-27.
[756] *Cfr.* con SANDULLI, *op. cit.*, pág. 56, quien, tomando un concepto amplio de la idea de ordenanza, habla de la existencia de «ordenanzas normativas» (*ordinanze normative*), las cuales pueden ser o bien «reglamentos» (*regolamenti*), o bien «ordenanzas en sentido estricto» (*ordinanze in senso stretto*), aunque éstas han de poseer contenido normativo para poder ser fuente del Derecho.
[757] BARTOLOMEI, «Ordinanza... (*cit.*)», pág. 971. *Cfr.* con TESAURO, A., *Istituzione di Diritto Pubblico*, Vol. II: Diritto Amministrativo, 1ª ed., UTET, Turín, 1961, pág. 50.
[758] Sobre el tema del Decreto ley en Italia, son clásicas las monografías de VIESTI, G., *Il decreto legge*, 1ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 1967, y de DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè, Milán, 1970. *Vid.* también, ESPOSITO, C., voz «Decreto legge», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1962, págs. 831 y ss., así como las distintas referencias que se irán haciendo en el presente capítulo.
[759] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 6 y 7; BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), pág. 53, subraya también que el Decreto ley emana del Gobierno (órgano colegiado), mientras que las ordenanzas de necesidad son dictadas, por su naturaleza, por «órganos unipersonales» (*monocraticos*). GALATERIA, *op. cit.*, pág. 37, subraya que no puede haber ordenanzas de necesidad con fuerza de Ley, puesto que tal poder sólo puede ser atribuido o bien directamente por una norma constitucional o, en su caso, a través de una norma de tal índole que permitiese a su vez a las Cámaras legislativas a habilitar a otro órgano a dictar ordenanzas con fuerza de Ley.

amministrativo)[760]. La cuestión se cierra con la sentencia 4/1977, al indicar que en ningún caso pueden equipararse estas ordenanzas «a actos con fuerza de Ley, por el mero hecho de que estén excepcionalmente autorizadas a actuar exceptuando (*provvedere in deroga*) las Leyes». Ahora bien, aunque la tesis de que las ordenanzas de necesidad poseen fuerza de Ley está hoy abandonada, algún autor se plantea si, no obstante, tienen «valor de Ley» (*valore di legge*)[761].

En definitiva, puede convenirse que, en la actualidad, las ordenanzas de necesidad gozan en el Derecho italiano de autonomía. Estamos ante una institución *per se*, independiente de las antes analizadas. Como instrumento autónomo que es, y con objeto de terminar de dotarle de sustantividad, la doctrina más moderna ha realizado un esfuerzo por identificar los caracteres fundamentales del instituto, sintetizándolos en los cinco siguientes.

En primer lugar, las ordenanzas de necesidad se caracterizan por la atipicidad, indeterminación o elasticidad de su contenido; en contraste con el resto de actuaciones administrativas, donde la norma predetermina la forma de actuar de las autoridades competentes. Una segunda característica es el intrínseco poder de excepcionar –que no derogar o modificar– normas legales que llevan consigo, siendo así un elemento fundamental de esta figura, aunque con los límites que luego veremos. En un tercer punto, las ordenanzas de necesidad –a diferencia de otros instrumentos jurídicos– sólo pueden ser dictadas en situaciones excepcionales, impredecibles y urgentes, esto es, ante la presencia de un peligro que exija acudir a ellas y no a los medios ordinarios de actuación (poder subsidiario). En congruencia con lo anterior, las ordenanzas han de estar destinadas a proteger un interés general, que trascienda los intereses individuales: de ahí que se exija, como corolario y quinta característica de este instituto, la presencia de motivación al dictarlas[762]. A todos estos caracteres nos referiremos a lo largo del presente capítulo, bien al analizarlos como requisitos, bien como límites de las ordenanzas de necesidad.

[760] CAVALLO PERIN, *op. cit*., págs. 116 y ss. Se alude a una «sustancial» naturaleza administrativa de las ordenanzas (pág. 119).
[761] MODUGNO, F., *Apunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, 1ª ed., Giappicheli, Turín, 2005, pág. 81, en tanto en cuanto, entiende, las ordenanzas de necesidad pueden incidir sobre la legislación vigente.
[762] Esta enumeración de rasgos la encontramos en CARINGELLA, *op. cit*., págs. 471, recordando, al efecto, la sentencia del Consejo de Estado núm. 4802, de 23 de junio de 2021 (Sección IV); resolución que entiende que la situación imprevisible y urgente a la que se pretende hacer frente debe imponer la necesidad de recurrir con inmediatez a este instrumento.

Por último, la doctrina más tradicional solía subrayar que el poder de ordenanza no es sino un «poder unipersonal» (*potere monocratico*), en tanto en cuanto las ordenanzas de necesidad han de emanar siempre de «órganos unipersonales» (*organi monocratici*)[763]. La atribución de un poder de ordenanza a un determinado órgano le dota de la capacidad para alterar el reparto competencial, o de avocarse en cierto modo la competencia de otro, con objeto de hacer frente al supuesto excepcional. De ahí que algún autor encaje este poder como «dictatorial» (*dittatorio*)[764], puesto que es el órgano unipersonal (*monocratico*) al que el ordenamiento ha entendido como más idóneo para valorar la complejidad y la ponderación de los intereses en conflicto. La explicación de que este poder se atribuya a órganos de tal índole responde a cuestiones de exigencia de responsabilidad (política, civil o incluso penal), que quedaría diluida en caso de que la ordenanza emanase de un órgano colegiado[765].

No obstante, como se verá al analizar el ordenamiento jurídico-positivo italiano, no siempre las ordenanzas de necesidad son dictadas por órganos unipersonales. Hay veces en las que se producen «de acuerdo con» otros órganos o, incluso, sobre la base de decisiones previas de órganos colegiados, lo que relativiza el requisito de su emisión por órganos unipersonales.

B).- ¿NORMATIVIDAD DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD?

La posición de las ordenanzas de necesidad en el sistema de fuentes italiano ha sido una cuestión harto discutida. Dada su emanación de las autoridades administrativas, se ha venido planteando si gozan –o no– de contenido normativo. Sobre esta problemática giran tres tesis diferenciadas[766].

La primera de ellas defiende la naturaleza normativa de las ordenanzas de necesidad. El origen de esta tesis radica en que tradicionalmente, se encuadraba a las indicadas ordenanzas en un todo indistinto, junto con actuaciones claramente normativas, como los Decretos leyes, los bandos del estado de asedio y los bandos militares[767]. Esta posición la encontramos en la doctrina más antigua, de mediados del

[763] GALATERIA, *op. cit.*, págs. 26-27; BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit.*)», pág. 971 y ss., y en su monografía *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 52-53. *Vid*. también, CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 4 y ss.
[764] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 403, quien toma a su vez la expresión de GIANNINI.
[765] Así lo explica CERASE, voz «Ordinanze di urgenza e necessità», en *Dizionario di Diritto Pubblico* (*cit.*), págs. 3986-3987.
[766] CARINGELLA, *op. cit.*, pág. 473.
[767] GIANNINI, *op. cit.*, págs. 269-270.

pasado siglo. Así, en sus primeros escritos sobre la materia, GIANNINI defendería esta tesis arguyendo que las ordenanzas son actos normativos en tanto en cuanto crean *ius singulare*[768]; tesis que, como veremos, después matizará.

En sentido similar, también en esta época, GALATERIA defendería el poder de ordenanza como poder de creación de Derecho, de carácter excepcional y necesario para evitar las lagunas en el ordenamiento («heterointegración»), atribuido taxativamente por el legislador a ciertos órganos administrativos y para escenarios singulares en los que se den «aquellas situaciones de necesidad y urgencia (*necessità e urgenza*) a las que ninguna norma puede hacer frente»[769]. Es decir, que el carácter de la ordenanza que permite hacer excepción a las normas sobre las que incide nos permitiría dilucidar su fuerza innovadora en el ordenamiento[770]. Sin embargo, esta tesis de la normatividad plena –y, concretamente, de su carácter «innovador» en el ordenamiento– está más o menos superada, consecuencia del deslinde de las ordenanzas de necesidad de otras figuras de claro carácter normativo como los Decretos leyes, y, claro está, de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* en la materia.

La segunda tesis entiende que las ordenanzas de necesidad no poseen el carácter de norma jurídica en ningún caso; posición que parece tener cierto respaldo en la sentencia 8/1956 de la Corte Constitucional italiana, que las calificó de actos administrativos (*atti amministrativi*)[771].

---

[768] GIANNINI, «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*)», pág. 957, destacando que formalmente son actos administrativos, si bien su sustancia es la de un acto normativo, lo cual plantea «numerosos y elegantísimos problemas» (*numerosi ed elegantissimi problemi*); también sostiene esta tesis en «Le ordinanze dispositive... (*cit.*)», pág. 206, publicado al año siguiente, donde resalta su similitud con el mecanismo de creación jurídica de la *Rechtsfindung*, prevista en el Código Federal suizo. Sobre el tema, *vid*. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza* (*cit.*), pág. 396., y, también, CAVALLO PERIN, *op*. *cit*., pág. 70, especialmente nota 122, en la que subraya que ya autores de principios del siglo XX (LESSONA, CAMMEO) comenzaron a intuir el poder de ordenanza como creador de nuevas normas.

[769] *Vid*. GALATERIA, *op*. *cit*., págs. 18-19. *Vid*. BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit.*)», págs. 970-971, que analiza el problema, de la ordenanza como elemento «colmador» de lagunas.

[770] *Cfr*. con RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 93, para quien este razonamiento no es suficiente. Critica el autor la tesis normativa por entender que existen también otros negocios jurídicos y actos administrativos que innovan o alternan el ordenamiento pero que no por ello son normas.

[771] Aunque no defienden explícitamente la tesis de las ordenanzas como meros actos, sí parece orientarse por esta vía RESCIGNO, *op*. *cit*., págs. 93 y ss., al realizar una contundente crítica a la tesis de la normatividad de las ordenanzas y centrarse más bien en la norma que las habilita, a la que tilda de «norma sobre la producción jurídica» (*norma sulla produzione giuridica*). En esta línea, BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit.*), pág. 977, subraya que la función del poder de ordenanza, más que tener naturaleza normativa, se caracteriza por ser capaz de «colmar las lagunas del ordenamiento jurídico» (*colmare le lacune del'ordinamento giuridico*), citando al efecto, en la nota 26, nutrida jurisprudencia hasta la mitad de los años setenta para secundar su tesis.

Por último, la tercera posición parte de una concepción ecléctica, que, como dice CARINGELLA, entiende que la ordenanza tiene un carácter «normalmente administrativo (…) excepcionalmente normativo», en aquellos casos en los que establezcan previsiones que, aunque temporales, presenten carácter «abstracto, general e innovativo» (*astratto, generale ed innovativo*)[772]. Esta es la tesis predominante, que parece ser defendida en los últimos escritos de GIANNINI[773], así como por la mayoría de autores en la actualidad. Especialmente claro es SANDULLI, para quien las ordenanzas generalmente «vienen siendo adoptadas en relación con casos singulares; pero ello no excluye que puedan tener carácter general y abstracto, asumiendo, en tal caso, fuerza normativa y función de fuentes del Derecho» (*forza normativa e funzione di fonti del diritto*)[774].

Los indicados requisitos exigidos para entender que una ordenanza es más bien un acto y no una norma –recuerda CARLASSARE– son directamente tributarios de la «síntesis crisafulliana» entre generalidad y abstracción, aderezada por la distinción entre «disponer» (*disporre*) y «proveer» o «actuar» (*provvedere*): de ahí que las ordenanzas de necesidad –aunque en ocasiones generales y abstractas– no se consideren fuente del Derecho, pues implican una actuación concreta y temporal y no tanto disposición o encaje en el ordenamiento[775].

Ahora bien, esta posición no sólo ha sido discutida por la doctrina[776], sino que también ha sido matizada por la Corte Constitucional italiana, en su sentencia núm. 4, de 12 de enero de 1977, al afirmar que las ordenanzas pueden ser «(eventualmente) normativas». No obstante, la resolución añade que ello no implica que «estén comprendidas entre las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico», dado que «no innovan en el derecho objetivo (*non innovano al diritto oggettivo*)»[777]. En definitiva, como indica MORRONE, la jurisprudencia de la Corte Constitucional «no se arriesga a

[772] CARINGELLA, *op. cit.*, pág. 473. Parece seguir esta tesis RAFFIOTTA, «Le ordinanze emergenziali… (*cit.*)», de acuerdo con sus citas indicadas *infra*.
[773] GIANNINI, *Diritto Amministrativo* (*cit.*), págs. 269 y ss., dado que critica tanto la tesis de la normatividad de las ordenanzas como la que las concibe estrictamente como «actuaciones administrativas» (*provvedimenti amministrativi*).
[774] SANDULLI, *op. cit.*, pág. 75.
[775] En este sentido, CARLASSARE, L., «Fonti del diritto (dir. cost.)», in *Enciclopedia del Diritto.*, Annali, Vol. II-2, Giuffrè Francis Lefebvre, 2008, págs. 536 y ss., especialmente notas 27 y 28. *Vid*., también, CRISAFULLI, V., «Fonti del Diritto: b) Diritto costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto.*, 1ª ed., Vol. XVII, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1968, págs. 925 y ss., así como BIN, R., «Il sistema delle fonti. Un'introduzione», en VV.AA., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, 1ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 2009, págs. 26-52.
[776] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 93, recuerda la existencia de leyes sin carácter general o abstracto, así como de medidas generales o abstractas, no considerándose estas últimas por ello normas *stricto sensu*.
[777] *Cit.* por SANDULLI, *op. cit.*, pág. 75.

librarse del todo de la 'normatividad' de las ordenanzas de necesidad», quedando abierta la cuestión[778].

En efecto, para MORBIDELLI la caracterización de la Corte Constitucional resulta algo contradictoria: si una ordenanza de necesidad puede ser «eventualmente» normativa, no se explica cómo –al mismo tiempo– no innova en el Derecho objetivo. Defiende por ello que el hecho de que las ordenanzas de necesidad no deroguen –en el sentido de la abrogación– las normas dado su carácter temporal, no es razón suficiente para descartar su carácter innovativo en el ordenamiento, dado que, en efecto, la inaplicación de las Leyes también supone un carácter innovativo en cierto modo[779]. Y es que «abandonando criterios y categorías dogmáticas y descendiendo a un nivel de observación práctica resulta difícil pensar que las modificaciones a la Ley núm. 240, de 7 de agosto de 1990, o al Código Civil, o al Código de Contratación, o a las normas tributarias –además, sin referirse a sujetos determinados– no tienen carácter normativo»[780].

Estos interrogantes se han reabierto a raíz de la crisis de la COVID-19. De nuevo, la Corte Constitucional –en su sentencia 198/2021– no parece haber dado una respuesta definitiva a esta cuestión: cataloga los Decretos del Presidente del Consejo de Ministros (D.P.C.M) dictados con fundamento en los Decretos leyes habilitantes y cuestionados ante el Supremo Intérprete –Decretos leyes 6/2020 y 19/2020– como actos administrativos y, concretamente, como «actos de necesidad» (*atti necessitati*), dada la tipificación o enumeración que de ellas se hace. Ahora bien, queda todavía sin resolver de modo definitivo si las ordenanzas de necesidad –dictadas exclusivamente sobre la base de la normativa de protección civil y de acuerdo con el poder de ordenanza– poseen, en todo caso, carácter únicamente administrativo, o si, por el contrario, pueden en efecto ostentar carácter normativo[781].

[778] *Vid*. al efecto, MORRONE, *op*. *cit*., pág. 157, nota 49.
[779] MORBIDELLI, «Delle ordinanze libere a natura normativa (*cit*.)», págs. 47 y ss., especialmente 52 y ss.
[780] MORBIDELLI, «Delle ordinanze… (*cit*.)», págs. 52-53. Son, desde luego, interesantes las reflexiones que realiza el autor respecto de las ordenanzas de necesidad cuando ostentan contenido normativo –págs. 59 y ss.–, indicando que, en tales casos, su configuración presentaría similitudes con las del reglamento delegado.
[781] *Vid*. *infra*, especialmente segunda nota al pie del presente capítulo. Sobre el tema, CASTELLI, L., «Tra 'disporre' e 'provvedere'. I DPCM pandemici al test di normatività», en *Osservatorio sulle Fonti*, año XV, 2/2022, págs. 37-100. Son especialmente relevantes las reflexiones que realiza el autor –págs. 39-40– respecto de las diversas posiciones doctrinales en torno a la normatividad –o no– de los D.P.C.M. dictados con fundamento en los mencionados Decretos leyes, indicando que «parece posible identificar al menos siete distintas posiciones» doctrinales dependiendo del grado de normatividad escogido por los

C).- JUSTIFICACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD

La presencia del poder de ordenanza y de las ordenanzas de necesidad en el Derecho italiano está anudada a la duda –hoy ya superada– sobre su compatibilidad con la Constitución de 1947, la cual, como se sabe, no hace referencia alguna a esta institución jurídica[782]. De ahí que se haya planteado una posible colisión entre esta figura y la Carta Magna, concretamente, desde dos prismas: por un lado, su coexistencia con el principio de legalidad y la reserva de Ley[783]; y, por otro, respecto de su capacidad de «hacer excepción» (*derogare*) a la normativa vigente.

Aunque ambas cuestiones están interrelacionadas –dado que la capacidad de exceptuar Leyes a través de meras actuaciones administrativas implica, *a priori*, una intromisión del Ejecutivo en el plano del Legislativo y, por tanto, una quiebra de los principios constitucionales indicados– se van a analizar por separado para mayor claridad de la exposición.

Comenzando por la reserva de Ley y el principio de legalidad, la Corte Constitucional italiana tuvo la oportunidad, desde pronto, de pronunciarse sobre esta aparente colisión con las ordenanzas de necesidad, primero en la sentencia núm. 8, de 1956 y, ya con mayor contundencia, en la núm. 26, de 1961[784]. Tras subrayar el carácter no legislativo de este instrumento, la sentencia atendía a la delimitación entre reserva de Ley relativa y absoluta, bien conocida en la tradición jurídica italiana[785]. En efecto, para el Alto Tribunal queda vedada a la ordenanza de necesidad la reserva absoluta de Ley: si penetrase en tal campo, la ordenanza devendría inconstitucional, siendo admisibles aquellas que únicamente inciden en la relativa.

autores. Recuerda, además, que la tesis dominante en la literatura jurídica respecto de estos D.P.C.M. se orientaba por equipararlos a las ordenanzas de necesidad y no tanto a los «actos de necesidad» o medidas estándar, siendo así la tesis recogida por la Corte Constitucional un tanto minoritaria (págs. 38-39). *Vid*., también, la síntesis doctrinal que realiza el autor sobre la normatividad –o no– de las ordenanzas de necesidad en las págs. 66 y ss.

[782] Algunos autores entendieron que la falta de previsión hacía a estas ordenanzas inconstitucionales, así ESPOSITO, C., voz «Decreto legge», en *Enciclopedia del Diritto* (*cit.*), págs. 866 y ss., o también MORTATI, C., *Instituzione di diritto pubblico*, Vol. II, 9ª ed., CEDAM, Pádova, 1976, págs. 718 y ss. En la actualidad la constitucionalidad del poder de ordenanza es algo pacífico.

[783] Es fundamental la ya aludida obra de CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità* (*cit*.), especialmente los capítulos IV y VIII. *Vid*. también, CERULLI IRELLI, V., «Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione», en *Diritto pubblico*, núm. 2, 2007; y, en fin, RAMAJOLI, M., «Potere di ordinanza e Stato di diritto», en *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, 1ª ed., Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011, págs. 734 y ss.

[784] Concretamente, las emanadas de la habilitación del artículo 2 TUPS al que luego aludiremos.

[785] Los sucesivos pronunciamientos de la Corte Constitucional se han seguido orientando en este sentido, así las sentencias 4/1977, 201/1987, y un largo etcétera.

Ello se explica de la siguiente manera: la reserva absoluta agota la regulación a través de la Ley, no dejando actuación alguna a las autoridades administrativas, mientras que la reserva relativa establece unas directrices de actuación en la Ley, remitiendo la regulación de detalle al complejo Ejecutivo-Administración. De ahí que los poderes atributivos de ordenanza de necesidad por vía legislativa sean compatibles con la reserva relativa de Ley, puesto que la norma legal habilitante establece las directrices o criterios de actuación que terminan por delimitar la discrecionalidad del órgano al que se le atribuye este poder de ordenanza[786].

En intrínseca conexión con la reserva de Ley se encuentra el principio de legalidad[787], que –indica SANDULLI– puede verse «restringido» por la propia previsión legal de este poder de ordenanza[788]. Esto explica que la doctrina italiana, tratando de hacer coexistir ambas figuras, haya desarrollado una elaborada distinción entre legalidad y tipicidad[789]. De este modo, existiría un principio de legalidad «relativo» –conectado a esa reserva de Ley también «relativa»–, que meramente exigiría una habilitación legal para que la autoridad administrativa pueda actuar. En otras palabras, basta con una *interpositio legislatoris*[790], aunque, eso sí, sometida a ciertas exigencias.

De ahí que gran parte de la doctrina italiana, desde el conocido escrito de GIANNINI de mediados del siglo pasado, prefiera no hablar de actuaciones *contra* o *ultra legem*, pues no hay actuación «en contra» o «más allá» de la Ley cuando es esta, precisamente, quien lo habilita. Esta autorización se manifiesta de dos formas diferenciadas: bien establece detalladamente los distintos tipos de actos a dictar por la autoridad competente (tipicidad); bien reconoce una facultad o poder de actuación sin

[786] Entre otros, RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 95, o, también, CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo* (*cit.*), pág. 519. *Cfr*. con lo indicado *supra*, en torno a las críticas doctrinales vertidas sobre esta sentencia.
[787] SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità* (*cit.*), págs. 22-23. Indica el autor que, en el constitucionalismo moderno, el principio de legalidad asume el papel «de fundamento y de limitación de la potestad administrativa», mientras que la reserva de Ley «expresa una regla sobre la competencia normativa con respecto a determinadas materias y objetos, sustrayendo de su regulación a fuentes distintas de la Ley». *Vid*. también, DI GIOVINE, *op. cit.*, págs. 165 y ss.
[788] SANDULLI, *op. cit.*, pág. 75. En palabras suyas: «la previsión de estas ordenanzas, por imperio de la Ley, representa en cierto sentido una restricción del principio de legalidad (*una restrizione del principio di legalità*)».
[789] Antes de la jurisprudencia constitucional aducida algunos autores, como GALATERIA, *op. cit.*, págs. 27-28, enfocaban la relación de la ordenanza con el principio de legalidad desde otro prisma, entendiendo que, dado el carácter excepcional de aquélla, se permite una derogación del principio de legalidad, pues, de otro modo no podría cumplir su función de complementar el poder legislativo y reglamentario con su capacidad de colmar lagunas.
[790] La expresión es utilizada por CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 133, quien, no obstante, matiza los requisitos y exigencias para que pueda darse la misma.

delimitar los actos concretos que pueden ser dictados (atipicidad). En ambos casos el principio de legalidad se mantiene incólume.

Así las cosas, siguiendo a GIANNINI, «las ordenanzas de urgencia son medidas administrativas (*provvedimenti amministrativi*) que, en cuanto previstas por las normas, respetan el principio de legalidad, si bien constituyen una excepción respecto a la regla de tipicidad». Y añade: «la potestad de ordenanza es, por lo tanto, una potestad de crear medidas atípicas (*provvedimenti atipici*), fuera de la previsión normativa, y, por lo tanto y en ese sentido, necesariamente generadoras de una excepción normativa (*derogatori*), sin que ello pueda significar que el titular del poder de ordenanza disponga de una absoluta libertad de elección»[791].

Esta ausencia de determinación hace del poder de ordenanza un «poder de contenido indeterminado» (*potere a contenuto indeterminato*)[792]; que supone, a la postre, una excepción al principio de tipicidad, pero con respeto al principio de legalidad (relativo).

Así las cosas, el principio de legalidad termina por respetarse en sentido formal (el poder de ordenanza se prevé en la Ley) y material (aunque flexibilizando la tipicidad del mismo). La vertiente material queda justificada por la excepcionalidad del instrumento: si estuviesen previstos o tipificados todos los actos que la autoridad puede dictar para el caso de necesidad, las ordenanzas perderían su razón de ser[793]. Esta tesis ha sido masivamente admitida por la jurisprudencia y la doctrina moderna[794].

Es cierto que no definen el tipo de prestación (objeto) o los potenciales sujetos pasivos de la ordenanza, pero se ha venido entendiendo que quienes ejercitan tales poderes por necesidad o urgencia terminarían por hacer suyos los demás poderes ya atribuidos por otras normas legales a los distintos órganos o entes[795]. Es así como el poder de ordenanza puede coexistir con la reserva de Ley y, a la postre, con el principio de legalidad exigido por los artículos 23 y 97 de la Constitución italiana.

---

[791] GIANNINI, *Diritto Amministrativo* (*cit.*), pág. 270-271, puliendo las precisiones que ya realizaba en 1948 en «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*)», págs. 950 y ss.
[792] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 7.
[793] Esto ha hecho que algún autor, así MIGLIARESE, F., «Ordinanze di necessità», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXII, 1ª ed., Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pág. 3, entienda que las ordenanzas de necesidad sólo respetan el principio de legalidad en sentido formal.
[794] A título ejemplificativo, CERASE, *op. cit.*, pág. 3986; MORBIDELLI, «Delle ordinanze… (*cit.*)», págs. 52-53; CASETTA, *op. cit.*, pág. 310-311; o CARINGELLA, *op. cit.*, pág. 472.
[795] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 3983-3984.

Ya, en intrínseca conexión con todo lo indicado, hemos de aludir a la noción de *derogare*; expresión que puede traducirse como «excepcionar» o «hacer excepción» a las normas vigentes y que es consustancial a la noción de ordenanza. Es especialmente importante delimitar este tipo de eficacia, puesto que a través de ella las ordenanzas –de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia italiana– respetan el sistema de fuentes, la jerarquía normativa y, en fin, el principio de legalidad. En efecto, en Derecho italiano se distingue entre *abrogazione*, como eliminación definitiva de una disposición normativa del ordenamiento (equivalente a nuestro «derogar»); «suspensión de la eficacia» (*sospensione di eficacia*), cuyas repercusiones jurídicas son idénticas a nuestra «suspensión»; y, en fin, *derogare*, como capacidad de hacer excepción a la normativa vigente con carácter temporal y por cuestiones extraordinarias[796].

Lo realmente complejo es distinguir entre suspensión de la norma y su excepción (*derogare*). La doctrina más autorizada lo explica de la siguiente manera: en el *derogare* la norma excepcionada (*derogata*) conserva su eficacia en términos amplios –aunque se haga excepción en un punto concreto y delimitado–, mientras que en la suspensión la norma (suspendida) se ve, efectivamente, privada totalmente de eficacia durante el término indicado[797]. Esta delimitación ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional para con las ordenanzas de necesidad, siendo especialmente expresiva la sentencia 201/1987, que insiste en la distinción entre «excepcionar la Ley» (*derogare*) y «abrogarla» (*abrogare*) o «modificarla» (*modificare*)[798].

En definitiva, el poder de ordenanza en el ordenamiento jurídico constitucional italiano –así como la de las ordenanzas de necesidad que de él emanan– se encuentra plenamente admitido y justificado, siempre que respete una suerte de límites a los que aludiremos posteriormente. Aún más, la Corte Constitucional, en su sentencia 521/1995,

[796] Es claro a estos efectos, CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale* (*cit.*).

[797] *Vid*., al efecto, RESCIGNO, G. U., voz «Deroga (in materia legislativa)», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1964, págs. 303-305. *Vid*. también las reflexiones de CAVALLO PERIN, *op. cit*., págs. 400 y ss., y, ya *in extenso*, la monografía de ITALIA, V., *La deroga nel diritto pubblico*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1977. *Cfr*. con MORRONE, *op. cit*., pág. 157, para quien la eficacia que emana de las ordenanzas es más bien de carácter *sui generis*, no siendo posible reconducirla a conceptos como los de abrogar, excepcionar (*deroga*), suspender, anular, etc., poseyendo entonces una *ratio singulare* consecuencia de la relación «regla-excepción» de la que trae causa. Esta idea de «regla-excepción» se encuentra también en RESCIGNO, voz «Deroga... (*cit.*)».

[798] Algún autor, así CERASE, *op. cit*., pág. 3989, ha querido justificar esta capacidad de excepcionar Leyes de las ordenanzas estableciendo un paralelismo con el de la delegación legislativa y los reglamentos delegados: al igual que en estos casos, en los que la Ley prevé que el reglamento pueda entrar en el ámbito a la Ley reservado, la ordenanza podría también entrar en esa esfera por expresa autorización legislativa.

apartado 3, ha llegado a subrayar cómo este instrumento responde al principio de «buena administración» (*buon andamento*) del artículo 97 de la Carta Magna: la Administración no puede quedar desarmada e impotente frente a situaciones excepcionales y para las cuales no existe un procedimiento previsto por las Leyes[799].

IV.- LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD EN EL DERECHO POSITIVO ITALIANO

El Derecho italiano prevé una miríada de normas que reconocen la posibilidad a favor de las autoridades administrativas de dictar ordenanzas de necesidad o urgencia para hacer frente a situaciones de carácter excepcional.

La doctrina, por lo general, suele utilizar como parámetros para reconducir a la categoría objeto aquí de análisis dos cuestiones: la existencia de una situación de necesidad y urgencia para poder hacer uso de este poder y, por otro lado, el carácter indeterminado de la habilitación legal respecto del contenido de las actuaciones a realizar por la autoridad administrativa apoderada[800][801]. Para facilitar la exposición, vamos a dividir las ordenanzas de necesidad en aquellas que, por un lado, se reconocen en el terreno local, y en las existentes a favor de las autoridades del Estado, por otro[802].

1.- EN EL ÁMBITO LOCAL

Los poderes de necesidad en la provincia y en el municipio los encontramos ya desde la creación misma del Estado italiano, adjudicándose, respectivamente, al Prefecto y al Alcalde bajo la forma de ordenanzas. El primero, que tendría una marcada preeminencia en la esfera de la seguridad y el orden público local desde el siglo XIX, irá perdiendo relevancia en el uso de tales facultades excepcionales en favor del Alcalde, a través de los diversos textos normativos y especialmente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1947.

---

[799] Resolución citada y explicada por CERASE, *op. cit.*, pág. 3987.

[800] En este sentido, CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 7 y 8.

[801] No obstante, y pese a esta reconducción, existen habilitaciones sobre las que la literatura jurídica italiana no es unánime respecto a si otorga a las autoridades administrativas –o no– un poder de ordenanza. Esto explica que algunos autores –como GIANNINI, *op. cit.*, pág. 269– opten por analizar únicamente aquéllas sobre las que existe jurisprudencia constitucional reconociendo su existencia.

[802] En la práctica, las Regiones italianas dictan ordenanzas de necesidad sobre la base, fundamentalmente, de normativa estatal como acaece en materia medioambiental, sanitaria o de protección civil. Sobre esto, *vid*. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), pág. 171, para quien «sólo los órganos estatales poseen la potestad de ordenanza extra ordinem» (*solo gli organi statali hanno la potestà di ordinanza extra ordinem*), afirmación que ha de ser matizada a la luz de los poderes atribuidos al Alcalde como autoridad del municipio en la normativa italiana vigente (artículo 50.5 TUEL).

Las ordenanzas locales de necesidad son, en Derecho italiano, un terreno de enorme litigiosidad constitucional y administrativa; hecho que ha incoado el alumbramiento de una frondosa jurisprudencia que ha permitido, a su vez, delimitar los contornos, límites y controles del poder de ordenanza en sentido amplio y no sólo circunscrito a esta esfera. Por todo ello, atenderemos en un primer momento a las atribuciones en la materia del Alcalde para, en un segundo punto, analizar las propias de los Prefectos.

A).- LOS PODERES DEL ALCALDE

Son tradicionales en el Derecho italiano las facultades excepcionales atribuidas al Alcalde para hacer frente a situaciones de necesidad, pudiéndose encontrar ya en las distintas normas del régimen local de mediados del siglo XIX[803], así como en el artículo 7 de la Ley núm. 2248, de 20 de marzo de 1865[804], cuya vigencia[805] y naturaleza[806] sigue siendo discutida; o, en fin, en la legislación especial[807].

[803]CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 351 y ss., especialmente nota 69, quien rastrea estos poderes excepcionales del Alcalde hasta los artículos 158-170 de la Ley de 7 de octubre de 1848 del Estado de Piamonte, indicando ulteriores normas que regularían estos poderes, tales como el artículo 151 del Real Decreto de 4 de mayo de 1898 o el artículo 133 del Real Decreto núm. 5921, de 10 de febrero de 1889. Es interesante la discusión tradicional respecto a si estos poderes se ejercían por el Alcalde como oficial del Gobierno, porque aquéllos por su carácter, por sus fines y «por el grave efecto de incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos incluso excepcionando las leyes (*anche in deroga alla legge*), sólo pueden pertenecer al Estado (*non può appartenere che allo Stato*)», como señala GALATERIA, *op. cit.*, pág. 64. Como se verá, esta última posición está hoy superada.

[804] El precepto indica que «Si, debido a grave necesidad pública (*per grave necessità pubblica*) la autoridad administrativa debiere disponer inmediatamente de la propiedad privada, o en espera de una sentencia por el mismo motivo, procederá a la ejecución del acto cuyas consecuencias legales se debaten, proveyendo a través de un decreto motivado, siempre sin perjuicio de los derechos de las partes». Sobre este precepto es clásico el escrito de GIANNINI, «Le ordinanze dispositive della proprietà privata... (*cit.*)». El autor hace un comentario a la sentencia del Consejo de Estado, sección IV, núm. 181, de 7 de mayo de 1949, que se pronuncia sobre la no definitividad –en vía administrativa– de la actuación del Prefecto en el ejercicio de este artículo. *Vid*. también el precepto completo en el Anexo E de la norma aquí: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1865/04/27/065U2248/sg

[805] Hay autores que entienden que este precepto sigue vigente: desde la doctrina más tradicional, GALATERIA, *op. cit.*, pág. 48; RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 96; BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 61-62; GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo* (*cit.*), pág. 462; hasta la más actual, entre otros, CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 517; ROMANO TASSONE, A., «La normazione secondaria», en MAZZAROLLI, L., PERICU, G., ROMANO, A., *et alt*., *Diritto Amministrativo*, Vol. I, 1ª ed., Monduzzi Editore, Bolonia, 1993, pág. 174; RAZZANO, G., «Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale», en *Associazione Italiana Costituzionalisti (Sez. Dottrina-Fonti del Diritto)*, 9 de octubre de 2008, después publicado en VV. AA., *Scritti in onore di Michele Scudeiro*, 1ª ed., Jovene Ed., 2008, págs. 1935-1967, concretamente su epígrafe 3, donde, aunque tilda estas ordenanzas de «históricas», subraya su vigencia y alude a jurisprudencia penal de las últimas dos décadas sobre ellas. Otros autores incluso entienden que estamos ante una norma habilitante para dictar ordenanzas de necesidad *stricto sensu* (GALATERIA, BARTOLOMEI, o RESCIGNO, de acuerdo con las referencias indicadas).

[806] Sobre este precepto hay dos tesis. Por un lado, la que defiende que estamos ante un poder habilitante y autónomo para dictar ordenanzas de necesidad, aunque limitadas al ámbito de la propiedad privada

Estos poderes –mantenidos durante el siglo pasado[808]– han pervivido hasta hoy día[809], recogiéndose ahora en el Decreto legislativo núm. 267, de 18 de agosto del 2000, por el que se aprueba el Texto Único de las Leyes sobre la ordenación de los entes locales (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti local*, TUEL). Por lo demás, estamos ante poderes que existen también en otros países europeos, incluido el nuestro[810]. El texto se hace eco además de la tradicional problemática respecto de si los poderes de ordenanza del Alcalde se ejercitan en calidad de representante del municipio o, si por el contrario, se ejecutan como representante del Gobierno[811], al establecer, marcadamente, cuándo actúa de una forma u otra en los tres preceptos que se refieren a esta potestad; preceptos que pasamos a analizar[812].

En primer lugar, el artículo 50.5 TUEL autoriza al Alcalde a adoptar ordenanzas coyunturales y urgentes (*ordinanze continguibili e urgenti*), en el territorio local, «en

(RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 96). Y, por otro, la que entiende que estamos ante una norma que se limita a regular los distintos tipos de poderes de ordenanzas relativas a la propiedad privada, así como las repercusiones que pueda tener en ella: es decir, que este artículo 7 no recoge un poder concreto para dictar ordenanzas de necesidad, sino únicamente la justificación de intervenir en la propiedad privada a través de los poderes de ordenanza que se reconocen en otras Leyes; lo que brindaría al administrado las garantías de tales procedimientos, de las que, por cierto, carecería si se aplicase directamente el precepto indicado. Esta es la tesis tradicional de GIANNINI, «Le ordinanze dispositive della proprietà privata... (*cit.*)», págs. 206 y ss., especialmente págs. 211 y 214, y defendida más recientemente por SANDULLI, *op. cit.*, pág. 78. La discusión entre esta teoría y la otra la recoge CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 9, especialmente nota 14, indicando jurisprudencia en ambos sentidos.

[807] *Vid.*, *infra*. Esto ha hecho que algún autor hable de la ordenanza como un «poder polimorfo», dadas las distintas atribuciones legales de este poder al Alcalde en el ordenamiento italiano, así BARTOLOMEI, voz «Ordenanza... (*cit.*), pág. 971. En cualquier caso, los poderes de ordenanza de este órgano se ejercen hoy, fundamentalmente, sobre la base del TUEL que se analiza en este epígrafe.

[808] Concretamente en el tradicional artículo 153 del Texto Único de las Leyes Municipales y Provinciales, aprobado por Real Decreto núm. 148, de 4 de febrero de 1915 (*Testo Unico della Legge Comunale e Provinciale*. o TULCP), que habilitaba para tomar medidas coyunturales y urgentes (*provvedimenti contingibili ed urgente*) en materia de seguridad pública (*sicurezza pubblica*) y de higiene pública, dictándose tales ordenanzas por el Alcalde como «autoridad del Gobierno» (*ufficiale di governo*). Esta norma fue derogada por la Ley núm. 142, de 8 de junio de 1990, de ordenación de la autonomía local (*ordinamento della autonomia locali*). No se ha de confundir este TULCP con el de 1934 del mismo nombre, que atribuía poderes similares al Prefecto, como veremos.

[809] Recientemente se ha hecho uso de estos poderes a nivel local para combatir el coronavirus, lo que provocó que el Decreto ley, núm. 9, de 2 de marzo de 2020, de medidas urgentes en materia de contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19, con ánimo de coordinar las actuaciones en la materia, indicase en su artículo 35 que «tras la adopción de las medidas estatales de contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19, no podrán ser adoptadas, y las ya adoptadas devendrán ineficaces, ordenanzas del Alcalde coyunturales y urgentes dirigidas a hacer frente a la emergencia indicada que contradigan las medidas estatales».

[810] Sobre el tema, RAFFIOTTA, «Le ordinanze emergenziali… (*cit.*)», págs. 56 y ss., para los «reglamentos de necesidad» en España y págs. 44 y ss., para las «decisiones» (*ârretés*) de los Alcaldes en el Derecho francés, recordando el autor que estos últimos «coinciden, en esencia, con las ordenanzas emitidas por el Alcalde en el sistema jurídico italiano».

[811] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 100, ya destacaba la importancia de este debate: la actuación del Alcalde como subordinado al Gobierno o como cúspide de la Administración Local tiene repercusiones diferenciadas a efectos de incoar una acción de responsabilidad patrimonial.

[812] Sobre esto, *vid*. RAFFIOTTA, «Le ordinanze emergenziali… (*cit.*)», págs. 19 y ss.

caso de emergencia sanitaria o de higiene pública (*emergenze sanitarie o di igiene pubblica*)», siendo esta una especialidad a nivel local de un mismo poder que se atribuye a nivel estatal, como veremos. Tal potestad fue ampliada a través de la modificación del indicado precepto por el artículo 8.1.a) del Decreto ley núm. 14, de 20 de febrero de 2017[813].

En efecto, se añade un inciso nuevo en el artículo 50.5 TUEL que habilita al Alcalde para dictar estas ordenanzas «en relación a la urgente necesidad de actuar en aras de superar situaciones de grave descuido o degradación del territorio (*grave incuria o degrado del territorio*) o perjuicio del decoro y habitabilidad urbana (*pregiudizio del decoro e della vivibilita' urbana*), con especial referencia a las necesidades de protección de la tranquilidad y descanso de los residentes, interviniendo también para ello en materia de horario de venta, incluso de comida para llevar (*per asporto*), y de suministro de bebidas alcohólicas y espirituosas».

Se ha de tener en cuenta que todas estas ordenanzas se dictan por el Alcalde, dice el artículo 50.5 TUEL, como «representante de la comunidad local» (*rappresentante della comunità locale*), lo que implica que, en este punto, no queda subordinado a la jerarquía del Gobierno[814].

En segundo lugar, el artículo 54. 4 TUEL indica de modo amplio que «El Alcalde, como autoridad del Gobierno (*quale ufficiale del Governo*), adopta motivadamente medidas, incluso de carácter coyuntural y urgente, respetando los principios generales del ordenamiento, con objeto de prevenir y eliminar aquellos peligros graves que amenazan la seguridad pública y la seguridad urbana», añadiendo que estas medidas habrán de ser previamente comunicadas al Prefecto, a fin de preparar los instrumentos necesarios para implementarlas[815].

[813] Norma que ha sido ulteriormente convalidada y convertida en la Ley núm. 48 de 18 de abril de 2017. Sobre esta reforma, *vid*. GARDINI, S., «Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scentari e nuovi poteri», en *Federalismi.it (Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo)*, núm. 15, 2018.

[814] En este sentido, RAFFIOTTA, «Le ordinanze emergenziali… (*cit*.)», pág. 20.

[815] Es claro en este punto, y en contraposición al supuesto del artículo 50.5, la jerarquía del Alcalde respecto al Gobierno. *Cfr*. MORRONE, *op. cit*., pág. 178, indica que este precepto presenta «serias dudas de constitucionalidad» por la «indeterminación» *(indeterminatezza*) del poder aquí reconocido; por la libertad que se otorga al Alcalde de elegir entre ordenanzas y ordenanzas coyunturales y urgentes; y, en fin, por la desproporción (*sproporzione*) existente entre las medidas configuradas y los valores que se pretenden proteger. Como veremos, este precepto ha sido declarado parcialmente inconstitucional por la Corte italiana.

Por último, el artículo 54.6 TUEL prevé un tercer supuesto, al indicar que «En casos de emergencia, relacionados con el tráfico o con la contaminación atmosférica o acústica, o cuando, debido a circunstancias extraordinarias, se exijan particulares necesidades del servicio público (*utenza*) o por razones de seguridad urbana, el Alcalde podrá modificar los horarios de los establecimientos comerciales (*esercizi commerciali*), empresas públicas (*pubblici esercizi*) y de los servicios públicos (*servizi pubblici*), así como, de acuerdo con los jefes territorialmente competentes de las administraciones interesadas, el horario de apertura de las oficinas públicas ubicadas en el territorio, adoptando las medidas mencionadas en el párrafo 4». Es decir, nos realiza una remisión al artículo 54.4 TUEL, habilitando al Alcalde para dictar ordenanzas en los mismos términos señalados en tal precepto, aunque bajo las condiciones señaladas en este.

Sea como sea, estos poderes de ordenanza del Alcalde se colocan al lado o, incluso, se superponen, a los del Prefecto que luego veremos, teniendo también capacidad de excepcionar (*derogare*) Leyes vigentes a fin de hacer frente a la emergencia[816].

La utilización de estas ordenanzas ha sido profusa y constante[817], siendo admitido su poder de excepcionar las Leyes tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia ordinaria y constitucional. Esta última ha tratado de limitarlos y delimitarlos, destacando la sentencia núm. 319, de 1983, que indica que el Alcalde al hacer uso de estos poderes ha de observar la Ley «en su letra y en su espíritu» (*nella sua lettera e nel suo spirito*)[818].

Por último, se ha de destacar la importancia de su carácter coyuntural o urgente. Al efecto, la Sentencia núm. 115 de la Corte Constitucional italiana, de 4 de abril de 2011, pronunciándose sobre la reforma de 2008, declaró inconstitucional la previsión que permitía al Alcalde utilizar estas ordenanzas cuando careciesen de tal carácter[819].

---

[816] RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 20.

[817] Al efecto, *vid*. ANCI-Cittalia, *Per una città sicura: dalle ordinanze agli strumenti di planificazione e regolamentazione della convivenza cittadina*, 2012. Este informe de la Asociación Nacional de Municipios Italianos (*Associazione Nazionale dei Comuni Italiani*, ANCI) de 2012, indica cómo tales poderes se han utilizado más en grandes municipios y en capitales de provincia, dando datos numéricos y porcentajes al efecto. Un resumen en RAFFIOTTA, *op. cit.*, págs. 20-21.

[818] *Cit*. por GARDINI, *op. cit.*, pág. 7.

[819] En la práctica se eliminó el «también» (*anche*) indicado antes de la expresión «coyunturales y urgentes» del artículo 54.4 para así limitar el uso del poder de ordenanza. Un comentario y análisis de la sentencia la encontramos en BROCCA, M., «Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del sindaco», en *Foro Amm. CDS*, 2011, págs. 2278 y ss. *Cfr*. con MORRONE, *op. cit.*, pág. 179, que ya advertía que la

B).- LOS PODERES DEL PREFECTO

La competencia de los Prefectos para dictar ordenanzas de necesidad es tradicional en Italia, bebiendo ésta de dos fuentes fundamentales: los textos de régimen local, por un lado y la normativa de seguridad pública, por otro.

En el primer caso, indica CAVALLO PERIN, tales poderes prefecticios, justificados por la preeminencia de esta figura en la provincia, se encajaban en el artículo 3 de las diferentes Leyes Locales y Provinciales del siglo XIX y principios del XX (normas de 1865, 1898, 1908 y 1915)[820]. Instaurado el nuevo régimen fascista, estas facultades excepcionales se perpetuarían también en el artículo 3 del Real Decreto núm. 383, de 3 de marzo de 1934, por el que se aprueba el Texto Único de la Ley municipal y provincial (*Testo Unico della legge comunale e provinciale*, TULCP). La reforma operada por la Ley núm. 277, de 8 de marzo de 1949 los reubicará en el artículo 19 del mismo texto de 1934[821]. Todas estas normas habilitaban a los Prefectos, de modo genérico e indeterminado, a realizar, en caso de urgencia, cualesquiera «actuaciones indispensables» (*provvedimenti indispensabili)* en las distintas ramas del servicio y, en su caso, por cuestiones de interés público. Su uso, como ha señalado GALATERIA, fue extraordinariamente amplio durante el periodo fascista, utilizándose incluso en situaciones para las que este precepto no estaba previsto inicialmente[822].

Todavía en el plano estrictamente local, el artículo 20 de este mismo texto de 1934 atribuiría también al Prefecto un «poder de ordenanza», aunque con mayor claridad, indicando la facultad de éste de adoptar «ordenanzas de carácter coyuntural y urgente en materia de la construcción (*edilizia*), policía local e higiene, por motivos sanitarios o de seguridad pública, por interés de toda la provincia o de alguno de los municipios de la misma». La Corte Constitucional italiana, en su histórica sentencia núm. 4, de 1977, se pronunció sobre el artículo 20 TULCP, subrayando que tales ordenanzas eran conformes con la Carta magna, aunque con los límites marcados por

fórmula precedente, en la que se preveían únicamente las ordenanzas coyunturales y urgentes era «netamente preferible».

[820] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 385, nota 128, con expresión de las diferentes formulaciones del reconocimiento del poder de ordenanza a lo largo del tiempo.

[821] Tales textos hablaban de «medidas indispensables» (*provvedimenti indispensabili*) dictadas por el Prefecto en situaciones de urgencia o necesidad por cuestiones de interés público. Muchos autores ven en estas referencias verdaderas ordenanzas de necesidad: desde la doctrina más tradicional, como GALATERIA, *op. cit.*, págs. 50 y ss.; hasta la más actual, *v.gr.*, CAVALLO PERIN, *op. et loc. cit.*, con las referencias que allí se indican.

[822] GALATERIA, *op. cit.*, pág. 51.

ella[823]. Sea como sea, este texto de 1934 ha sido derogado –y con él los referidos artículos 19 y 20– por el Decreto legislativo núm. 267, de 18 de agosto del 2000, ya indicado, atribuyendo estos poderes al Alcalde[824].

Por todo ello, puede decirse entonces que el Prefecto no dispone ya en el Derecho positivo italiano de un poder de ordenanza atribuido por la normativa de régimen local. No obstante, ello no es óbice para que se sigan manteniendo, aún, en materia de seguridad pública. En efecto, el artículo 2 del Texto Único de las Leyes de Seguridad Pública (TULPS, por sus siglas en italiano[825]), aprobado por Real Decreto núm. 773, de 18 de junio de 1931[826] (y todavía vigente), indica que «el Prefecto, en caso de urgencia o de grave necesidad pública, está facultado para adoptar las medidas indispensables (*provvedimenti indispensabili*) para la tutela del orden público (*ordine pubblico*) y de la seguridad pública (*sicurezza pubblica*)».

Aunque no se habla explícitamente de «ordenanza», ni se subraya su capacidad de excepcionar normas legales en el precepto, lo cierto es que, en la práctica, se sobreentienden ambas cuestiones[827]. De hecho, la supervivencia de este precepto bajo el nuevo marco constitucional emergido tras 1947 provocaría que la Corte Constitucional italiana tuviese que validar su encaje como ordenanzas de necesidad en el nuevo ordenamiento, con todo lo que ello implica. En efecto, el Alto Tribunal, en vez de declararlo contrario a la Ley fundamental a través de la técnica de la «inconstitucionalidad sobrevenida», decidió adaptarlo al nuevo sistema jurídico a través de dos decisiones históricas.

La primera es la sentencia núm. 8, de 1956, por la que se entendería que estos poderes prefecticios se mantienen bajo la Constitución de 1947, si bien subrayándose

[823] Concretamente se planteaba que las ordenanzas del Prefecto incidían sobre el derecho de huelga (artículo 40 de la Constitución italiana) y que ello podría contrariar la reserva de Ley en tal ámbito. El Alto Tribunal entiende que son constitucionales estas ordenanzas incluso en tales casos, aunque con límites: siempre que precisen de protección los intereses constitucionales de la seguridad o de la salud. Lo interesante de esta sentencia son las reflexiones que vierte sobre la naturaleza jurídica de este instrumento. El texto de la sentencia puede consultarse aquí: http://www.giurcost.org/decisioni/1977/0004s-77.html

[824] MORRONE, *op. cit.*, págs. 172-173, nota 101.

[825] *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*.

[826] Originariamente fue aprobado por Real Decreto núm. 1848, de 6 de noviembre de 1926, estando hoy vigente la norma citada en el texto.

[827] SANDULLI, *op. cit.*, pág., 76, reconoce este precepto como habilitante de ordenanzas de necesidad; también CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 517. *Cfr.* con RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 18, destacando la nota 71, en la que recuerda que algunos autores (CUOCOLO, ESPOSITO) entienden que esta disposición se encuentra tácitamente derogada.

que tal precepto se ha de reinterpretar a la luz de los nuevos principios constitucionales[828]. De ahí que la Corte Constitucional delimite, en palabras suyas, «algunos cánones» o «reglas» (*alcuni canoni*) para poder utilizar estas medidas. Así, se exigía que la eficacia estuviese limitada en el tiempo; que tuviese una motivación adecuada; que, en el caso de que no tuviese carácter meramente individual, se publicase la ordenanza; y, en fin, que fuese acorde a los principios del ordenamiento jurídico[829]. La segunda es la sentencia núm. 26, de 1961, dictada para disipar dudas sobre la práctica que se seguía haciendo del aducido precepto. Esta resolución reafirma lo indicado en la anterior, al tiempo que recoge cómo han de respetarse esos principios del ordenamiento jurídico en su uso. En caso contrario, la ordenanza se entendería ilegítima. La falta de concreción de la última sentencia llevaría a parte de la doctrina a afirmar la derogación tácita de este precepto[830].

No obstante, superadas las reticencias iniciales, el ejercicio de esta disposición ha sido en la práctica bastante amplio, ya que bajo el manto de la indeterminación de los conceptos de «orden público» y «seguridad pública» se han dictado ordenanzas para hacer frente a cuestiones de muy diversa índole –tráfico, manifestaciones, o, incluso, para limitar la venta de bebidas alcohólicas–; aunque, como ha indicado algún autor, tales situaciones no siempre eran, *stricto sensu*, de emergencia[831]. En cualquier caso, la

[828] Esta sentencia reabrió el debate sobre las ordenanzas de necesidad. *Vid*., a título ejemplificativo, TREVES, G., «La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza», en *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1956, págs. 994 y ss.; CRISAFULLI, V., «Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune», en *Giurisprudenza it*., I, 1956, págs. 863 y ss.

[829] CAVALLO PERIN, *op. cit*., págs. 88-89, nota 11.

[830] La sentencia exigía para que pudiesen utilizarse estos poderes del artículo 2 TULPS que hubiese ciertos criterios o directrices que delimitasen la actuación del Prefecto (dado que, en caso contrario, se entendía que incidía sobre la reserva absoluta de Ley y no sobre la relativa, cuestión primera que le está vedada); entendiéndose que la utilización de estas ordenanzas por el Prefecto era inconstitucional en tanto en cuanto no respetase los principios del ordenamiento. La significación de esta exigencia suscitó un vivo debate en la doctrina italiana de los años sesenta, que discutiría si esta resolución implicaba la anulación *in toto* del precepto o si, por el contrario, implicaba una mera exigencia interpretativa a la hora de ejercer el poder. *Vid*. al efecto, CRISAFULLI, V., «Il 'ritorno' dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*, VI, 1961, págs. 886 y ss.; LAVAGNA, C., «Sull'illegittimità dell'art. 2 leggi di P.S. come testo legislativo», en *Giurisprudenza costituzionale*, VI, 1961, págs. 898 y ss.; SCUDIERO, M., «In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali», en *Foro Penale*, II, 1962, págs. 102 y ss. Un resumen de este debate y de la problemática la encontramos en CAVALLO PERIN, *op. cit*., págs. 138 y ss.

[831] RAFFIOTTA, *op. et loc. cit*., indica en las notas 74 a 80 las ordenanzas prefecticias dictadas en la materia, siendo todas más o menos recientes (la última de 2015). Destaca, por su importancia y contundencia, la ordenanza dictada por el Prefecto de Génova núm. 288 de 2 de junio de 2001, que tuvo por objeto apaciguar las manifestaciones contra el G8, incidiendo incluso sobre derechos fundamentales, lo que llevó a su impugnación ante el Consejo de Estado italiano, quien, por sentencia núm. 85 de 16 de enero de 2006, admitió su legalidad, entendiendo que se producía una «regulación» de las libertades constitucionales y no una «supresión» de las mismas. El autor insiste también (pág. 18), en que la

doctrina más reciente ha destacado su plena vigencia, así como su utilización durante la crisis de la COVID-19[832].

2.- EN LA ESFERA ESTATAL

El uso de las ordenanzas de necesidad por parte de los poderes del Estado no goza de tanta tradición como en el caso local ya analizado o, al menos, no en el sentido actual del «poder de ordenanza». En efecto, la tradicional confusión entre ordenanzas de necesidad y Decretos leyes en esta esfera provocará el recurso indiferente a una u otra figura jurídica, implicando la génesis de, hasta mediados del siglo pasado, una amalgama heterogénea de actuaciones de emergencia carente de rigor científico y de nitidez categorial.

La llegada del texto constitucional de 1947 y la posterior delimitación entre las aducidas figuras alumbrará una mayor claridad conceptual; lo que no será óbice para que –por entonces– se mantengan dudas en lo concerniente al encaje de instrumentos difícilmente reconducibles a las dos anteriores, como en el caso de los llamados «bandos militares» (*bandi militari*)[833] y las «ordenanzas militares» dictadas sobre su base[834], estando hoy esta discusión prácticamente superada[835][836] y habiéndose

mayoría de las ordenanzas dictadas en este contexto han ostentado un claro carácter normativo, al establecer una regulación concreta. En contra, *vid*. GIANNINI, *op*. *cit*., pág. 273, para quien la sentencia 8/1956 dejó clara la ausencia de normatividad de estas ordenanzas.

[832] TROMBETTA, G., «L'ordinanza prefettizia ex artículo 2 TULPS. Una lettura 'realista' dentro i principi costituzionali», en *Federalismi.it*, núm. 22/2021, págs. 71-119.

[833] *Vid*., *in extenso* sobre esta cuestión, CARBONE, C., voz «Bandi Militari», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. V, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1959, págs. 49-56; también, en relación concreta con las ordenanzas de necesidad, BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit*.), págs. 49-52.

[834] Para BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit*.), págs. 51-52, estas ordenanzas militares no plantean excesivo problema, puesto que la hipotética colisión con normas –o incluso con los bandos de los que traen causa–, se solventarían a través del principio de jerarquía, dado que estamos dentro de un mismo ordenamiento jurídico: el ordenamiento militar para el tiempo de guerra.

[835] Tales instrumentos se prevén, fundamentalmente, en la Ley núm. 1415, de 8 de julio de 1938, de guerra, pudiendo dictarse previa declaración de guerra o de emergencia internacional por el Parlamento (*ex* artículo 78 de la Constitución) y de acuerdo con el artículo 17 de la aducida Ley. El precepto indica explícitamente que estos bandos «tienen valor de Ley» (*hanno valore di legge*). Por su parte, los Códigos Penales Militares de Paz y de Guerra italianos preveían también estos instrumentos, refiriéndose la doctrina tradicional italiana a algunos de sus preceptos (artículos 251, 282, etc.) que indicaban claramente que tales bandos «hacen excepción al derecho vigente», lo que explica el debate respecto a su encaje como ordenanzas de necesidad.

[836] La doctrina moderna, así CARINGELLA, *op*. *cit*., págs. 481-482, entiende que sobre los bandos existen tres tesis tradicionales: quienes entienden que estamos ante normas de carácter primario –dada su *vis derogatoria*–, teniendo entonces rango o fuerza legal; quienes los conciben como ordenanzas de necesidad; y, en fin, aquellos que creen que estamos ante una categoría autónoma. Parece respaldar la primera tesis BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza* (*cit*.), págs. 51-52, siendo esta configuración para el autor razón suficiente para distinguir el bando de la ordenanza de necesidad; en sentido similar, *vid*. ROMANO TASSONE, «La normazione secondaria (*cit*.)», págs. 177-178. *Vid*., también, TESAURO, *op*. *cit*., págs. 48-49 y, especialmente, pág. 53, para quien sólo tienen tal fuerza de Ley aquellos bandos dictados

trasladado la duda a su misma admisibilidad como consecuencia del carácter preconstitucional de su normativa reguladora[837].

Sea como sea, la utilización de las ordenanzas de necesidad en el plano estatal ha sido cuantitativamente inferior que en la local lo que tal vez se explique, de nuevo, por el recurso a los Decretos leyes. Sólo en materia de protección civil se ha producido una amplia utilización de las ordenanzas, combinándolas, en ocasiones, con los indicados Decretos leyes; alternancia que, por otro lado, ha suscitado importantes críticas doctrinales[838]. A diferencia de lo que acaece en el plano local, los poderes de ordenanza estatales se incardinan en la legislación especial –medio ambiente, protección civil, etc.– siendo algunos de ellos todavía discutidos tanto respecto de su constitucionalidad[839], como de la habilitación misma para dictar ordenanzas de

en el marco de una previa declaración de guerra por parte del Parlamento y en el marco del artículo 78 de la Constitución. Esto se explica, dice el autor, porque el indicado precepto atribuye al Gobierno los «poderes necesarios» atribuidos por el Legislativo y en esos casos, de ahí que se produzca una «concesión del ejercicio del poder legislativo» al Gobierno (*conferimento dell'esercizio del potere legislativo*) en tiempo de guerra y coloca a los bandos dictados tras esa autorización parlamentaria «al nivel de las leyes» (*al pari delle leggi*), siendo «fuentes primarias tanto del derecho administrativo como del derecho constitucional». La segunda posición, hemos visto, se defendía por autores como Santi ROMANO, que les dotaba de fuerza de Ley y las incluía junto con los Decretos leyes; posición que, hoy, se encuentra prácticamente abandonada. *Vid*., así también TESAURO, *op. cit*., págs. 52 y ss. Para la tercera posición, *vid*. CARBONE, *op. et loc. cit*., que, no obstante (pág. 49), los configura como «actos con valor de Ley» (*atti aventi valore di legge*). Sea como sea, la mejor doctrina no categoriza los bandos dentro de las ordenanzas de necesidad: para GIANNINI, *op. cit*., pág. 273, estamos ante medidas o actos de necesidad mientras que SANDULLI, *op. cit*., págs.71-72, los enmarca como «ordenanzas para situaciones excepcionales» –distintas de las «ordenanzas de necesidad»– dentro del instituto de las «ordenanzas libres» por él propugnado.

[837] Especialmente la doctrina más moderna, *Vid*. RAZZANO, «Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale (*cit.*)», epígrafe 5, para quien los bandos del artículo 17 de la Ley de 1938 han de entenderse derogados.

[838] Sobre esto, *vid*. PINELLI, C., «Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana», en *Diritto pubblico*, núm. 2, 2009, págs. 317 y ss.

[839] Me refiero al artículo 216 del indicado TULPS; texto que, como hemos visto, habilitaba al Prefecto para dictar ordenanzas de necesidad. Pues bien, este artículo 216 indica que «Además de lo dispuesto en el artículo 2, si la declaración de peligro público (*dichiariazione di pericolo pubblico*) se extiende a todo el territorio del Reino, el Ministro de Interior puede emitir ordenanzas incluso haciendo excepción a las Leyes vigentes (*emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigente*) sobre asuntos que tengan relación para con el orden público (*ordine pubblico*) o a la seguridad pública (*sicurezza pubblica*)». Gran parte de la doctrina entiende este precepto como derogado, así como los concordantes artículos 214, 215 y 217: en este sentido, *vid*. RAZZANO, *op. cit*., epígrafe 5, quien cita a un nutrido número de autores en la nota 28 (LAVAGNA, BARILE, MODUGNO, ESPOSITO, etc.); RESCIGNO, *op. cit*., pág. 96, para quien estamos ante un precepto «del todo inconstitucional» (*del tutto incostituzionale*); o, también, TESAURO, *op. cit*., pág. 50, que tilda de «ilegítimas» las ordenanzas del artículo 214. No obstante, otros autores modernos siguen considerando tales actuaciones como genuinas ordenanzas de necesidad, así CAVALLO PERIN, *op. cit*., pág. 8; MATTARELLA, B. G., «Il provvedimento», en CASSESE, S. (Dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Vol, I, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2003, pág. 839-840, nota 203; ROMANO TASSONE, *op. cit*., pág. 174; CERULLI IRELLI, *op. cit*., pág. 517; o, en fin, CASETTA, *op. cit*., pág. 311. Por último, SANDULLI, *op. cit*., pág. 72-73, dice que, más que para emitir ordenanzas de necesidad *stricto sensu*, el precepto habilita para dictar «ordenanzas para situaciones excepcionales».

necesidad *stricto sensu*[840]. Es por ello que, bajo el presente subepígrafe, nos centraremos en aquellos casos en los que existe unanimidad doctrinal en cuanto a su encaje como ordenanzas de necesidad.

A).- EN MATERIA SANITARIA

El poder de ordenanza en el plano sanitario se atribuía tradicionalmente en el Derecho italiano al Prefecto, concretamente en el Texto Único de las Leyes sanitarias, aprobado por Real Decreto núm. 1265, de 27 de julio de 1934 (*Testo Unico delle Leggi Sanitarie* o TULS)[841].

Sin embargo, en la actualidad –y sin perjuicio de las ordenanzas sanitarias locales y regionales–, tal potestad se adjudica a las autoridades estatales en el artículo 32 de la Ley núm. 833, de 23 de diciembre de 1978, de creación del Servicio Nacional Sanitario (*Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*), que indica que: «El Ministro de sanidad puede emitir ordenanzas de carácter coyuntural y urgente (*ordinanze di carattere continguibili e urgente*) en materia de higiene y sanidad pública y de policía veterinaria, con eficacia en el interior del territorio nacional o parte de él, incluidas varias regiones»[842].

[840] La iuspublicística italiana ha discutido el encaje como «poder de ordenanza» del artículo 261 del Real Decreto núm. 1265, de 27 de julio de 1934, por el que se aprueba el Texto Único de las Leyes Sanitarias (TULS). En efecto, el precepto, todavía vigente, indica que «El Ministro del Interior, para cuando se desarrolle en el Reino una enfermedad infecciosa y de carácter epidémico, podrá emitir ordenanzas especiales (*ordinanze speciali*)»; permitiendo, a través de ellas, desinfectar las casas, organizar los servicios y asistencias médicas, así como desarrollar las medidas cautelares para evitar la difusión de las enfermedades. La indeterminación de tal expresión ha hecho que la doctrina dude respecto al encaje de estas «ordenanzas especiales» como «de necesidad», así, sobre el problema, *vid*. RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 96. *Vid*. también, GIANNINI, M. S., «Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria», en *Rass*. *Amm*. *Sanità*, 1962, págs. 733 y ss., así como en *Diritto Amministrativo (cit.)*, pág. 272, donde se refiere a este precepto como un caso «dudoso» habilitante de ordenanza de necesidad; y, en fin, más actualmente, *Istituzioni di Diritto Amministrativo* (*cit*.), págs. 462-463, obra en la que ya directamente lo rechaza por entender que un poder de ordenanza «así detallado y circunscrito» –como el del artículo 261, en conexión, por cierto con el artículo 32 de la Ley núm. 833, de 1978– poco tiene que ver ya con la figura de la ordenanza de necesidad. Por su parte, SANDULLI, *op*. *cit*., pág. 73, de nuevo, niega que estemos ante ordenanzas de necesidad, configurándolas como otro supuesto más de «ordenanzas para situaciones excepcionales». No obstante, y pese a tales reticencias doctrinales, indica CAVALLO PERIN, *op*. *cit*., pág. 9, por lo común la literatura jurídica suele ver en tal precepto una habilitación para emitir ordenanzas de tal índole; posición que defiende GALATERIA, *op*. *cit*., pág. 58; o ROMANO TASSONE, «La normazione secondaria (*cit*.)», pág. 174.

[841] Concretamente en el artículo 129, que permitía al Prefecto suspender o interrumpir el ejercicio farmacéutico; precepto que, *a priori*, sigue vigente, *vid*. https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1934-07-27;1265. Sobre esta cuestión, *vid*. GIANNINI, M. S., «Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni (*cit*.)».

[842] El Decreto legislativo núm. 66, de 15 de marzo de 2010, suprimió el párrafo cuarto de este precepto, que subrayaba cómo estos poderes debían entenderse sin perjuicio de los adjudicados a los órganos estatales en las leyes de orden público. Sobre los poderes del Ministro, *vid*. SANDULLI, *op*. *cit*., pág. 77; y,

Esta habilitación se completa con la dispuesto en el apartado 3 de este precepto que indica que «En las mismas materias, son emitidas por el Presidente de la Junta Regional (*Presidente della Giunta Regionale*) o por el Alcalde, ordenanzas de carácter coyuntural y urgente (*ordinanze di carattere contingibile ed urgente*) con idéntica eficacia, respectivamente, en la Región o en la parte de su territorio que comprenda más de un municipio, y al territorio municipal»[843].

La utilización práctica de este artículo 32 ha sido constante, habiéndose discutido en la doctrina la concatenación de ordenanzas en la materia con el objeto de prorrogar las mismas, muchas veces incluso, alternando estas ordenanzas con Decretos leyes, lo que ha terminado por subrayar su capacidad de incidir sobre normas de rango legal[844]. La literatura jurídica ha defendido que tal uso puede contrariar la naturaleza misma de las ordenanzas, en tanto en cuanto pierden su razón de ser, basada en la temporalidad y la necesidad de actuar con rapidez[845]. Pese a estas críticas, lo cierto es que esta técnica ha vuelto a ser utilizada con motivo de la pandemia de la COVID-19 en Italia[846].

En cualquier caso, la crisis del coronavirus provocó un aluvión de «ordenanzas de necesidad» emitidas por diferentes autoridades con objeto de hacer frente a la infección: a las dictadas por el Ministro de Sanidad[847], se añaden las de los Alcaldes y Prefectos de los municipios y provincias afectadas; las de los Presidentes de las

en fin, RAFFIOTTA, *op*. *cit*., pág. 22; habiendo de recordarse que el artículo 261 TULS reconoce unos –discutidos– poderes al Ministro de Interior. Por su parte, téngase en cuenta que, en materia local, además de las potestades que, en su caso, podría ejercer el Prefecto *ex* artículo 2 TULPS, también se reconoce este poder de ordenanza al Alcalde en el artículo 50.5 TUEL, con el que puede incidir en el ámbito sanitario.

[843] RAFFIOTTA, *op*. *et loc*. *cit*., destaca que, en su inmensa mayoría, este tipo de ordenanzas suelen ostentar carácter normativo (incluidas las de los Ministros).

[844] RAFFIOTTA, *op*. *cit*., págs. 22-23, con referencias bibliográficas sobre el tema y ejemplos de prórrogas en esta materia. Destaca al efecto la ordenanza de 15 de noviembre de 1996, sobre prestación sanitaria a extranjeros temporalmente presentes en Italia, que reproducía parcialmente lo dispuesto por el Decreto ley núm. 489 de 18 de noviembre de 1995, siendo, de nuevo, aquélla, prorrogada por otra ordenanza del Ministro de la Salud de 7 de febrero de 1997.

[845] RAFFIOTTA, *op*. *cit*., pág. 23.

[846] Concretamente, el Decreto ley núm. 19, de 25 de marzo de 2020 da cobertura legal a todas las medidas desarrolladas previamente a través de «ordenanzas de necesidad», al tiempo que busca coordinar las actuaciones regionales y estatales, como hemos visto.

[847] Al efecto, *vid*., entre otras, la ordenanza de 25 de enero de 2020; la ordenanza de 30 de enero de 2020, de medidas profilácticas contra el nuevo coronavirus o, también, la ordenanza de 21 de febrero de 2020, de idéntica rúbrica que la anterior y en la que en la que se establecen ya obligaciones de confinamiento de 14 días para determinados sujetos.

Regiones (*ex* artículo 32.3 citado)[848]; y, en fin, especialmente, aquellas dictadas en el plano de la protección civil. Todo ello queda aderezado por un conjunto de Decretos leyes, dirigidos, fundamentalmente, a la puesta en marcha de importantes estímulos y medidas de carácter económico[849]. En este contexto, las ordenanzas de necesidad en el ámbito sanitario han sido trasladadas a un segundo plano, embebidas, especialmente, por la infinidad de medidas dictadas con base en la normativa de protección civil.

B).- EN MATERIA AMBIENTAL

Como recuerda RAFFIOTTA, las ordenanzas han estado siempre ligadas al ámbito ambiental, dictándose bien sobre la base de cláusulas generales a nivel local –en el sentido ya advertido para con los poderes del Prefecto y del Alcalde–, bien sobre la base de la normativa de protección civil a nivel nacional[850]. No obstante lo indicado, existen también una serie de disposiciones en la legislación especial ambiental, que habilitan para dictar ordenanzas de esta índole. Concretamente, encontramos tres grupos.

[848] La multitud de ordenanzas dictadas en este punto es inabarcable, existiendo además un solapamiento de medidas: algunas se dictan por el Ministro de Sanidad «de acuerdo con» (*di intesa con*) los Presidentes de las distintas Regiones (ej. ordenanza del Ministro y del Presidente de Lombardía de 21 de febrero de 2020; ordenanzas del Ministro de Sanidad de acuerdo con los Presidentes de las Regiones de Cerdeña y del Véneto, ambas de 22 de febrero de 2020; ordenanzas de 23 de febrero, dictadas por el Ministro de Sanidad de acuerdo con los Presidentes de las Regiones de Emilia-Romaña, Friul-Venecia Julia, Lombardía, Piamonte y del Véneto; y un largo etcétera); otras, tras la reunión del 25 de febrero de 2020 de la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas (prot. núm. 1322) se dictan sobre la base de una ordenanza tipo por los Presidentes de las distintas Regiones (aprobada por Decreto del Ministro de Sanidad al día siguiente, dictándose ordenanzas por los Presidentes de las Regiones de Abruzos, ordenanzas de 26 de febrero, de 8 y de 9 de marzo de 2020, o de Lacio, ordenanzas de 26 de febrero, de 8 y de 10 de marzo de 2020). Otras Regiones, no obstante, deciden hacer uso de los poderes de ordenanza de sus Presidentes directamente, sobre la base del artículo 32.3 aducido: ordenanza de 23 de febrero del Presidente de la Región de Basilicata, ordenanza de 24 de febrero de 2020 del Presidente de la Región de Campania, o la ordenanza de 25 de febrero de 2020 del Presidente de la Región de Marcas, por citar algunas. Todas ellas establecen medidas similares a las que se han visto en España con motivo de esta epidemia: suspensión de manifestaciones públicas, de servicios educativos, cierre de comercios y espectáculos públicos, etc.

[849] Por citar aquellos que se dictaron en las primeras semanas: Decreto ley núm. 6, de 23 de febrero de 2020, de medidas urgentes en materia de contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19, aplicable en todo el territorio nacional; Decreto ley, núm. 9, de 2 de marzo de 2020, de medidas urgentes en materia de contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto ley núm. 11, de 8 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19 y contener los efectos negativos sobre el desarrollo de la actividad judicial; o, entre otros, el Decreto ley núm. 14, de 9 de marzo de 2020, por el que se establecen disposiciones urgentes para el potenciamiento del Servicio Sanitario Nacional en relación con la emergencia del COVID-19; el importantísimo Decreto ley núm. 18, de 17 de marzo, conocido como «Decreto Cura Italia», por el enorme paquete de medidas económicas que conlleva (preveía la movilización de 350.000 millones de euros); y, en fin, el ya indicado Decreto ley núm. 19, de 25 de marzo de 2020, por el que se convalidan las medidas adoptadas anteriormente a través de ordenanzas. Recuérdese que sobre el primero y el último de estos Decretos leyes se ha pronunciado la sentencia de la Corte Constitucional 198/2021.

[850] RAFFIOTTA, *op. cit.*, págs. 23 y ss. *Vid.* también su trabajo, «Le ordinanze *extra ordinem* in materia ambientale» en *Rassegna parlamentare*, 2016, págs. 495 y ss.

En primer lugar, la previsión que realiza el artículo 8.3 de la Ley núm. 349 de 8 de julio de 1986, por la que se establece el Ministerio de Medio Ambiente. Este precepto atribuye al Ministro un poder de «ordenanza cautelar» (*ordinanza cautelare*), para el caso de ausencia de actuación o de inobservancia de la legislación relativa a la tutela del medio ambiente por parte de las regiones, las provincias o los municipios[851]. Se requiere una previa intimación formal a la autoridad correspondiente para que actúe dentro de una fecha determinada, y, ya entonces, se podrán adoptar todas «las necesarias medidas provisorias de salvaguardia» (*necessarie misuri provvisorie di salvaguardia*). Cabe también que sean otros Ministros los que hagan uso de esta potestad, siempre que la ausencia o inobservancia de la normativa ambiental dependa de su departamento ministerial, aunque en este caso la ordenanza se adopta por el Ministro competente «en concierto» (*di concerto*) con el Ministro de Medio Ambiente[852].

Por otro lado, el Texto Único de Medio Ambiente (*Testo unico sull'ambiente*), aprobado por Decreto legislativo, núm. 152, de 3 de abril de 2006, prevé en su artículo 191[853] estos poderes, llevando la rúbrica de «ordenanzas coyunturales y urgentes y poderes sustitutivos» (*ordinanze continguibili e urgenti e poteri sostitutivi*).

En efecto, el artículo, en materia de gestión de residuos y de tutela del medio ambiente, y sin perjuicio de otras disposiciones similares[854], habilita al Presidente del Consejo Regional, al Presidente de la Provincia o al Alcalde (dependiendo de su competencia territorial) para dictar «ordenanzas coyunturales y urgentes» que permitan la utilización temporal de formas especiales de gestión de residuos «incluso excepcionando las disposiciones vigentes» (*anche in deroga alle disposizoni vigenti*), con el objeto de garantizar el nivel de protección de la salud y del medio ambiente. Estas ordenanzas han de ser comunicadas al Presidente del Consejo de Ministros, al Ministro de Medio Ambiente, así como al de Sanidad y, en fin, a las autoridades

[851] *Vid*. el precepto aquí: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1986-07-08;349~art8-com3

[852] Algún autor, como CAVALLO PERIN, *op*. *cit*., págs. 372-373, ha criticado esta posibilidad de que el poder de ordenanza sea ejercido conjuntamente por dos órganos, por entender que ello está «en grave discordancia con la tradición que siempre ha querido reservar el poder de decisión en la materia a un órgano unipersonal». En sentido similar, *vid*. también el artículo 8 de la Ley núm. 59, de 3 de marzo, de 1987, de disposiciones transitorias y urgentes para el funcionamiento del Ministerio del Medio Ambiente (consultable aquí: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1987-03-03;59

[853] Este precepto proviene a su vez del artículo 13 del llamado «Decreto Ronchi», Decreto legislativo núm. 22 de 1997, que trasponía las Directivas europeas 91/156, 91/689 y 94/62.

[854] El artículo hace expresa referencia a las disposiciones en materia de medio ambiente, salud y seguridad ciudadana, mentando expresamente el artículo 5 de la, hoy ya derogada, Ley de protección civil de 1992.

indicadas en el precepto en cuestión. Además, el artículo limita la eficacia temporal de estas ordenanzas a un máximo de 6 meses[855], permitiendo el 191.4 su prórroga por otras dos ocasiones[856].

En tercer y último lugar, se ha de indicar que el aducido Decreto legislativo núm. 152 de 2006, prevé todavía sendas disposiciones que permiten la utilización de las ordenanzas ministeriales de corte medioambiental, si bien, buena parte de éstas, remiten a la regulación de las ordenanzas de protección civil que pasamos a analizar[857].

C).- EN PROTECCIÓN CIVIL

La publicación de la Ley núm. 225, de 24 de febrero de 1992, por la que se constituye el Servicio nacional de protección civil –y, en especial, su artículo 5– supuso «una importante intervención dirigida a racionalizar y normalizar el instituto [de la ordenanza], en congruencia con la señalada jurisprudencia constitucional en la materia»[858]. Más aún, puede decirse que supone «la tentativa de definir un modelo general del poder excepcional de ordenanza, positivizando los presupuestos y condiciones de su ejercicio»[859].

Desde su entrada en vigor ha sido objeto de múltiples reformas, a veces buscando ampliar[860] la discrecionalidad de las autoridades habilitadas para dictar estas

[855] Limitación introducida por el Decreto legislativo núm. 1, de 2 de enero de 2018, que luego se analizará.
[856] Ejemplos del uso de estas ordenanzas, así como de sus prórrogas, los encontramos en RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 24.
[857] Destacan, no obstante, los artículos 312 y 313 (este último precepto lleva incluso la rúbrica de *ordinanza*).
[858] RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 25. Sobre estas ordenanzas han corrido ríos de tinta en la literatura jurídica italiana, destacando SEVERI, F. S., *Le ordinanze della l. 24 febbraio 1992, n. 225 sulla protezione civile*, 1ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 1996; PEPE, V., *Il diritto alla protezione civile*, 1ª ed., Giuffrè Editore (Rivista giuridica dell'ambiente, núm. 7), Milán, 1996, y, también del mismo autor, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, 1ª ed., CEDAM, Pádova, 2006; ALBANESI, E., ZACCARIA, R., «Le 'fonti' dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile», en *Amministrare*, núm. 2, agosto 2010, págs. 185 y ss.
[859] MORRONE, *op. cit.*, pág. 159.
[860] Especialmente discutida fue la reforma operada por el artículo 5 del Decreto ley núm. 343, de 7 de septiembre de 2001 (convertido ulteriormente en la Ley núm. 401, de 9 de noviembre de 2001, de disposiciones urgentes para asegurar la coordinación operativa de las estructuras responsables de la actividad de protección civil y para mejorar la estructura logística en el sector de la defensa civil). Esta reforma introdujo la posibilidad de dictar ordenanzas de necesidad para el caso de «grandes eventos» (*grandi eventi*), antes incluso de que éstos se produjesen. Tales poderes fueron utilizados en celebraciones importantes, como en el aniversario de la unidad italiana –ordenanza de 23 de noviembre de 2007– o el mundial de natación de 2009, celebrado en Roma –ordenanza de 14 de octubre de 2005–, siendo atribuida la facultad de realizar la declaración de «gran evento» al Consejo de Ministros, dictando el Departamento de Protección Civil las ordenanzas correspondientes sobre la base del anterior; y ello, en ocasiones, incluso tener pleno conocimiento respecto a si tal evento efectivamente se iba a producir, como fue el

ordenanzas, y, otras, con el objeto de reducirlas[861], habiéndose incluso pronunciado –tangencialmente– la Corte Constitucional italiana sobre estos poderes. En efecto, en la Sentencia núm. 127 de 1995, que resuelve un conflicto de competencias entre el Estado y las Regiones italianas (al aparecer la protección civil como competencia concurrente, *ex* artículo 117 de la Constitución), el supremo intérprete terminó por delimitar el ámbito territorial de actuación del Estado, concluyendo que la emergencia no puede comportar el sacrificio de la autonomía regional al «comprometer el núcleo esencial de las atribuciones regionales» en favor del poder central[862].

Tras los avatares sufridos, esta Ley ha sido sustituida en la actualidad por el Decreto legislativo núm. 1, de 2 de enero de 2018, que aprueba el Código de Protección Civil (*Codice della protezione civile*). Con la aprobación del texto de 2018 se introducen, comparativamente con la norma anterior, un mayor número de exigencias y de elementos reglados, acotando, más si cabe, estos poderes de ordenanza[863]. En efecto, con ánimo de delimitar la materia, el artículo 7 de la norma –antes artículo 2 de la Ley de 1992– distingue entre intervenciones de protección civil de carácter ordinario y extraordinario. Sólo bajo el segundo supuesto cabe utilizar las ordenanzas objeto de nuestro estudio, aunque, todavía, para su ejercicio se exigen varios requisitos[864].

En primer lugar, se ha de cumplir la situación que delimita el legislador italiano en el artículo 7.c), es decir, situaciones de «emergencia de relevancia nacional

caso de la Expo de 2015. La doctrina criticó férreamente la modificación normativa, por entender que atentaba contra la esencia misma de la ordenanza de necesidad, en tanto en cuanto se eliminaba la exigencia de un «presupuesto real de emergencia imprevisible», pues era el Consejo de Ministros quien decidía, con carácter previo a la necesidad, qué era y qué no un «gran evento». El citado Decreto ley de 2012 terminó por eliminar este presupuesto habilitante. Sobre esta cuestión, *vid*. RAFFIOTTA, págs. 25-30; MORRONE, *op*. *cit*., págs. 165 y ss.

[861] En este sentido, es destacable el Decreto ley núm. 1, de 24 de enero de 2012, que delimitó los requisitos relativos al uso de los poderes de ordenanza de necesidad, introdujo una duración máxima de 180 días para la declaración del estado de emergencia –prorrogables por otros 180–, derogó la posibilidad de obviar el procedimiento para dictar ordenanzas de necesidad en casos particulares de urgencia, etc. Este Decreto ley es notoriamente importante porque termina con el régimen de los «grandes eventos» señalado en la nota anterior.

[862] Fuera de ese «núcleo esencial» cabe incidir sobre las competencias regionales. Sobre esta sentencia, RESCIGNO, G. U., «Sviluppi e problema nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, XL, 1995. Esta resolución terminó por impulsar la reforma de la Ley de 1992, a través del Decreto legislativo 112/1998, para acomodarlo al marco competencial citado.

[863] Sobre el tema, *vid*., SPUNTARELLI, S., «La dichiarazione dello Stato di emergenza in Italia: presupposti e limiti», en *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, núm. 10/2021.

[864] Este mismo artículo 7, en su apartado b), y en conexión con los artículos 24.9 y 25.11 del Decreto legislativo, permite el ejercicio de tales poderes a las Regiones y a las provincias autónomas de Trento y Bolzano, quedando autorizadas a dictar ordenanzas en su respectivo ámbito territorial.

relacionadas con eventos calamitosos de origen natural o derivadas de la actividad del hombre que, por motivos de su intensidad o extensión, hayan de ser confrontadas con intervención inmediata con medios y poderes extraordinarios, a utilizar durante periodos limitados y predefinidos de tiempo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24».

En segundo lugar, se ha de declarar tal situación. De acuerdo con el artículo 24 –anterior artículo 5 de la Ley de 1992–, le corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta de su Presidente, deliberar respecto a la existencia de esta situación de «estado de emergencia de relevancia nacional» (*stato di emergenza di rilievo nazionale*). Las regiones y las provincias pueden también solicitar al Presidente del Consejo de Ministros que plantee la deliberación indicada. Así, el Gobierno habrá de decidir si se da este estado de emergencia nacional sobre la base de los parámetros indicados en la regulación de desarrollo (*direttiva*) que habrá de dictarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 15 y 24.7 del Decreto legislativo. Con esta decisión, el Consejo de Ministros fijará la duración y la determinación de su extensión territorial, teniendo en cuenta la naturaleza y carácter de los eventos acaecidos, y, con ello autorizando «la expedición de las ordenanzas de protección civil» (*l'emanazione delle ordinanze di protezione civile*) las que se refiere el artículo 25. Esta declaración del estado de emergencia nacional se produce, señala el artículo 24.3, por un periodo máximo de doce meses, siendo prorrogable por un máximo de otros doce. Se exige, además, el mismo procedimiento para la revocación anticipada del estado de emergencia nacional que para su declaración (artículo 24.4).

Por último, el artículo 25 habla ya de las «ordenanzas de protección civil»[865], como medidas tendentes a actuar en ese estado de emergencia nacional; ordenanzas que se adoptan «excepcionando las disposiciones vigentes» (*in deroga ad ogni disposizione vigente*)[866]. De acuerdo con ello, el artículo 25.1 establece unos mínimos: las ordenanzas se dictan «dentro de los límites y con los métodos indicados en la resolución del estado de emergencia y de conformidad con los principios generales del ordenamiento jurídico y las normas de la Unión Europea». Además, estas actuaciones se han de emitir «con el acuerdo de las regiones y provincias autónomas territorialmente

[865] Este precepto es largo y profuso. Me limito por ello a indicar sus elementos más importantes.

[866] El artículo 5 de la Ley de 1992 del que este otro precepto trae causa fue discutido por la doctrina italiana, indicando algún autor cómo al aludirse aquí a «disposiciones» y no a «leyes» a la hora de admitir su excepción, podría incluso plantearse la suspensión de normas de nivel constitucional. Al efecto, *vid*. MARAZZITA, G., «Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), nº 4, 2010, pág. 22.

afectadas y, cuando hagan excepciones a las leyes vigentes (*deroghe alle leggi vigente*), deben contener una indicación de la normativa a las que están destinadas a hacer una excepción (*a cui si intende derogare*) y deben estar específicamente motivadas».

Por su parte, el artículo 25.2 realiza una enumeración casuística de fines a los que han de ir dirigidas estas ordenanzas, dejando, pese a ello, un amplio margen de actuación[867]. Las ordenanzas son eficaces desde el momento en el que se adoptan, pero han de ser publicadas en el Diario Oficial (*Gazzetta Ufficiale*), como indica el artículo 25.4. Por su parte, el artículo 26 prevé otras ordenanzas distintas de las anteriores, destinadas no ya a hacer frente a la situación de necesidad, sino a facilitar la vuelta a la situación ordinaria, una vez finalizada la emergencia de carácter nacional. Las ordenanzas se dictan bien por el Presidente del Consejo de Ministros, a través de decreto (*Decreto*), quedando bajo el acrónimo de «O.P.C.M.» (*ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri*) bien por el Jefe del Departamento de Protección Civil, usándose para éstas, en la vida jurídica, el acrónimo similar de «O.C.D.P.C.» (*ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile*).

En fin, la práctica ha demostrado que el ejercicio de estos poderes ha sido ampliamente utilizado en el sistema italiano, especialmente bajo la Ley de 1992[868], aplicando el estado de emergencia a todo el territorio nacional o a alguna de las Regiones italianas, muchas veces sin respetar los requisitos exigidos por la propia

[867] El precepto indica que se dirigirán a la «restauración de la funcionalidad de los servicios públicos e infraestructura de redes estratégicas», a la realización de «medidas económicas de apoyo» a las actividades afectadas por el evento, etc.

[868] Sobre la base del Decreto legislativo de 2018 se han dictado ya varias deliberaciones del Consejo de Ministros declarando el estado de emergencia nacional y habilitando, por tanto, para dictar ordenanzas en la materia. A título ejemplificativo, cabe citar el de 8 de noviembre de 2018, dictado como consecuencia de los excepcionales eventos meteorológicos en sendas regiones italianas (Calabria, Lacio, Toscana, Sicilia, etc., texto que puede consultarse aquí: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/11/15/18A07324/sg) o, el más reciente consecuencia de la epidemia del coronavirus, de 31 de enero de 2020, por la que se declara, por seis meses, el estado de emergencia en todo el territorio nacional, en relación con el riesgo sanitario conectado con la aparición de enfermedades derivadas de agentes virales transmisibles; declaración con base a la cual se han dictado multiplicidad de ordenanzas. Para atender a deliberaciones del Consejo de Ministros en la materia, así como a las ordenanzas dictadas sobre la base de éstas, *vid*. http://www.protezionecivile.gov.it/web/guest/amministrazione-trasparente/provvedimenti, donde pueden encontrarse todas las novedades en la materia.

normativa[869] o, en fin, prorrogando constantemente la declaración de emergencia habilitante[870].

La utilización de este instrumento muchas veces se alterna o se sustituye por el del Decreto ley, como hemos podido comprobar en líneas anteriores respecto de las ordenanzas de necesidad en sentido amplio. Ahora bien, en lo que concierne a las relativas a la protección civil, la cuestión parece ser más acusada, hasta el punto de que –algunos autores– hablan incluso de un régimen «paralelo», siendo ordenanzas y Decretos leyes instrumentos «fungibles» a tal efecto[871]. Como dice RAFFIOTTA, su uso indistinto ha provocado una alteración en la naturaleza del instituto objeto de estudio, dado que «así configurado el poder de ordenanza, aparece, más que un instrumento para gestionar la emergencia, como un poder normativo del Gobierno (con fuerza de Ley), más allá de los expresamente mencionados en la Constitución»[872].

Un último apunte sobre estas cuestiones. Con motivo de la crisis de la COVID-19 se dictó el Decreto ley núm. 6, de 23 de febrero de 2020, por el que se autorizaba al Presidente del Consejo de Ministros a dictar medidas limitativas de derechos en él enumeradas, siendo tal norma complementada por el posterior Decreto ley núm. 19, de 25 de marzo de 2020. Recordemos que los D.P.C.M. –que no «O.P.C.M.»– dictados sobre la base de los indicados Decretos leyes durante la pandemia no fueron calificados por la sentencia 198/2021 de la Corte Constitucional italiana como «ordenanzas de necesidad» en el sentido que aquí se anota. Esta importante resolución termina por perfilar el poder de ordenanza previsto en el Decreto legislativo de 2018, que –como se ha podido destacar anteriormente– se erige como un avance fundamental en lo que concierne a la racionalización de los poderes de necesidad en materia de protección civil.

[869] RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 28, indica que el requisito que más suele ignorarse es el de citar correctamente las disposiciones a las que se va a excepcionar con la ordenanza de necesidad.
[870] Especialmente prolongado fue el caso de la Región de Campania, declarándose el estado de emergencia –por cuestiones de gestión de residuos– por Declaración del Consejo de Ministros, núm. 164700, de 11 de febrero de 1994 prorrogada continuamente hasta 2009 a través de otras declaraciones de la misma índole o incluso por medios como el Decreto ley. De hecho, la finalización de este estado de emergencia se produce por Decreto ley núm. 195, de 30 de diciembre de 2009 (convertido en Ley núm. 26, de 26 de febrero de 2010). Sobre esto, *vid*. RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 27, especialmente la nota 128 que nos remite a bibliografía en la materia.
[871] *Vid*. RAFFIOTTA, *op. cit.*, págs. 28 y ss., especialmente notas 133-136.
[872] RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 29.

D).- LOS PODERES DEL COMISARIO DEL GOBIERNO EN LA REGIÓN DE TRENTINO-ALTO ADIGIO

La distribución horizontal del poder en Italia, dividido en Regiones presenta una singularidad en la configuración constitucional de la Región de Trentino-Alto Adigio, territorio provisto de un Estatuto especial de conformidad con el Decreto del Presidente de la República, núm. 672, de 31 de agosto de 1972, por el que se aprueba el Texto Único de las Leyes Constitucionales relativas a tal Estatuto[873][874].

El artículo 88 de este texto atribuye al Comisario del Gobierno, como órgano del Estado en la Región, la potestad de adoptar «las medidas previstas en el art. 2 TULPS» con el objeto de mantener el orden público. La remisión a tal texto ha sido discutida en la doctrina, en tanto en cuanto también suscita dudas la vigencia misma de ese mismo artículo 2 TULPS, como se ha visto[875]. Lo característico de este régimen radica en que la norma habilitante de las ordenanzas de necesidad es, en este caso, una «Ley Constitucional» (*Legge Costituzionale*) aprobatoria de un Estatuto de régimen especial. Tal situación, no obstante, no implica que el precepto tenga carácter constitucional[876] y, por tanto, no podrá contrariar la Carta Magna italiana o, en su caso, incidir sobre materias reservadas a la Ley estatal, sea esta reserva de carácter relativo, sea de carácter absoluto[877].

V.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD

La aprobación de la Constitución de 1947 traería consigo una revisión del poder de ordenanza, con el objeto de hacer compatible tal facultad extraordinaria con el nuevo

[873] Tradicionalmente se encajaba en el artículo 77.2 del Estatuto de 1948, aprobado por Ley Constitucional núm. 5, de 26 de febrero de 1948. Las referencias doctrinales que aquí se realizan se refieren a tal precepto.

[874] El texto actual se puede consultar aquí: http://www.regione.taa.it/Moduli/933_STATUTO%202018.pdf

[875] *Vid*. RESCIGNO, *op*. *cit*., págs. 96-98. No obstante, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 26, de 27 de mayo de 1961, al pronunciarse precisamente sobre este artículo 2 TULPS –y como argumento para excluir su plena inconstitucionalidad–, alude expresamente al artículo 77.2 del antiguo Estatuto, destacando que la Asamblea italiana no encontró conflicto con la Constitución al aprobar este precepto y, por tanto, esta norma postconstitucional. Recientemente, MARAZZITA, «Constitución italiana y estado de emergencia por COVID-19 (*cit.*)», pág. 178, nota 32, reconoce también su vigencia y su especialidad, al recordar que estamos ante el único supuesto no previsto en la legislación ordinaria.

[876] RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 96.

[877] RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 97. El autor defiende esta última cuestión sobre la base de que el artículo 77.2 (hoy artículo 88) no establece los principios o las directrices necesarias para que tal reserva relativa sea respetada, dado que se remite directamente al artículo 2 TULPS cuya redacción, hemos visto, goza de una tremenda indeterminación. Ello no es óbice, por último, para que sí pudieran tales ordenanzas hacer excepción a las propias normas de la Región.

texto fundamental. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, realizarán desde mediados del siglo pasado un importante esfuerzo interpretativo, concretando y profundizando, paulatinamente, los distintos límites exigibles para poder emitir ordenanzas de necesidad.

La sentencia 201/1987 de la Corte Constitucional italiana indicaría, en términos amplios, que tales ordenanzas precisan de una específica autorización legislativa que –aunque no disciplinen por entero el contenido del acto– al menos indique «el presupuesto, la materia, la finalidad de la intervención y la autoridad legitimada» para dictarlas. Estos requisitos han sido progresivamente ampliados, matizados y delimitados, hasta el punto de que, como ha indicado MORRONE, «la experiencia jurídica ha transformado progresivamente el poder de ordenanza, de un poder previsto (implícita o expresamente), si bien libre en el contenido, a un poder progresivamente tipificado (*tipizzato*) en cuanto a sus límites»[878].

Sin perjuicio de las exigencias que, en cada caso, las normas de Derecho positivo establezcan casuísticamente para cada tipo de ordenanza de necesidad y que ya hemos analizado tangencialmente, vamos a referirnos ahora a aquellas que, en términos generales, se establecen para todas ellas. Para facilitar la exposición se organizarán en dos bloques diferenciados, a saber, exigencias formales y materiales.

1.- EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES

La excepcionalidad de las ordenanzas de necesidad supone –por su propia naturaleza– que la Administración al dictarlas pueda quedar liberada, en palabras de CAVALLO PERIN, de «las exigencias procedimentales, impuestas generalmente por las leyes»[879]. Sin embargo, esto no implica una libertad absoluta a la hora de dictarlas, sino que la Administración se ve encorsetada a ciertos requisitos que, además, han venido haciéndose más severos en los últimos años a través del Derecho positivo y de la jurisprudencia.

Una primera exigencia es relativa a la comunicación de la misma: para que la ordenanza termine por desplegar sus efectos es preciso que sea comunicada a sus destinatarios, bien a través de la publicación, bien a través de la notificación.

[878] MORRONE, *op. cit.*, pág. 184.
[879] CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pág. 17, y, especialmente, págs. 405 y ss., donde ahonda sobre el tema.

Excepcionalmente, parece que cabría también una comunicación oral por cuestiones de urgencia[880]. La omisión de este requisito formal de comunicación trae consigo la ineficacia de la ordenanza para con los sujetos destinatarios, sin perjuicio de que la Ley pueda presumir el conocimiento del contenido de la ordenanza (ej. notificación edictal).

De ahí que la jurisprudencia, por lo general, entienda que en este tipo de actuaciones no sea preciso encauzar tal comunicación o publicación a través de los medios previstos en las Leyes o reglamentos, siendo suficiente que haya llegado a ser conocido su contenido por los ciudadanos a los que se dirige a través de cualquier medio idóneo para ello. Tal requisito incluye la publicación a través de anuncios en locales públicos o, incluso, por la calle (*con l'affissione nei pubblici local o per le strade*)[881]. En caso de publicación *stricto sensu*, ésta ha de realizarse en el diario oficial correspondiente: a nivel estatal en el Boletín Oficial (*Gazzeta Ufficiale*), para las ordenanzas de los Ministros y Presidente de la República, en su caso; a nivel provincial en el *Foglio degli annunzi legali*, para las ordenanzas prefecticias; y, en fin, en el tablón de edictos del municipio (*Albo pretorio*) para las ordenanzas emitidas por el Alcalde[882].

En segundo lugar, se ha de destacar que no existen, en principio, límites en lo relativo a la ejecución de la ordenanza: ésta se producirá a través de los cauces normales de actuación de la Administración Pública, es decir, a través de un procedimiento administrativo. Todo ello, claro está, sin perjuicio de las reglas especiales que existan por razón de cada normativa regulatoria de las distintas ordenanzas de necesidad[883].

Además, algún autor se ha planteado si es posible hacer uso del instituto de la suplencia y de la delegación en el ejercicio de este poder de ordenanza. Normalmente la respuesta a tal interrogante es casuística, dependiendo de la normativa reguladora. Ahora bien, en términos generales, puede decirse que la suplencia se ha venido admitiendo por la doctrina –y, en ocasiones, por la jurisprudencia– habida cuenta de su carácter necesario por motivos de ausencia, imposibilidad de actuación del órgano

[880] RESCIGNO, *op. et loc. cit.*, especialmente nota 4, en la que recoge la jurisprudencia sobre la materia; GALATERIA, *op. cit.*, pág. 83; y, ya más recientemente, MORBIDELLI, «Delle ordinanze libere a natura normativa (*cit.*)», pág. 37. *Cfr.* con BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 167 y ss., para quien la forma escrita, «por su función limitadora del poder conferido a la Administración» ha de entenderse como requisito *ad substantiam*, sin el cual la ordenanza no existe, dado que «si falta la forma escrita no puede hablarse ni de notificación ni de publicación» (pág. 170). *Vid.* también CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 407 y ss., que recoge las dos posiciones trufadas, en ambos casos, con jurisprudencia.
[881] BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 184-185, con jurisprudencia a pie de página.
[882] *Op. et loc. cit.*
[883] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 103.

competente o enfermedad. El caso de la delegación «sólo ha de entenderse posible en el caso de que se haya previsto» (*debe ritenersi possibile solo se preveduto*)[884].

Ya, en cuarto punto, encontramos una serie de requisitos exigidos *a posteriori* de la emanación de la ordenanza y que, a la postre, se erigen como un verdadero control ciudadano de estos poderes extraordinarios. En efecto, nos referimos a los mecanismos de transparencia y acceso a la información. En este sentido, el Decreto legislativo, núm. 33, de 14 de marzo de 2013, de reorganización del derecho de acceso de los ciudadanos y de las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de información por las Administraciones públicas, prevé una serie de exigencias para con las actuaciones de urgencia por parte de la Administración incluyendo, claro está, las ordenanzas de necesidad[885].

Así, el artículo 42 de este texto[886], tras la modificación sufrida por el Decreto legislativo núm. 97, de 25 de mayo de 2016[887], indica en su apartado primero que «[l]as Administraciones Públicas que adopten actuaciones coyunturales y urgentes y en general actuaciones de carácter extraordinario en caso de desastres naturales y otras emergencias, incluidas las administraciones comisariales y extraordinarias constituidas sobre la base de la Ley núm. 225, de 24 de febrero de 1992[888], o actuaciones legislativas de urgencia, publicarán:

a) Las actuaciones (*provvedimenti*) adoptadas, indicando expresamente las normas de rango legal (*norme di legge*) a las que eventualmente se harán excepción (*eventualmente derogate*) y los motivos por los que se realiza tal excepción (*e dei motivi della deroga*), así como la indicación de los actos administrativos o judiciales que, en su caso, serán intervenidos.

[884] BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit*.)», pág. 981. *Vid*. también, con más detalle y jurisprudencia sobre el tema, la obra del mismo autor *Potere di ordinanza*... (*cit*.), págs. 151-153, donde pone de ejemplo de suplencia la posibilidad de que el Viceprefecto ejerza los poderes del Prefecto de acuerdo con el artículo 21 del TUCP de 1934.

[885] Puede consultarse aquí: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2013-03-14;33!vig

[886] *Vid*. sobre este precepto el comentario que realiza MARONGIU, D., «Obblighi di pubblicazione concernenti gli interventi straordinari e di emergenza», en PONTI, B. (Dir.), *Nuova transparenza amministrativa e libertà di acceso alle informazioni*, 2ª ed., Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, págs. 453 y ss.

[887] Elimina el apartado d) del artículo 42.1, que exigía a las Administraciones publicar las distintas formas de participación de los interesados en los procedimientos de adopción de actuaciones extraordinarias (*provvedimenti straordinari*).

[888] Se refiere a la antigua norma de protección civil.

b) Los plazos temporales que, eventualmente, se fijarán para el ejercicio de los poderes de adopción de medidas extraordinarias (*provvedimenti straordinari*).

c) El coste esperado (*costo previsto*) por la intervención, así como el coste real (*costo effettivo*) en el que incurrirá la administración».

La exigencia de actuar con celeridad hace que, obviamente, queden dulcificadas las formalidades de publicidad. Es así como, en el presente caso, el artículo 42 citado busca hacer compatible la transparencia con la actuación rápida y eficaz de la Administración ante situaciones de necesidad. Se trata, en definitiva, de compensar la «ausencia de publicidad previa» (*mancanza di pubblicitá preventiva*) en la elaboración y desarrollo de las ordenanzas de necesidad con la «transparencia *a posteriori*», al publicarse éstas, con objeto de garantizar un «control colectivo» (*controllo collettivo*), como adicional al control jurisdiccional (*sindicato giurisdizionale*), sobre tales actuaciones[889].

Por último, en quinto punto, es preciso hacer referencia a la exigencia de temporalidad de estas ordenanzas de necesidad. En efecto, tales instrumentos, en cuanto dirigidos a hacer frente a una situación excepcional, son, por naturaleza, limitados en el tiempo. Esta exigencia, que ha sido reconocida por la Corte Constitucional italiana en numerosas resoluciones –así, sentencias 8/1956, 26/1961, 4/1977, 127/995, etc.[890]–, precisa de una serie de matizaciones.

Lo primero que se ha de destacar es que la eficacia de la ordenanza en el tiempo queda supeditada al inicio y cesación del presupuesto de hecho habilitante[891]. En otras palabras: cabe dictar una ordenanza de necesidad para hacer frente a una situación extraordinaria, concluyendo su vigencia junto con la cesación del presupuesto fáctico que la justificaba. Esto explica que no puedan estar sujetas a *vacatio legis*, aprobación

[889] MARONGIU, *op. cit.*, págs. 463 y ss. El autor incluso entiende que este control colectivo emanado de la transparencia, que incluye la publicación de la ordenanza en la web, aparece como «el principal elemento disuasorio respecto a un mal uso del poder de urgencia» (*il principale dissuasore rispetto ad un uso viziato dei potere di urgenza*), en relación con los principios de legalidad –al indicar qué preceptos va a excepcionar–, economía y proporcionalidad.

[890] CASETTA, *op. cit.*, pág. 311.

[891] Sobre el tema de la temporalidad, *vid*. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), págs. 179 y ss.; así como, más recientemente, el análisis jurisprudencial de NEGRELLI, A., «Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana», en *Foro Amm.-TAR*, 9, 2012, págs. 3015 y ss.

previa, u otro tipo de actuación precedente que supedite su eficacia[892]. La cuestión radica entonces en dilucidar en qué momento y cómo ha de cesar tal eficacia, dado que muchas veces el plazo no se impone ni por la norma habilitante, ni tampoco consuetudinariamente. Esto es especialmente importante, habida cuenta de que la falta de mención en la ordenanza de un término final razonable supone su nulidad[893]. En este sentido, la doctrina tradicional ha destacado que la ordenanza de necesidad pierde su eficacia por dos motivos.

Primero, por terminar la situación de hecho de la que trae causa. En este caso la cesación de la eficacia es automática, se produce *ipso iure*[894]. No obstante, en este punto –como ha señalado recientemente la jurisprudencia italiana– la provisionalidad o temporalidad de las ordenanzas se ha de entender como un concepto «elástico», en tanto en cuanto la finalidad primaria de este instituto es hacer frente al peligro o riesgo imprevisible, pudiendo modularse al efecto el periodo en el que despliegan su eficacia[895]. El segundo motivo de cesación de la eficacia está en congruencia con lo anterior: cuando sea posible actuar ya por los procedimientos o vías ordinarias de la Administración la ordenanza de necesidad perderá su razón de ser. Aquí, por cuestiones de seguridad jurídica, parece razonable exigir un acto positivo por parte de la autoridad que emitió la ordenanza; acto que produciría el retiro o pérdida de la vigencia de la anterior[896].

[892] Ya desde GALATERIA, *op. cit.*, págs., 86-87, se realizaría esta precisión. También en RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 103; así como en BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*), pág. 184.

[893] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 101, que alude a jurisprudencia del Consejo de Estado en la nota 6.

[894] *Vid*. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 411-412, especialmente la nota 165, en la que recoge doctrina jurisprudencial al efecto. La sentencia de la Corte Constitucional núm. 8, de 2 de julio de 1956 ya indicaba la exigencia del mantenimiento de la situación de necesidad o urgencia para la pervivencia de la ordenanza.

[895] NEGRELLI, «Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza… (*cit.*)», pág. 3016, alude a múltiples resoluciones, destacando las sentencias del Consejo de Estado núm. 3264, de 29 de mayo de 2006 (sección V) o la núm. 580, de 9 de febrero de 2001 (sección V).

[896] RESCIGNO, *op. cit.*, págs. 101-102. Es interesante el debate que abre el autor respecto a estas dos posibilidades: indica que en el segundo caso el juez podría pronunciarse sobre la cesación de la eficacia; si bien, en el primer supuesto de cesación automática, no parece tan claro que pueda la autoridad judicial declarar como caducada una ordenanza de necesidad para cuando la Administración retire con retraso la misma o, directamente, no la retire. En esta hipótesis, arguye el autor, se estaría produciendo una sustitución por parte del juez en la valoración discrecional de la cesación de la eficacia, lo que le corresponde únicamente a la Administración (en la nota 7 indica jurisprudencia en este sentido). Cosa distinta sería que el particular solicitase a la Administración la cesación de la eficacia y que ésta la rechazase expresamente (o por silencio negativo): en tal caso podría impugnarse la resolución administrativa (o la *fictio iuris* de la misma) ante el órgano jurisdiccional competente para que anule la ordenanza por ausencia del presupuesto fáctico habilitante o, en su caso, por falta de continuidad del mismo (en las notas 7 y 8 indica jurisprudencia que respaldan su tesis).

Por último, ya desde pronto se destacó por la doctrina que, pese a que la temporalidad o provisionalidad de la ordenanza sea un elemento intrínseco a ella, muchas veces se da el problema de que los efectos que dimanan de este instrumento terminan por ser permanentes[897]. Tratando de solventar esta cuestión, la jurisprudencia actual ha señalado que las ordenanzas de necesidad no pueden dar lugar a «modificaciones estables de la realidad» (*modificazioni stabili della realtà*). Y, en caso de que se den de algún modo, tales modificaciones deberán de ser indemnizadas[898].

2.- EXIGENCIAS MATERIALES

Más compleja es la cuestión relativa al contenido de las ordenanzas de necesidad. Es decir, cuáles son los límites sustanciales de tales instrumentos. Es esta precisamente una de las cuestiones fundamentales, que entronca con la misma naturaleza de una potestad que, ya de base, permite incidir sobre normas legales.

Lo primero que se ha de resaltar es que sólo puede hacerse uso del poder de ordenanza cuando los instrumentos ordinarios previstos por las normas no sean suficientes para hacer frente a la situación que se trata de solventar. En otras palabras: sólo puede ejercerse cuando la situación excepcional sea tal que no pueda ser afrontada a través de medios ordinarios[899], so pena de nulidad[900]. De ahí que la facultad de emitir estas ordenanzas se haya configurado tradicionalmente, indica MORRONE, como un poder «necesariamente subsidiario», consecuencia del imperio del principio de autointegración y de la propia interpretación de los preceptos habilitantes de la ordenanza, que siempre prefieren una lectura *secundum ordinem* frente a la *extra ordinem*[901]. Así, como ya indicaba GIANNINI, «no puede hacerse uso del poder de ordenanza cuando sea posible utilizar un acto ordinario de urgencia»[902]; es decir, que si existe una medida estándar –un acto típico– en la Ley para situaciones de necesidad que

[897] BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza...* (*cit.*)», págs. 165-166, pone de ejemplo una ordenanza que exija la demolición de un edificio, trufando el problema con jurisprudencia en las notas 112 y 113.
[898] CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 518, indica jurisprudencia en este sentido de distintos Tribunales Administrativos Regionales. Se ha de tener en cuenta también que las ordenanzas de necesidad pueden, en ocasiones, alterar las relaciones *inter privatos* (contratos, relaciones de propiedad, etc.) por cuestiones excepcionales, sobre esto *vid*. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 472-488; también NEGRELLI, *op. cit.*, pág. 3025, para quien las eventuales lesiones de «intereses privados» (*interessi privati*) deberán ser reparadas a través de una indemnización.
[899] CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 519, con nota a jurisprudencia en este sentido.
[900] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 100, siendo esto jurisprudencia consolidada a la que se remite en la nota 5.
[901] MORRONE, *op. cit.*, pág. 183.
[902] GIANNINI, «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit.*)», pág. 953. Se hace eco además de jurisprudencia al efecto.

casa con la situación de necesidad que se pretende confrontar, se habrá de utilizar éste preferentemente.

Entendida esta subsidiariedad en su ejercicio, ha de existir un presupuesto de hecho habilitante, que coincida con el que exige la propia norma que reconoce la potestad para dictar ordenanzas de necesidad. De nuevo, las ordenanzas dictadas en ausencia de tal presupuesto son nulas de pleno derecho[903], siendo además de diversa índole. La doctrina más reciente –a este respecto– ha indicado que existen dos tipos de situaciones para los cuales el ordenamiento prevé el dictado de ordenanzas de necesidad: eventualidades naturales o impredecibles –como calamidades o catástrofes– y eventualidades producidas por decisiones del hombre que, aunque no son del todo impredecibles, dada su amplitud, importancia y los riesgos que comporta, únicamente pueden ser razonablemente afrontados con estos poderes[904].

Siguiendo con sus exigencias materiales –y admitida la existencia del presupuesto de hecho– las ordenanzas de necesidad podrán actuar o entrar únicamente en aquellos ámbitos predeterminados por la Ley habilitante[905], siendo así ilegales las que inciden en esferas que les son ajenas[906]. Por el mismo motivo, y aunque resulte obvio, las ordenanzas de necesidad no pueden rebasar el ámbito espacial competencial de la autoridad que las emite[907].

En este sentido, la motivación de las ordenanzas de necesidad aparece como un elemento fundamental, siendo preceptiva una sucinta explicación de por qué son dictadas y con qué finalidad. La inexistencia de motivación –ha subrayado la jurisprudencia y la doctrina– lleva aparejada la nulidad de la ordenanza[908]. Esto ha de ponerse en relación con su campo de actuación, habiendo de justificarse en cada caso. Recuerda al efecto BARTOLOMEI que la ordenanza puede tener por objeto una o varias

[903] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 102. *Cfr*. con GALATERIA, *op. cit.*, pág. 79, para quien más que ordenanza nula habría inexistencia de tal ordenanza (*non sòlo può invalidare l'atto, ma renderlo inesistente*).
[904] CHIEPPA, R., y GIOVAGNOLI, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2022, pág. 121.
[905] No cabe dictar este tipo de ordenanzas en ausencia de habilitación legal, como recuerda la jurisprudencia indicada por MATTARELLA, *op. cit.*, pág. 841, nota 217.
[906] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 102, nota 9. *Vid*. también, MATTARELLA, *op. cit.*, pág. 841, especialmente nota 214, que subraya cómo la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina del exceso de poder (*eccesso di potere*) para con las ordenanzas de necesidad con ciertas particularidades. Sobre esta cuestión del «exceso de poder», *vid*., también, CAVALLO PERIN, *op. cit.*, págs. 333 y ss.
[907] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 102; también BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit.*), pág. 179, de tal forma que las ordenanzas del Alcalde no pueden exceder del municipio, las del Prefecto de la provincia, etc.
[908] RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 102, siendo relevantes las notas 3 y 5, donde indica jurisprudencia al efecto.

cosas (ej. propiedad privada); el hacer algo para con ellas (ej. demolición de un edificio); obligar a hacer alguna cosa; o, en cuarto y último lugar, obligar a no hacer algo[909]. Dentro de estas categorías entran –como puede verse fácilmente– muy distintas actuaciones, que terminan por delimitarse de forma casuística por la jurisprudencia[910].

Más claros son los límites –al menos *a priori*– que pueden establecerse respecto del objeto de la ordenanza de necesidad. Estos se sitúan, básicamente, en la Constitución, la reserva de Ley y los denominados «principios del ordenamiento». En relación con una posible colisión con la Constitución o sus principios –indica GIANNINI– es claro que la ordenanza no puede tener preeminencia. Como señala el autor «la razón es que no puede atribuirse al órgano poseedor de la potestad de ordenanza un poder mayor de aquél que ostenta el legislador primario». En consecuencia, tampoco puede incidir la ordenanza sobre normas constitucionales y, singularmente, sobre derechos o libertades públicas reconocidas en ellas[911]. Ahora bien, esta idea se ha venido flexibilizando a la luz del principio de proporcionalidad[912].

Por otro lado, las ordenanzas de necesidad no pueden atentar contra la reserva de Ley absoluta, aunque sí, hemos visto, contra la reserva de Ley relativa, de acuerdo con el juego de la indeterminación y la ausencia de tipicidad para con las actuaciones sitas

[909] BARTOLOMEI, voz «Ordinanza... (*cit*.)», pág. 982. Agrupa por ello los objetos en cuatro grupos: «*res*», «*facere ob rem*», «*facere*» y, en fin, «*non facere*». *In extenso*, *vid*. también su obra *Potere di ordinanza...* (*cit*.), págs. 163 y ss. No obstante, como recuerda CERASE, *op. cit*., pág. 3990, para el caso de que una ordenanza imponga una obligación de hacer, el Consejo de Estado italiano exige que haya habido una previa verificación de que el sujeto destinatario sea responsable de haber causado la situación de riesgo que se pretende solventar (entre otras, sentencia 1904/2003, sección V).

[910] Un caso interesante es el relativo a si, a través del poder de ordenanza, pueden crearse entes públicos por las autoridades competentes. La sentencia de la Corte de Casación núm. 2254, de 31 de julio de 1950 responderá negativamente a esta cuestión; resolución comentada por GIANNINI, M. S., «Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri di ordinanza», en *Estratto dalla Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Civili*., Vol. XXIX, 1951, hoy publicado en sus *Scritti*, Vol. III: 1949-1954, 1º ed., Giuffrè Editore, Milán, 2003, págs. 228 y ss. El autor entiende que no cabe crear personas jurídicas públicas o privadas a través del poder de ordenanza; pero matiza que sí sería posible la creación de órganos administrativos por cuestiones de urgencia o necesidad y excepcionando las leyes vigentes.

[911] GIANNINI, *Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 271. Pone el ejemplo del artículo 21 de la Constitución, indicando que no podría proceder al secuestro de las publicaciones, por ir contra este precepto constitucional.

[912] La sentencia 26/1961 de la Corte Constitucional se pronunciaba precisamente sobre la colisión entre la libertad de publicaciones y el poder de ordenanza y, en sentido similar, la 4/1977 sobre la posibilidad de que una ordenanza de necesidad incidiera en el derecho de huelga. En sentido más actual, *vid*. la voz «Ordinanza (dir. amm.)», de 2006 de CAVALLO PERIN, en *Dizionario di Diritto Pubblico* (*cit*.), pág. 3984, para quien en estos casos de colisión entre «libertad» y «autoridad» (*libertà-autorità*), se hace un «juicio de prevalencia» (*giudizio di prevalenza*) entre los intereses públicos en juego y los derechos subjetivos de los particulares, quedando justificado ello por la posibilidad que tiene la jurisdicción ordinaria de entrar a valorar tal ponderación. En sentido similar, CERULLI IRELLI, *op. cit*., pág. 520, para quien cuando se incida en el ámbito patrimonial se deberá indemnizar de acuerdo con la normativa vigente.

en el poder de ordenanza. Ello explica que –en la literatura jurídica italiana– se haya defendido que incluso las actuaciones realizadas durante la COVID-19 respetaron la reserva de Ley[913].

Ya, por último, las ordenanzas de necesidad no pueden entrar en colisión con los llamados «principios del ordenamiento». Tal exigencia aparece impuesta por la Corte Constitucional italiana ya desde sus sentencias núm. 8 de 1956 y núm. 26 de 1961, siendo reiterada en ulteriores resoluciones. Pese a su importancia, el intérprete de la Constitución se refirió a ellos de forma tremendamente indeterminada[914], lo que ha llevado a algún autor a calificar la expresión como de *perplessa decifrazione*[915]. De hecho, es sólo a partir de 1990 cuando comienza a explicitarse en la Ley la exigencia de respetar estos principios[916], si bien todavía sin especificar a cuáles se quiere aludir: de ahí que se haya llegado a afirmar que, de esta omisión, cabe entrever «la firme intención del legislador de mantener la noción en términos vagos, como concepto normativo de contornos no delimitados positivamente»[917].

Ha sido a través de la jurisprudencia constitucional y, especialmente, de la administrativa, como se ha logrado ir delimitando y concretando tales principios, incluyendo aquí el de legalidad (*principio di legalità*); el de proporcionalidad (*proporzionalità*); los principios relativos a la organización pública (*principi relativi all'organizzazione pubblica*)[918]; los de prevención y precaución (*prevenzione e precauzione*)[919]; y, en fin, los principios de competencia y de licitación (*concorrenza e*

[913] MARAZZITA, G., «Constitución italiana y estado de emergencia por COVID-19 (*cit*.)», págs. 185 y ss. Téngase en cuenta también la sentencia núm. 127, de 7 de abril de 2022, de la Corte Constitucional y que declara constitucional la denominada «cuarentena obligatoria» del Decreto ley 6/2020.

[914] Sobre los principios del ordenamiento jurídico como límite al poder de ordenanza, es fundamental el capítulo IV de la obra de CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità* (*cit*.), págs. 419-420, págs. 223 y ss., que entiende éstos ya no sólo como límite, sino también como elemento integrador de la *lacuna legis* dada por la habilitación indeterminada de la norma habilitante del poder de ordenanza.

[915] CERULLI IRELLI, «Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione», en *Diritto pubblico* (*cit*.), pág. 360.

[916] NEGRELLI, *op. cit*., pág. 3010, así nos lo recuerda, con el artículo 38.2 de la Ley núm. 142 de 1990 antes referida, que reconocía estos poderes a favor del Alcalde. Como se ha visto, la referencia hoy está más extendida en el Derecho positivo italiano.

[917] NEGRELLI, *op. et loc. cit.*

[918] Bajo esta categoría se incluyen aquí los principios de competencia, subsidiariedad, autonomía regional, de autonomía de los entes territoriales, etc., siendo especialmente destacable la, ya referida, sentencia de la Corte Constitucional núm. 127, de 14 de abril de 1995. *Vid*., también, NEGRELLI, *op. cit*., págs. 3025 y ss.

[919] El principio de precaución se dirige a hacer frente a riesgos hipotéticos, no conocidos o determinados plenamente; mientras que el principio de prevención se encamina a controlar riesgos ya verificados y conocidos. Se permite así, en el primer caso, dictar ordenanzas de necesidad para hacer frente a peligros

evidenza pubblica)[920], de matriz europea[921]. Sea como sea, y como bien ha señalado la doctrina más autorizada, por su naturaleza las ordenanzas de necesidad terminan por incidir en, al menos un principio fundamental: el principio de tipicidad de las actuaciones administrativas[922].

Ya, por último, se ha planteado en la literatura jurídica italiana si las ordenanzas de necesidad –de acuerdo con su facultad de hacer excepción a las normas– tienen capacidad de apartar también el Derecho de la Unión Europea para afrontar una situación extraordinaria. En ocasiones la jurisprudencia administrativa ha admitido la posibilidad de excepcionar normas o principios europeos[923]. No obstante, no parece ser esta la regla general: como recuerda algún autor, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea impediría a los Estados miembros actuar excepcionando el acervo europeo, debiendo entonces el juez nacional inaplicar la normativa interna con el objeto de mantener incólume la eficacia del anterior[924]. En cualquier caso, como indica

de carácter potencial, y, en el segundo, que se conoce se van a producir. Sobre esto, *vid*. NEGRELLI, *op*. *cit*., págs. 3028 y ss.

[920] La licitación supone la puesta en conocimiento público de las necesidades de la Administración para que las empresas y particulares presenten ofertas en el procedimiento de contratación y, por su parte, el principio de competencia implica la concurrencia de varios actores a tal procedimiento. Como recuerda NEGRELLI, *op*. *cit*., págs. 3030-3033, estos principios, aunque inspiran el ejercicio del poder de ordenanza, se han podido excepcionar en casos muy extraordinarios, tal y como ha reconocido la jurisprudencia italiana, así sentencia del Consejo de Estado núm. 2541, de 7 de mayo de 2001, sección VI, para el principio de competencia (entendiendo legítima una ordenanza de necesidad que prorrogaba un contrato), o sentencia del Consejo de Estado, núm. 692, de 28 de febrero de 2005, sección IV (que permite a una ordenanza de necesidad proceder a la exclusión automática de ofertas anómalas sin seguir los procedimientos exigidos al efecto).

[921] Nos remitimos *in toto* al análisis jurisprudencial de tales principios que realiza NEGRELLI, *op*. *cit*., págs. 3011-3033. Se ha de añadir que, en ocasiones, la jurisdicción administrativa ha venido aludiendo a otros principios que, de un modo u otro, tal vez podrían reconducirse a los indicados en el texto. Así, la sentencia núm. 2087, de 14 de abril de 2006 del Consejo de Estado italiano, ya exigía que las ordenanzas respetaran los principios de «utilidad» (*utilità*) y «adecuación» (*congruità*) del medio a utilizar, es decir, que vayan dirigidas a solucionar un problema concreto; añadiendo las exigencias derivadas de la «proporcionalidad y coherencia»; teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y el contenido del acto; y, en fin, respetando el «principio del menor sacrificio posible» (*principio del minore sacrificio possibile*) para los sujetos privados destinatarios de tal medida.

[922] RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 102.

[923] Es interesante CERASE, *op*. *cit*., pág. 3990, en cuanto glosa esta posibilidad con la sentencia del Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Apulia, núm. 208, de 25 de febrero de 1997, que reconoció tal posibilidad en materia de contratación pública por razones de urgencia. *Cfr*. con NEGRELLI, *op*. *cit*., pág. 3013, nota 9, donde alude a la sentencia del Consejo de Estado, sección IV, núm. 2915, de 27 de mayo de 2002, que declara ilegítima una ordenanza por contrariar los principios generales del ordenamiento y los «principios comunitarios» (*principi comunitari*), aunque más adelante (págs. 3030-3031), como se ha visto en materia de contratación pública, alude a alguna resolución que se pronuncia en sentido contrario. Por su parte, CHIEPPA y GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 124, recuerdan que podría entenderse que la indicada sentencia del T.A.R. de 1997 respetó el Derecho europeo, pues éste prevé mecanismos o disposiciones suficientes para hacer frente a tal situación.

[924] Sobre esto, *vid*. CARINGELLA, *op*. *cit*., pág. 474, recordando que sólo en casos aislados la jurisprudencia administrativa ha permitido la inaplicación de los principios comunitarios a través de las ordenanzas de necesidad, pues la doctrina y la jurisprudencia «mayormente consolidada» suele entender

CERASE, la última palabra sólo la pueden tener las autoridades europeas, singularmente la Comisión Europea o, claro está, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)[925].

VI.- EL CONTROL DE LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD

Expuestos los presupuestos y requisitos de las ordenanzas de necesidad, queda claro que éstas han de quedar sometidas a una serie de controles, consecuencia de su despliegue en el seno de un Estado de Derecho. Su eventual anulación podría dar lugar, en congruencia, a responsabilidad de carácter civil (administrativa) y penal en caso de un mal uso de tal instituto por parte de las autoridades competentes[926]. El ordenamiento jurídico italiano prevé una miríada de instrumentos de fiscalización del poder de ordenanza, precisamente como contrapeso a las amplias e indeterminadas facultades inherentes a dicha potestad. Se abren así multiplicidad de vías de impugnación, a saber, la administrativa, la judicial y, en fin, la constitucional y, en su caso, la europea[927].

Comenzando por la vía administrativa, esta posibilidad es, no obstante, eminentemente casuística, dado que su forma de impugnación y control dependerá del tipo de ordenanza ante la que nos encontremos. No cabe entonces establecer una teoría general al efecto[928]. En este sentido, la mayoría de las ordenanzas suelen equipararse a actos definitivos, esto es, que ponen fin al procedimiento, no siendo entonces posible la interposición de un recurso de alzada (*ricorso gerarchico*). Así se entiende por la jurisprudencia para con las ordenanzas que emanan de Ministros –dado que en sí mismas ponen fin al procedimiento–, Prefectos y Alcaldes[929].

---

que la primacía del Derecho de la Unión Europea impediría tal actuación, al exigir al juez nacional la desaplicación de su normativa interna.

[925] CERASE, *op*. *et loc*. *cit*.

[926] Al efecto, *vid*. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit*.), págs. 171 y ss.; también, aunque desde un prisma algo más histórico (dada la fecha de publicación de la obra), GALATERIA, *op*. *cit*., págs. 97 y ss.

[927] Se ha discutido en la doctrina, ya desde un conocido escrito de GIANNINI publicado en 1949, acerca de la impugnabilidad automática o inmediata de las ordenanzas de necesidad. En favor de esta tesis, *vid*. GIANNINI, «Le ordinanze dispositive della proprietà privata... (*cit*.)», págs. 214 y ss., justificándolo en su inmediata incidencia en derechos e intereses; en contra, RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 103, que destaca que es esta una cuestión casuística. *Vid*. también BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit*.), pág. 156, para el que la polémica se ha de entender superada, puesto que todas las ordenanzas han de entenderse inmediatamente impugnables desde la entrada en vigor de la Ley núm. 1034, de 6 de diciembre de 1971, de los Tribunales Administrativos Regionales.

[928] RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 103; BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit*.), págs. 157-161.

[929] Es la tónica general, aunque se plantean dudas en algún caso, así, por ejemplo, con la cuestión de las ordenanzas del Alcalde dictadas como oficial del Gobierno y no como representante de la comunidad, siendo discutida la apertura de un recurso al Prefecto. *Vid*. RESCIGNO, *op*. *cit*., pág. 103. *Cfr*.

La excepción la encontramos en las ordenanzas de necesidad del Prefecto dictadas al amparo del artículo 2 TUPS, dado que este precepto prevé expresamente la posibilidad de impugnarlas en alzada ante el Ministro de Interior (*Ministro per l'intero*)[930]. Además, y todavía en vía administrativa, se plantea en Italia la posibilidad de eliminarlas del mundo jurídico a través de la revisión de oficio (*annullamento di ufficio*), en tanto en cuanto estamos ante una emanación de la Administración Pública. La competencia para ello, una vez más, va a ser eminentemente casuística[931].

El segundo, y más importante, mecanismo de fiscalización lo encontramos en los jueces y tribunales italianos, sobre la base del artículo 113 de su Carta Magna. En efecto, la sentencia 4/1977 de la Corte Constitucional italiana indicaba, respecto de las ordenanzas, que «son actuaciones administrativas (*provvedimenti amministrativi*) sujetas, como cualesquiera otras, a los controles jurisdiccionales que pueden esperarse para los demás actos administrativos». Estos controles jurisdiccionales presentan la especialidad de que en el Derecho italiano existe –en expresión de CHINCHILLA MARÍN– un «sistema bicéfalo de justicia administrativa», en el que los intereses legítimos son tutelados por la jurisdicción administrativa y los derechos subjetivos por la ordinaria[932].

Por ello, el rol del juez ordinario en la supervisión de las ordenanzas de necesidad es, en la práctica, bastante limitado y confuso. Dice RESCIGNO, que –además de la situación en la que el juez penal (ordinario) pueda conocer incidentalmente de la ordenanza por su incumplimiento por los destinatarios– cabe que esta jurisdicción ordinaria controle las ordenanzas de necesidad si son impugnadas aduciendo inexistencia o deficiencia del poder para emitirlas, dado que, en tal situación, el derecho subjetivo del particular se vería desplazado por los intereses legítimos[933]. Más claro es

BARTOLOMEI, *op. et loc. cit. Vid.* también, GIANNINI, «Le ordinanze dispositive... (*cit.*)», especialmente págs. 214 y ss., que, como se ha indicado, comenta precisamente una sentencia del Consejo de Estado italiano que subraya la no definitividad de las actuaciones dictadas sobre la base del artículo 7 de la Ley de 1865.

930 GIANNINI, *Diritto Amministrativo (cit.)*, pág. 269; RESCIGNO, *op. et loc. cit.*

931 RESCIGNO, *op. et loc. cit.*

932 CHINCHILLA MARÍN, C., «La ejecución de sentencias en el Derecho Italiano: il giudizio ottemperanza», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, julio-septiembre 1988, pág. 430. Para comprender el funcionamiento del control jurisdiccional de la Administración en Italia (en nuestro idioma), *vid.* FALCON, G., «La justicia administrativa», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La Justicia administrativa en el Derecho comparado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 207 y ss.

933 RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 103. Es decir, que tendría primacía el derecho subjetivo del particular sobre los intereses legítimos que hipotéticamente pudieran intervenir para con la ordenanza, actuando entonces la jurisdicción ordinaria. No obstante, señala el autor, estamos ante un problema general y que no es dar una respuesta definitiva a esta cuestión que afecta a todos los procedimientos administrativos. *Vid.*, en

el caso del control por los tribunales y jueces de lo administrativo, pues, en este punto, las ordenanzas de necesidad serán impugnadas al igual que un acto administrativo (*al pari di ogni altro atto amministrativo*)[934].

En este sentido, el control jurisdiccional es, dice BARTOLOMEI, «el más amplio posible» (*il più ampio possibile*) dado que, además del tradicional control de legalidad de la ordenanza, cabe también otro sobre el presupuesto de hecho habilitante, entrando a valorar entonces si se dan o no los elementos fácticos determinados por la norma para ejercitar este poder excepcional (ej. necesidad en materia de seguridad pública), así como la conveniencia y oportunidad para actuar (lo que se denomina en Italia el *sindacato* o la *giurisdizione di merito*)[935]. La fiscalización por este orden jurisdiccional se ejerce, en definitiva, atendiendo a si se han rebasado, o no, los límites y exigencias antes analizadas[936].

Siguiendo con los distintos tipos de controles, es destacable también la posibilidad que brinda el ordenamiento italiano de interponer un recurso ante la Corte Constitucional por entender que la disposición habilitante del poder de ordenanza es contraria al texto constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la norma fundamental[937]. Además, de acuerdo con lo dispuesto en este mismo precepto –en conexión con la sentencia de la Corte Constitucional 201/1987–, si lo que se pretende es impugnar la potestad de un órgano del Estado para emitir ordenanzas de necesidad competencia de las Regiones, entonces el recurso que habrá de incoarse es el del «conflicto de atribución» o de competencias (*conflitto di attribuzione*)[938].

Ya, en último lugar, podría todavía pensarse en un hipotético control por parte del TJUE, para el caso de que una ordenanza –o una norma legal atributiva de tal

sentido similar, BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit.*), págs. 185-186. También se pronuncia en este sentido la Corte de Casación, sentencias 4883/1980 y 8054/1987, citadas por CERASE, *op. cit.*, pág. 3990.

[934] RESCIGNO, *op. et loc. cit.*

[935] BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza*... (*cit.*), pág. 186. Advierte el autor que la jurisprudencia ha excluido de este tipo de control para el caso de las ordenanzas emitidas sobre la base del artículo 7 de la Ley núm. 2248 de 1865. *Cfr.* con RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 102, que resalta los problemas que se han planteado en la práctica jurisprudencial sobre el control de este presupuesto habilitante.

[936] El control se realiza por los órganos jurisdiccionales administrativos, concretados en los Tribunales Administrativos Regionales (TAR) y en el propio Consejo de Estado, no exigiéndose además agotar previamente la vía administrativa para solicitar su tutela, *vid.* FALCON, *op. cit.*, págs. 222 y ss.

[937] Este precepto atribuye al Alto Tribunal el control de constitucionalidad sobre las Leyes y demás actuaciones con tal fuerza. Como se ha visto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre las ordenanzas de necesidad, admitiendo, bajo determinados presupuestos, su conformidad con el ordenamiento constitucional italiano.

[938] CERASE, *op. cit.*, pág. 3990.

poder– colisionase con el Derecho de la Unión Europea, aunque esta es una cuestión sobre la que, como hemos visto, sigue sin existir una respuesta definitiva.

VII.- RECAPITULACIÓN: SOBRE LA POSICIÓN DE LA ORDENANZA DE NECESIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ITALIANO

La ordenanza de necesidad en el ordenamiento jurídico italiano –subraya MORRONE– «representa hoy una categoría de matriz esencialmente científica, fruto sobre todo de la elaboración doctrinal y de la práctica jurisprudencial»[939]. La depuración jurídica a la que se ha visto sometida esta institución no tiene parangón en el Derecho comparado. Esto puede explicarse por la ausencia en Italia de un Derecho de excepción similar al español o alemán –configurado a través de estados excepcionales– así como por la pérdida de la virtualidad originaria de los Decretos leyes, presentes hoy como instrumento normativo ordinario y con vocación de permanencia. Sea como sea, se ha terminado por configurar en este país el «poder de ordenanza» como, prácticamente, el único instrumento de excepción real, haciéndolo, al tiempo, compatible con el ordenamiento constitucional y elevándolo a instrumento aplicable a todos los niveles territoriales[940].

En efecto, y a diferencia de lo que sucede en otros países como Alemania, Francia o España donde los poderes excepcionales se encauzan a través de figuras de diversa índole[941], en Italia se ha optado por reconducir la práctica totalidad de todos ellos al «poder de ordenanza» y a las correlativas «ordenanzas de necesidad»; figuras que, pese a las particularidades concretas que puedan tener en cada caso, ostentan un régimen jurídico básico, común, tanto a nivel territorial (estatal, provincial y municipal) como sectorial (protección civil, medio ambiente, sanidad, etc.). Ello ha permitido el

[939] MORRONE, *op. cit.*, pág. 182.

[940] La denominación de «ordenanza de necesidad» parece también más acertada que la de «reglamento de necesidad», utilizada más comúnmente en nuestro país. El término «ordenanza», como se ha podido ver, se conecta con el de *Verordnung* –tal vez por la recepción de las obras de VON STEIN, LABAND y JELLINEK–, haciendo referencia ambas expresiones a toda actuación emanada del complejo Ejecutivo-Administración, tenga o no carácter normativo. De este modo, mientras en España se identificaron tales términos con la idea de «reglamento», los italianos hicieron uso de esta última figura para aludir al instrumento dictado en ejecución y desarrollo de la Ley o, en su caso, de la organización interna de las Administraciones (reglamentos independientes). Este problema terminológico explica también –en gran parte– las reticencias doctrinales respecto a la plena admisión de los reglamentos de necesidad en nuestro país.

[941] Por ejemplo, en España, Alemania y Francia se combaten las situaciones extraordinarias a través de la declaración de estados excepcionales a nivel estatal, fundamentalmente; mientras que a nivel local siguen teniendo los Alcaldes y Prefectos poderes similares a los que también existen en Italia.

desarrollo de una teoría general sobre el poder de ordenanza que, a la postre, termina por redundar en beneficio de Administraciones y particulares al quedar delimitadas las exigencias y controles al efecto.

Por otro lado, ya sólo el hecho de que se haya producido un cambio de enfoque desde la ordenanza de necesidad –como emanación de la autoridad administrativa– al poder de ordenanza –como potestad atribuida a través de la Ley–, permite dilucidar el cambio de perspectiva que se ha producido en Italia para con estos instrumentos de excepción, todavía mal denominados en nuestro Derecho patrio como reglamentos *contra legem*[942].

Parece entonces más lógico que, en el marco de un Estado de Derecho donde rige la jerarquía normativa, nos centremos en las normas del Legislativo que habilitan al complejo Ejecutivo-Administración a dictar tales actuaciones excepcionales y no en la emanación concreta del anterior, puesto que de su configuración a través de la Ley y de su conformidad para con ella, se dilucidará, o no, su legitimidad[943]. Y es que, tras las Constituciones dictadas tras la Segunda Guerra Mundial, se procede en Europa a encorsetar los poderes de necesidad a una previa autorización o habilitación legislativa, con las correspondientes cautelas y contrapesos, haciéndose eco de las experiencias del periodo de entreguerras.

El respeto sacrosanto a la legalidad colisionará con los cambios producidos en los diferentes espectros político, económico y social; cambios que comportan riesgos que no pueden ser afrontados con los poderes de necesidad de mediados del siglo pasado, supeditados todavía a las exigencias y rigideces legalistas. El ejemplo claro se

[942] En efecto, las ordenanzas de necesidad italianas terminan por identificarse con nuestros «reglamentos de necesidad». Es claro al efecto RAFFIOTTA, *op. cit*., pág. 3 al indicar que «ancora in Spagna, l'instituto qui indagato non sembra trovare pieno riscontro nelle ordenanzas, *sembrando* invece corrispondere ai *reglamentos de necesidad*» (el subrayado es del autor). Pese a esta clara similitud es, desde luego, sorprendente que en nuestro país se haya realizado un análisis pormenorizado de las ordenanzas de necesidad en Italia, así como de la posibilidad de importar esta figura a nuestro país. Sólo algún autor como SALAS HERNÁNDEZ, J., «Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, págs. 457 y ss., o ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), pág. 530, nota 708, hicieron referencia a esta cuestión de forma exótica. De modo más directo, *vid*. AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa* (*cit*.), págs.181-185, que alude a ellas –y las tilda, por cierto, de «sorprendentes»– exponiendo, muy sucintamente, su régimen jurídico. También con carácter más reciente –con motivo de la COVID-19– se han podido ver algunas reflexiones al efecto en la literatura jurídica patria, si bien todavía con carácter tangencial y asistemático, como tendremos ocasión de analizar a lo largo de la segunda parte de esta obra.

[943] En sentido similar se ha desarrollado en Alemania la «cláusula general» (*Generalklausel*) en el ámbito de la seguridad pública. En todos los casos estamos ante mecanismos de habilitación legal para actuar, aunque bajo diferente denominación.

da en el ámbito local: si los poderes de necesidad ahora sólo residen en el Estado a través de previa intervención *ad hoc* del Legislativo (ej. estados excepcionales) o de los Decretos leyes, ¿qué posibilidades tienen los entes locales para hacer frente a situaciones de urgencia y necesidad?

En el Derecho italiano se ha querido delimitar los poderes de necesidad clásicos, decimonónicos, de sus autoridades administrativas del plano local y configurarlos al albur del nuevo texto constitucional, reconduciéndolos, de paso, a la figura de un «poder de ordenanza» también presente en la esfera estatal. Esta solución es síntoma de valentía: el problema existe y, por ello, se procede a remediarlo con el máximo respeto posible al ordenamiento jurídico constitucional. Susodicho respeto ha cristalizado en un importante esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por ampliar los límites, requisitos y modalidades de control del poder de ordenanza; sin perjuicio de que –como toda institución– haya podido tener sus críticas, especialmente a raíz de su utilización durante los años de la pandemia[944].

Todas estas exigencias permiten a este instituto conciliar su tremenda flexibilidad a la hora de ser aplicado con el mantenimiento de una serie de garantías para con los administrados. No se ha de olvidar que el poder de ordenanza se erige como un mecanismo de protección de los individuos y no como su yugo. Este carácter se manifiesta en dos momentos diferenciados. En un primero, en cuanto dota a las autoridades administrativas de las herramientas necesarias para evitar que las situaciones excepcionales afecten más negativamente, si cabe, a los particulares. Y, en un segundo momento, en cuanto permite a éstos –si están en desacuerdo con tales actuaciones– incoar las correspondientes acciones ante el órgano jurisdiccional competente y, en su caso, exigir responsabilidades.

En efecto, la miríada de requisitos, límites y controles existentes –unidos a la exigencia de una situación de necesidad– dulcifican el hecho palmario de que las ordenanzas de necesidad modulan la configuración común del principio de legalidad administrativa y el modo de actuar de las Administraciones Públicas. Y es que, como destaca RAFFIOTTA, estos poderes de ordenanza ya no se fundamentan únicamente en la

[944] La situación contrasta con la existente en España. En nuestro país la literatura jurídica suele enforcar el instituto del reglamento de necesidad desde dos prismas: negando su existencia –por entenderlos contrarios a la jerarquía normativa– o, alternativamente, admitiendo la figura sin ulterior explicación.

seguridad, con base a su vez en la autoconservación del Estado, sino, además y especialmente, en la tutela de los derechos fundamentales[945].

En definitiva, la aproximación aquí realizada al Derecho italiano nos permite entrever la importancia de erigir una teoría general respecto de nuestros reglamentos de necesidad, con el objeto de delimitar sus requisitos, mecanismos de control, así como, especialmente, las garantías que han de regir en su aplicación para con los ciudadanos. Y es que, como se ha destacado en el Derecho italiano, el poder de ordenanza se erige, en definitiva, como «un instituto, excepcional pero necesario a fin de contribuir a proteger a la sociedad y su libertad»[946].

[945] RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 60.
[946] RAFFIOTTA, *op. cit.*, pág. 29.

SEGUNDA PARTE. EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ESPAÑA: ORIGEN HISTÓRICO, SITUACIÓN ACTUAL Y TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO. EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

I.- LAS BASES PARA LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: EL CONVULSO SIGLO XIX ESPAÑOL

El arrumbamiento del Antiguo Régimen y la llegada del constitucionalismo a nuestro país traerá consigo una nueva conformación del poder. Los viejos adagios de *principis voluntas, legis habet vigorem*, así como de *princeps legibus solutus*, se sustituirán por los principios revolucionarios legicentristas y de separación de poderes: la Ley –encarnación de la voluntad popular–, era ejecutada por el Gobierno y aplicada por los jueces, quedando su ámbito material vedado a estas dos últimas autoridades[947].

Esta era, desde luego, la teoría. Teoría que puede extraerse de una lectura rápida de todos y cada uno de nuestros textos constitucionales decimonónicos. El principio de legalidad encadenaba al poder Ejecutivo en toda su actuación y, claro está, también en los dos ámbitos que a nosotros interesan: las potestades normativas y las de necesidad. Ahora bien, la práctica nos muestra una situación mucho más compleja y abigarrada en ambas esferas. El peso de la tradición de los poderes del Monarca, así como el tránsito hacia un modelo liberal sin mediar una Revolución, marcaría un claro arrastre de sus potestades pretéritas. Ello, unido a las rigideces del marco teórico de la separación de poderes, llevaron a los sucesivos Gobiernos decimonónicos españoles a tratar de conciliar ambos elementos, haciendo gala de la creatividad y la picaresca –en este caso jurídica– que siempre nos ha caracterizado.

Respecto a lo normativo, la exigencia de la primacía de la Ley se conciliaría con múltiples e imaginativas técnicas: autorizaciones expresas del Legislativo para regular en ámbitos prohibidos; rehabilitaciones de normas derogadas a través de una mera decisión gubernamental; Leyes de bases dictadas sin previsión constitucional alguna; o,

[947] Comienza aquí nuestro estudio porque la distinción entre Ley y reglamento, así como la configuración de los distintos poderes de necesidad, sólo se puede explicar correctamente bajo un texto constitucional. En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), pág. 73, ha subrayado que no puede hablarse de un «estado de excepción» sin que haya un «estado normal», esto es, la presencia de una Constitución.

en fin, emisiones de reglamentos sin ropaje jurídico ninguno, que actuarían como Leyes *de facto* hasta que –en alguna ocasión– fuesen convalidadas por las Cámaras[948].

En cuanto a los poderes de necesidad, se puede decir algo similar. Nuestros textos constitucionales renunciarían al reconocimiento de cláusulas generales a favor del Rey o del Gobierno –en contraposición a otros países de nuestro entorno–, optando por el pálido y taimado encaje de la suspensión de garantías en las Cartas de la época; técnica que pronto se conectaría con la aprobación de estados excepcionales para confrontar los altercados de orden público.

En efecto, nuestro Derecho de excepción decimonónico se focalizaría en la noción de orden público, abusando, dicho sea de paso, de los poderes militares para el apaciguamiento de tales alteraciones político-sociales. Se descuidaba así la protección extraordinaria del Estado frente a otro tipo de peligros o calamidades que no encajasen en la anterior concepción; catástrofes contra las que –al menos legalmente– eran las autoridades locales las competentes para actuar –aunque como autoridades del poder central, eso sí–, habilitadas al efecto por la normativa sectorial de policía y de régimen local. Ante estas dos circunstancias, la solución de los poderes centrales era clara: dictar reglamentos *contra legem* para hacer frente a las situaciones de necesidad que se presentaran[949]. Con ello se generará un caldo de cultivo extraordinariamente propicio para la recepción de la doctrina del reglamento de necesidad por la literatura jurídica española de principios del siglo pasado, que buscaría explicar de algún modo esta situación de genuina ilegalidad.

La síntesis aquí expuesta precisa de una exposición calmada y sistemática, a la que se va a proceder a través de tres puntos diferenciados: en un primero, analizando la

[948] Esta dualidad de poderes la explica magistralmente MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 4ª ed., Tomo II: Historia de las Instituciones jurídico-administrativas, BOE, Madrid, 2015, pág. 152, cuya cita –aunque larga–, merece la pena reproducir: «La soberanía de la ley, el respeto a la voluntad general, su expresión a través de los representantes del pueblo, la subordinación de todos los poderes a los mandatos legales, que son principios que las nuevas Constituciones consagran, resultan, perfectamente compatibles con el mantenimiento de poderes normativos en favor del ejecutivo. Basta con que dichas normas puedan ser sometidas a la disciplina que el legislativo pueda establecer en cada momento. La Asamblea o las Cortes pueden no confirmar las resoluciones del ejecutivo, modificarlas, sustituirlas, encauzarlas mediante autorizaciones específicas, etc. Rige, como diríamos con un tecnicismo de hoy, el principio de primacía de la ley (...) pero no el principio de reserva de ley que excluye las normas dictadas por el ejecutivo de los ámbitos dominados por dicha reserva».

[949] Este modo de actuar recuerda al tradicional *Notrecht* germánico, en el que, sin previsión legal o constitucional alguna, se actúa para lograr la pervivencia del Estado. Sobre esta cuestión, *vid. supra*, el capítulo segundo de la primera parte de esta obra, apartado I.B).i).

situación del poder normativo en el siglo XIX; en un segundo momento, a través de una aproximación al modelo de necesidad elegido por nuestros constituyentes decimonónicos; y, en fin, en un tercer punto, analizando el encaje de los poderes extraordinarios que excedían del anterior.

1.- LEY Y REGLAMENTO EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO: TEORÍA Y PRÁCTICA

Durante todo el siglo XIX los iuspublicistas y diputados españoles harán gala de unas reflexiones y de un elevadísimo refinamiento jurídico respecto de las nociones de Ley y de reglamento de las que –tal vez como consecuencia de la perversa costumbre patria de remitirse, a autores extranjeros; tal vez por el relego al olvido de éstos a nosotros–, salvo muy contadas excepciones, no se ha hecho justicia entre los académicos españoles contemporáneos[950].

Ahora bien, estas reflexiones no son producto de generación espontánea. Las meditaciones de los juristas, bajo el signo de Cádiz, tratando de categorizar las distintas emanaciones de las Cortes (Leyes, Decretos, declaraciones, etc.), las discusiones respecto de la idea del presupuesto y su encaje como Ley en 1834 (treinta años antes que el conflicto prusiano y las teorizaciones de LABAND), o las confrontaciones parlamentarias respecto de la Ley de poderes extraordinarios de 1848, responden a una realidad muy concreta, esto es, una clara pugna por el poder normativo entre el Ejecutivo y el Legislativo[951].

El espíritu revolucionario e ilustrado se entremezclaba con el tradicionalismo histórico de cariz autoritario (lo que entre nosotros terminará por llamarse «liberalismo doctrinario»[952]) y que se manifiesta también en el modo de hacer las normas: pese a los principios de primacía de la Ley y del encaje del Rey como mero «ejecutor» de las Leyes, nuestros Monarcas ostentarían en la práctica un enorme marco de actuación normativa. Es en este contexto en el que surgen las diferentes manifestaciones reglamentarias del Ejecutivo, cuya teoría y práctica es imprescindible clarificar para

[950] En palabras de GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), pág. 215, «de todos los constitucionalismos, es el español el que presenta *un grado más matizado y refinado del concepto de Ley*». La cursiva es suya.

[951] Sobre estas dos primeras cuestiones, es fundamental GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 152 y ss., especialmente 192 y ss. para la primera y 226 y ss. para la segunda, que, por cierto, terminó adjudicando el *status* de Ley al presupuesto. Respecto a la Ley de habilitación indicada, *vid infra*, el apartado 2.A) del presente capítulo.

[952] Por todos, DÍEZ DEL CORRAL Y PEDRUZO, L., *El liberalismo doctrinario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

poder entender la recepción y el asentamiento de la doctrina del reglamento de necesidad en nuestro país.

A).- LA TEORÍA: LA PRIMACÍA DE LA LEY

La recepción del ideario de la Revolución Francesa y sus principios respecto del poder normativo calarían hondo en los constituyentes de Cádiz, extendiéndose esta nueva concepción del poder Ejecutivo en sus primeras Cortes[953].

En efecto, ello puede verse desde su primera manifestación: el Decreto I de 24 de septiembre de 1810, en cuanto indica que las Cortes «se reservan el poder legislativo en toda su extensión»; en el Decreto XXIV, de 16 de enero de 1811, por el que se aprueba el Reglamento provisional del Poder executivo, que prohibirá «implícita pero inequívocamente» el ejercicio de toda potestad normativa al Consejo de Regencia[954]; y, en fin, en el Decreto CXXXIX, de 26 de enero, de 1812, por el que se aprueba el Nuevo Reglamento de la Regencia del Reyno, en el que se da encaje al Consejo de Regencia como órgano de ejecución de la Constitución y las Leyes aprobadas por las Cortes[955].

Se reconocía así el principio de legalidad, la sumisión del reglamento a la Ley y, en congruencia, la limitación normativa al Ejecutivo, a quien se le atribuye únicamente la potestad para «ejecutar las Leyes». Este engarce se reiteraría con la llegada de la Constitución de 1812 (artículos 131, 170, 171)[956] y en las subsiguientes decimonónicas (artículos 45 y 47.1 de la Constitución de 1837; artículos 43 y 45.1 de la de 1845; artículos 69, 73 y 75 de la de 1869[957]; arts. 50 y ss., y 72.9 del Proyecto de 1873; y, en

[953] Sobre el contexto histórico *vid*., la clásica obra de ARTOLA, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; así como el –también clásico– escrito de COMELLAS, J. L., «Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, 1962, págs. 69 y ss. Respecto al encaje del Gobierno, *vid.* el excelente estudio de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., «Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, págs. 257 y ss.

[954] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2006, pág. 47.

[955] SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español* (*cit.*), pág. 48, ve en este último la atribución «por vez primera», de la potestad reglamentaria. También FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Constituciones históricas españolas*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1986, pág. 69, para quien la norma tiene «la intención de hacer de la Regencia un instrumento dócil en manos de las Cortes».

[956] Nótese que, como indica GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., pág. 180 y ss., la distribución del poder legislativo en Cádiz era algo más compleja: existían Leyes hechas por las Cortes y el Rey, así como Decretos de las Cortes, emitidas únicamente por ellas; lo que implicaba que los segundos podían evitar el veto regio.

[957] Su artículo 92 llegaba incluso a indicar que: «Los Tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes».

fin, arts. 50 y 54.1 de la de 1876). Las dos únicas excepciones están en el Estatuto Real de 1834 y en la *non nata* de 1852[958].

Ahora bien, no puede entenderse esta atribución constitucional de «ejecución de las Leyes», presente en todo el siglo XIX, con la existente hoy día. El Rey –y, *por ende*, el poder Ejecutivo en toda su extensión– gozaba de un enorme espectro de actuación normativa, consecuencia de la vinculación negativa a la Ley que existiría por entonces (como ha recordado NIETO[959]), así como de la compartición de la competencia, inserta en todas las Cartas decimonónicas, de «hacer las Leyes» entre aquél y las Cortes, como trasunto y arrastre del principio monárquico[960]. Esta realidad llegaba hasta el punto de que, en la primera parte de nuestro constitucionalismo, el Rey tuviese incluso el derecho a vetar las Leyes dictadas por las Cortes[961].

Estos elementos cristalizarían en una confusión respecto de los límites entre la Ley y el reglamento y, claro está, llevarían a un estiramiento de la idea de ejecución de

[958] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 30 y ss. y 226 y ss., defiende que en todos estos textos sólo se produciría un reconocimiento de la potestad reglamentaria ejecutiva. Mientras el Estatuto Real indicaría en su artículo 31 que «[l]as Cortes no podrán deliberar sobre ningún asunto que no se haya sometido expresamente a su examen en virtud de un Decreto Real», el artículo 20 del proyecto de BRAVO MURILLO, no vinculaba la «gobernación del Estado» y la expedición de decretos y órdenes a lo previsto en la Constitución y las Leyes, además de que su inciso segundo indicaba que «[e]n casos urgentes, el Rey podrá anticipar disposiciones legislativas, oyendo previamente a los respectivos Cuerpos de la alta administración del Estado, y dando en la legislatura inmediata cuenta a las Cortes para su examen y resolución», lo que, más que una potestad reglamentaria de necesidad en el sentido alemán, ha de entenderse como un verdadero precedente de nuestros Decretos leyes, como, por lo general, también ha mantenido nuestra doctrina, *vid*. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VI: La Ley, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015, pág. 95.

[959] NIETO GARCÍA, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, págs. 180 y ss., lo que en la práctica implicaba –nos dice el autor– «que cuando la ley no lo prohíbe, y más aún, cuando la ley no existe, la Administración expansiona sus potestades, puesto que, a falta de ley, es claro que no puede infringirla, y éste es su único límite de actuación», trufando su exposición con jurisprudencia de la época.

[960] Esto puede verse desde la propia Constitución de 1812, que en su artículo 15 establecía que: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey»; cuestión que se repite en el artículo 12 del texto de 1837 y en el de 1845, o, en fin, en el artículo 18 de la de 1876. Poco a poco se va disminuyendo –también por la vía teórica– las potestades normativas de las Cortes: en Cádiz existen ciertas materias que no precisaban de intervención regia a través de sanción –los indicados Decretos de las Cortes–, mecanismo que desaparece con la Constitución de 1837; en 1845 se suprimen las intervenciones de los cuerpos legislativos en materia de sucesión; etc. –aunque hay momentos en los que se amplía su actuación (Constituciones de 1869; *non nata* de 1873)–. Sobre esta evolución, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 212 y ss.

[961] MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII: El Reglamento, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015, págs. 25 y ss. Los artículos 142 y siguientes de la Carta gaditana recogían este encaje: si el Monarca sancionaba la Ley, se mandaba publicar; si la denegaba, no podía volver a presentarse tal norma en el plazo de un año; y, en fin, si se presentaba por tercera vez consecutiva, la Ley se había de sancionar necesariamente. Esta potestad se repite en nuestro constitucionalismo, aunque sin tantas ideas y venidas de los proyectos normativos: así en el texto de 1837, artículos 39 y 46; en los artículos 38 y 44 de la Constitución de 1845; o, en fin, artículos 44 y 51 de la de 1876.

la Ley que terminaría por amparar el dictado de normas reglamentarias en aquellas áreas o materias no reguladas por ella: así, la ejecución de la Ley no se entendía únicamente como el desarrollo o el detalle de ésta, sino también como la posibilidad de emitir normas jurídicas por parte de la Administración cuando no existiese Ley aplicable[962]. Es decir, que desde el arranque en Cádiz se establece más que una separación de poderes *stricto sensu*, una «colaboración» entre Legislativo y Ejecutivo[963]; hecho que se arrastrará durante todo el siglo XIX.

En definitiva, y como ha destacado MUÑOZ MACHADO: «la confluencia, entre nosotros, del poder legislativo propio de las Cortes (participado por el rey a través de la institución de la sanción, ya mencionada) con el viejo poder normativo del monarca, asumido sin solución de continuidad por el ejecutivo constitucional, dará lugar a una situación amalgamada y compleja, en la que ni los miembros de las Cortes ni los representantes del ejecutivo tienen absolutamente claros los límites de sus respectivas potestades normativas»[964].

B).- LA PRÁCTICA: LA PREEMINENCIA DEL REGLAMENTO Y LOS ORÍGENES DEL DECRETO LEY

La organización de la vida decimonónica se produciría al amparo de lo expuesto en el epígrafe anterior: un marco constitucional teórico que, en principio, capitidisminuía las funciones del Gobierno, limitándole a la mera ejecución legislativa,

[962] En este sentido, MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 32 y ss., recuerda que en nuestro país «el advenimiento del constitucionalismo no se impuso en un marco revolucionario, sino en un contexto de compromisos entre el principio democrático, anclado en la voluntad popular, y el principio monárquico, asentado en la tradición histórica. El equilibrio se encontró atribuyendo, por una parte, el poder legislativo a las Cortes y al rey, aunque en su ejercicio se situara este en una posición de menor predominio, expresada fundamentalmente en la potestad de veto devolutivo».

[963] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 274, es claro al indicar que se establece «una colaboración simbiótica entre dos poderes que estaban condenados a entenderse (...) en un esfuerzo titánico por respetar las prerrogativas regias y por dotar a las Cortes de sustantividad competencial».

[964] MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo VII, pág. 34. De hecho, ejemplifica la cuestión con sesiones parlamentarias en las que los diputados constituyentes se preguntan si una Real Orden puede derogar una Ley, o dónde están los límites entre la Ley y el reglamento, especialmente en la primera mitad del XIX. También en NIETO GARCÍA, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional: Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1996, págs. 134 y ss., especialmente 168 y ss. Recuerda GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 227, nota 56, que en el seno de las discusiones respecto del presupuesto de 1834 uno de los diputados llegó a subrayar el problema, esto es, «la gran cuestión *de definir qué es ley y qué es reglamento*».

y una realidad completamente alejada de lo indicado, en la que el poder, en teoría Ejecutivo, dictaba Decretos en ámbitos reservados a la Ley[965].

Se puede afirmar que durante todo el siglo XIX nos encontramos con tres tipos de actuaciones dictadas al margen de la Ley por los poderes gubernamentales: los conocidos «pronunciamientos», que buscarían una subversión del ordenamiento vigente; las disposiciones dictadas sin habilitación alguna para hacer frente a situaciones de crisis y que, ya en el siglo XX, la doctrina española tildaría de «reglamentos de necesidad», dictados sin habilitación alguna para hacer frente a cuestiones muy concretas; y, por último, los Decretos con vocación de Ley, emitidos para suplir la falta de actuación de las Cortes y con vocación de permanencia.

Las dos primeras categorías bien podrían calificarse de *contra legem* o, en algunos casos, incluso de *contra Constitutionem*. La tercera podría entenderse –en términos muy amplios, claro está– como una manifestación de una potestad reglamentaria *extra legem*, o incluso independiente (*praeter legem*) sin perjuicio de que en muchos casos terminase por contrariar las Leyes vigentes[966]. Sea como sea, hemos de centrarnos en el análisis de esta última figura, habida cuenta de que a las dos restantes les dedicaremos un examen pormenorizado con motivo de la exposición y explicación del marco de Derecho de necesidad decimonónico[967].

Así, durante todo el siglo XIX y principios del XX se consagrará, como genuina costumbre constitucional, la emisión de Decretos por parte de los diferentes Gobiernos –sin habilitación constitucional o legal alguna– con vocación de permanencia; esto es, de servir como verdaderas Leyes provisionales, hasta que las Cortes convaliden o regulen por sí la materia (hecho último que rara vez se llegaba a producir). Ello se hacía

[965] La explicación a esta paradoja puede encontrarse sistematizada en MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo II, págs. 150 y ss.

[966] MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 43, subraya que «en todas las ramas de la actividad administrativa proliferarán a lo largo del siglo reglamentos independientes, dictados para suplir la falta de leyes, sin más apoyo que en meras situaciones fácticas que acabarían consolidando una clara práctica constitucional». Los límites entre las actuaciones *praeter* y *contra legem* en la época son extraordinariamente difíciles de establecer.

[967] Esto no significa que no hubiese conciencia sobre lo problemático de esta situación. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo VII, pág. 36, recuerda cómo tanto en las discusiones parlamentarias como en la doctrina administrativista de mediados de siglo (COLMEIRO, POSADA HERRERA, etc., a los que podría añadirse otros posteriores), subrayaba la primacía de la Ley y la necesidad de regular determinadas materias a través de ella. Además, como recuerda SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, págs. 33 y ss., y, especialmente, 149 y ss., la inmensa mayoría de los «padres» del Derecho administrativo no pueden catalogarse precisamente como liberales o progresistas, sino que «fueron de filiación moderada, conservadora o abiertamente reaccionaria, incluso en su concreto momento histórico».

por dos motivos: bien por la imposibilidad de sacar adelante el Proyecto en las Cortes, bien por estar ante situaciones de interinidad, de Gobiernos provisionales o revolucionarios[968].

En cualquiera de los casos, este tipo de actuaciones –en su mayoría de contenido normativo y, *por ende*, reglamentario– se terminaban por perpetuar en el tiempo, lo que explica que, en los años veinte del siglo pasado, nuestra doctrina –muy probablemente inspirada por la europea de la época– catalogase a estos reglamentos como «Decretos leyes». Y es que la expresión no podía ser más correcta, pues estamos ante verdaderos «Decretos» que, efectivamente, tenían vocación de «Ley», tanto por la materia que regulan como por su encaje en el ordenamiento[969]. En este sentido, no me resisto a reproducir el resumen que, en 1930, hace de esta figura FERNÁNDEZ DE VELASCO –con claro ánimo de justificar el gobierno por Decreto de PRIMO DE RIVERA, todo sea dicho– a lo largo de nuestra historia constitucional:

«En 1834, que inicia el nuevo régimen, se plantea nada menos que el sistema parlamentario bicameral, por Real Decreto, y las dos Cámaras todavía permanecen; en 1835, por Real decreto del 23 de julio, se suprimen los antiguos regidores perpetuos, y se dictan las bases para el arreglo de los Ayuntamientos, bases que inspiran la legalidad ulterior, vigente hasta su derogación por el Estatuto Municipal. Cuando el Estado se liberaliza, y en el sentido inglés, que entonces, en 1868, se intenta importar, impera el Real decreto: los que se fechan en 13 y 16 de octubre y 26 de noviembre, someten a la jurisdicción ordinaria los negocios contenciosoadministrativos; el del 14 de noviembre, que suscribe Echegaray, dicta las bases para la legislación de Obras públicas; el de 29 de diciembre, refrendado por Ruiz Zorrilla, las de Minas. Modernamente también, por

[968] Sin querer entrar en la polémica respecto al origen de tales actuaciones, simplemente cabe destacar que encontramos en nuestra doctrina dos posiciones diferenciadas. Por un lado, quienes defienden que la potestad reglamentaria fue, exclusivamente, de carácter ejecutivo en aquellos momentos en los que regía la Constitución de 1812 y que, *por ende*, sólo a partir del primer tercio del siglo XIX comienza a consolidarse un ámbito de actuación más amplio, de carácter autónomo o independiente, al efecto, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., págs. 38 y ss., así como pág. 78; SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit*., págs. 154 y ss., indicando que «en la Constitución gaditana, el ejecutivo aparece ahogado, capitidisminuido (...) la separación de poderes se entiende en ese texto casi en exclusiva defensa frente al poder ejecutivo», añadiendo que la potestad reglamentaria *extra legem* surge especialmente con el Gobierno de ESPARTERO. Por su parte, otra porción de la doctrina sostiene que la potestad reglamentaria llegaba a tales ámbitos desde la promulgación misma del texto gaditano, así NIETO GARCÍA, *Los primeros pasos del Estado Constitucional*... (*cit.*), págs. 160 y ss.; posición que parece secundar también MUÑOZ MACHADO, *op. cit*., Tomo II, pág. 150.

[969] Para ver otra perspectiva y organización de los Decretos emitidos en el siglo XIX en España, *vid*. DE LA IGLESIA CHAMARRO, M. A., *El Gobierno por Decreto*, Navaprint, Pamplona, 1997, págs. 75 y ss., aunque sin ofrecer demasiados ejemplos.

Real decreto del 18 de diciembre de 1913, se crean las Mancomunidades Provinciales. No cabe duda, de que ha sido el Real decreto-ley la expresión formal normativa constante más eficaz durante la vida constitucional del Estado español. Supliendo las pasividades del Poder legislativo, con extraordinaria frecuencia los propios Gobiernos han tenido que prestarse a obrar como legisladores»[970].

La injerencia del poder normativo del Gobierno llegaba hasta límites que sorprenden al jurista contemporáneo, acostumbrado al reparto competencial y jerárquico existente entre la Ley y el reglamento. Creo que no pueden ser más clarificadores los siguientes ejemplos: el Real Decreto de 20 de marzo de 1867, en cuanto manda que «rija como ley del Reino» el Proyecto de Ley de Orden Público de GONZÁLEZ BRABO, quedando éste como una verdadera Ley provisional hasta que se aprobase por las Cortes; el Real Decreto de 21 de octubre de 1866, que contenía el Proyecto de ley reformando la legislación vigente sobre organización y atribuciones de los Ayuntamientos; o, en fin, el Real Decreto de 7 de marzo de 1867, activando provisionalmente el Proyecto de Ley de imprenta[971].

Y es que difícilmente podría imaginarse normas en donde la regulación por Ley debiera ser más necesaria: estamos ante una norma de orden público, otra de carácter orgánica –relativa a los Ayuntamientos– y una última de regulación de derechos fundamentales. Ahora bien, todos estos proyectos se pusieron «interinamente en vigor», pasando a convalidarse –en este caso sí– a través de la Ley de 17 de mayo de 1867, y, en definitiva, quedando tales reglamentos convertidos en genuinas «Leyes del Reino»[972]. No obstante, aunque tales intervenciones parlamentarias hayan servido para que parte de la doctrina haya querido ver un precedente de la convalidación legislativa de nuestros Decretos leyes[973], se ha de destacar que –la mayoría de las veces– ésta o no

[970] FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Tomo I, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1930, pág. IX del prólogo. Como se ve, a través de meros Decretos del Gobierno se terminaban por conformar los cimientos de nuestro Estado liberal, en clara oposición a sus principios inspiradores.
[971] CRUZ VILLALÓN, *El Estado de sitio y la Constitución* (*cit*.), pág. 363.
[972] Sobre esto último, ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs., 131-132, nota 175; también, CRUZ VILLALÓN, *El Estado de sitio y la Constitución* (*cit*.), págs. 363 y ss., que niega la naturaleza de esta norma como Ley de indemnidad por entender que no busca convalidar actuaciones de necesidad u orden público, sino meras actuaciones políticas.
[973] DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., «Revolución de 1868, gobierno por decreto y orígenes de la convalidación parlamentaria de los decretos leyes», en *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002, págs. 411 y ss.; también SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 631.

se producía o, en fin, se hacía uso de otras piruetas jurídicas para mantener en vigor los aducidos reglamentos, como si de Leyes se tratasen, a lo largo del tiempo[974].

Por último, considero fundamental realizar una serie de sumarias matizaciones respecto de estas actuaciones normativas del Ejecutivo, a la luz de la figura que nos ocupa: el «reglamento de necesidad». Lo primero que se ha de hacer notar es que estos teóricos «Decretos leyes» no se dictan para confrontar una situación extraordinaria concreta, sino para suplir la actuación de las Cámaras a la hora de legislar. Por ello, este tipo de normas se dictan como si de una Ley se tratase –hasta el punto de ser, en alguna ocasión, convalidados y transformados en ellas–, con marcada vocación de permanencia en el ordenamiento.

Por su parte, los reglamentos dictados al margen de toda habilitación legal y bajo situaciones extraordinarias[975] parten de un presupuesto fáctico y jurídico completamente diferenciado. Buscan hacer frente a una situación excepcional y, *por ende*, también temporal. No tienen intención de mantenerse en el ordenamiento más allá del tiempo necesario para hacer frente a la situación que les dio vida, ni, en congruencia, tampoco de ostentar rango legal. Su encaje sigue siendo el reglamentario, aunque con capacidad de suspender o inaplicar la normativa vigente para luchar contra la eventualidad para la que fue emitido, teniendo, en definitiva, una eficacia claudicante en el tiempo. En la mayoría de los casos, estos «Decretos leyes», diríamos que –como hemos visto– se acercan más a una actuación independiente o *praeter legem*, sin perjuicio de que, se insiste, en muchos casos se vulnerase abiertamente el principio de legalidad; pero en el caso de los reglamentos de necesidad la actuación era –con muy pocas excepciones– *contra legem*, dictándose sin habilitación legal alguna y, por supuesto, contrariando abiertamente las Leyes vigentes.

Estos matices expuestos, considero, tienen una importancia de primer orden para entender el desarrollo de la doctrina del reglamento de necesidad en nuestro país en el próximo siglo. Como se verá en un epígrafe posterior, durante el primer tercio del siglo

[974] Al efecto, *vid*. también los ejemplos que ofrece MUÑOZ MACHADO, *op. cit*., Tomo II, págs. 146 y ss., explicando cómo las injerencias del Ejecutivo en el Legislativo se realizaron a través de técnicas diversas como los «consentimientos» y «aprobaciones» (básicamente intervenciones *a posteriori* de las Cámaras, que perfeccionaban normas previamente dictadas por el Ejecutivo), «restablecimientos» (que resucitaban Leyes ya derogadas, a través de una mera decisión gubernamental) y «autorizaciones» (habilitaciones de las Cortes para que el Gobierno actuase en ámbitos que, en principio, le estaban vedados).

[975] Téngase en cuenta que, en un momento posterior, la doctrina española dará una explicación a estos reglamentos ilegales, justificándolos de acuerdo con la trilogía de VON STEIN.

XX nuestra literatura jurídica más autorizada distinguirá nítidamente entre este tipo de actuaciones que aquí se anotan y los indicados reglamentos ilegales, dictados ante situaciones de crisis imprevistas y, por lo general, no provocadas por la mano del hombre.

2.- EL DERECHO DE NECESIDAD EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL

El establecimiento de un marco constitucional en los diferentes países europeos no sólo iba a tener consecuencias desde la perspectiva normativa, sino también desde la relativa a los poderes de necesidad. En efecto, la nueva conformación del poder traería consigo diferentes modelos: desde actuaciones *contra legem* de los Gobiernos, sanadas a través de *bills* de indemnidad, como en el caso inglés; pasando por el reconocimiento de cláusulas generales de habilitación a los Monarcas alemanes (*Noverordnungen*); hasta, en fin, modelos de Derecho de excepción, en los que se combinaba la técnica de la suspensión de garantías con la de la declaración de estados excepcionales[976]. Puede decirse que durante nuestro siglo XIX encontramos ejemplos de todos estos modelos; pero, sin duda, sería el último de ellos el que tendrá una mayor preponderancia, hasta el punto de haberse recogido en nuestra vigente Constitución de 1978[977].

En lo que a nuestra investigación respecta e importa, puede decirse, sin ambages, que todos y cada uno de los constituyentes decimonónicos renuncian al establecimiento de cláusulas generales de necesidad en las distintas normas fundamentales[978]. Y creo, precisamente, que es por ello por lo que –paradójicamente–

[976] Sobre estos modelos históricos es fundamental ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en el Derecho Público* (*cit.*), págs. 75 y ss.

[977] El caso más paradigmático de *Bill* de indemnidad en nuestro ordenamiento es el de la Ley de 10 de enero de 1877, que exoneraba de responsabilidad a los Gobiernos que extendieron la suspensión de garantías que –haciendo caso omiso a las exigencias de la Constitución de 1869– entraron en vigor mediante Decreto de 5 de enero de 1874 y se mantuvieron hasta 1877 sin previsión legal alguna (incluso después de aprobada la Constitución de 1876). En efecto, su artículo 1 indicaba que «atendiendo a las extraordinarias circunstancias que, desde el mes de enero de 1874 hasta la reunión de las actuales Cortes, ha atravesado el país, declara libres de toda responsabilidad a los Gobiernos que se han atribuido y ejercido, durante el indicado período de tiempo, facultades legislativas en el orden político», al tiempo que su artículo 2 elevaba el rango del Decreto de suspensión, al atribuirle a éste «fuerza y valor de Ley del Reino». La dicción de estos preceptos ha hecho que se haya entendido la norma como una verdadera Ley de indemnidad, así FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), págs. 103-104, o ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad...* (*cit.*), pág. 131; o, también, CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, págs. 299 y ss., para quien es este el único ejemplo aislado de Ley de indemnidad o exoneración en nuestro constitucionalismo histórico. Para BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 1ª ed., Alianza Universidad, Barcelona, 1983, pág. 231, con esta norma se pone fin este periodo excepcional, que denomina como la «Dictadura Cánovas».

[978] Se omite aquí la referencia a la Carta de Bayona de 1808 por cuestiones obvias. No obstante, es de destacar que su artículo 38 preveía también una cláusula general similar a las que reconocen la potestad reglamentaria de necesidad, aunque, eso sí, no a favor del Ejecutivo, sino a favor de uno de sus órganos

termina por recogerse la doctrina de los reglamentos de necesidad en nuestro país en el siglo XX.

En efecto, la preeminencia de un modelo de Derecho de excepción rígido, encorsetado a la noción de orden público y a los estados excepcionales, provocará la necesidad de actuar *contra legem* por parte de las autoridades gubernamentales ante situaciones no reconducibles al anterior presupuesto de hecho –«orden público»–, dándose explicación a tales ilegalidades a través de la figura del «reglamento de necesidad». Para poder exponer esta evolución, creo necesario explicar en dos puntos diferenciados cómo nuestras Constituciones decimonónicas renuncian al modelo de cláusulas generales, por un lado, para construir, paulatinamente, otro centrado en el Derecho de excepción; acervo que ha terminado por caracterizar a esta etapa.

A).- LA RENUNCIA DE LOS CONSTITUYENTES AL MODELO DE «CLÁUSULAS GENERALES»

Las Cortes de Cádiz se inauguran y desarrollan en un clima complejo, de guerra contra el invasor francés, lo que explica que una de las primeras normas por ellas expedidas –antes incluso de la votación misma de la Constitución– esté dirigida a garantizar la seguridad del Reino. Aunque, eso sí, –y esto conviene recordarlo– en el marco ya de una división de poderes[979].

En efecto, el Decreto IV de 27 de septiembre de 1810 –delimitando las «facultades y responsabilidades»[980] del Poder Ejecutivo– sería contundente al proclamar que: «las Cortes generales y extraordinarias declaran que en el decreto de 24 de

legislativos. El precepto rezaba: «En caso de sublevación a mano armada, o de inquietudes que amenacen la seguridad del Estado, el Senado, a propuesta del Rey, podrá suspender el imperio de la Constitución por tiempo y en lugares determinados. Podrá, asimismo, en casos de urgencia y a propuesta del Rey tomar las demás medidas extraordinarias, que exija la conservación de la seguridad pública». Sobre el Estatuto, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas*, (*cit.*), págs. 59 y ss., especialmente págs. 61 y ss., que alude a los órganos constitucionales de gobierno; y, ya sobre el artículo 38, *vid*. CRUZ VILLALÓN, *op*. *cit*., págs. 291-292.

[979] El principio de separación de poderes se encuentra en la primera de las manifestaciones de estas Cortes, esto es, en el Decreto I, de 24 de septiembre de 1810, que indicaría expresamente que «no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judiciario, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión». Con esta declaración, se ha dicho, «va a quedar destruida en España la concentración del poder en una sola persona, connatural al Antiguo Régimen», así FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas* (*cit.*), págs. 67-68. Pueden consultarse todos ellos en la «Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias. Desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811», en *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes* (http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-su-instalacion-en-24-de-septiembre-de-1810-hasta-igual-fecha-de-1811--0/html/0027b5e4-82b2-11df-acc7-002185ce6064.html).

[980] FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas* (*cit.*), pág. 68.

septiembre de este año no se han puesto límites a las facultades propias del Poder executivo, y que ínterin se forma por las Cortes un reglamento que los señale, *use de todo el poder que sea necesario* para la defensa, seguridad y administración del estado en las críticas circunstancias del día». Es así como se atribuyen plenos poderes al órgano que asumía las funciones propias de la Corona, esto es, al Consejo de Regencia[981]. Esta autorización se ha tildado –con razón– de «habilitación general» y de «típico apoderamiento de circunstancias excepcionales»[982] y puede encajarse como el precedente por excelencia de los reglamentos u ordenanzas de necesidad en nuestro país y, tal vez, de todo el Derecho comparado[983].

Hablo de «precedente» porque este Decreto contenía, efectivamente, una «cláusula general», similar a la presente en las Constituciones germánicas del siglo XIX, que permitía dictar *Notverordnungen* a sus Monarcas y bajo situaciones excepcionales[984]; si bien en nuestro caso la habilitación se realizaba al Consejo de la Regencia (al encontrarse el Rey ausente)[985], y bajo el marco de un sistema «protoconstitucional», en tanto en cuanto, aunque estaban proclamados los principios básicos de un Estado de Derecho, lo cierto es que no existía, formalmente, una Constitución.

---

[981] FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit*., pág. 69. Téngase en cuenta que los primeros reconocimientos de esta potestad reglamentaria de necesidad se realizaban, durante todo el siglo XIX, a favor del Monarca.

[982] SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español* (*cit*.), pág. 47. En sentido similar, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op*. *cit*., págs. 272, que indica que «la definición es ambigua, tiene poca claridad y, por lo mismo, es indeterminada en cuanto a los medios a emplear, lo cual es una ventaja para el ejecutivo que no va a tener propiamente restricciones a su conducta».

[983] Hemos visto en la primera parte de esta obra –al analizar los orígenes de la figura que ocupa estas páginas– que la literatura jurídica (especialmente la germánica), sitúa el origen de los reglamentos de necesidad monárquicos –o, en terminología del propio VON STEIN, *Die Verwaltungslehre* (*cit*.), Vol. I, pág. 166, «reglamentos de necesidad auténticos» (*eigentliche Notverordnungen*)– en la Constitución gala de 1814, que establecería una habilitación similar a la aquí presente; aunque, eso sí, cuatro años después a la previsión española.

[984] El hecho de que esta autorización es excepcional se dilucida de la propia exposición de motivos del Decreto, en tanto que comienza declarando que «nada desea el Consejo de Regencia tan ardientemente como acreditar a la Nación el *profundo respeto que profesa a las leyes* (...) guiado por este principio, que *será siempre la norma de sus operaciones*, no dudó un solo instante en prestar juramento de obediencia a las leyes y decretos que emanaren de las Cortes». En conexión a esta habilitación, *vid*. también el Decreto XLIII, de 18 de marzo de 1811, que aprueba el Reglamento provisional para el Gobierno de las Juntas de Provincia, que en su artículo XII indica que: «Las Juntas han de ser el conducto por donde el Gobierno comunique a los pueblos las órdenes gubernativas, y *quantas providencias estime conveniente dirigirlas para la defensa de la patria* (...)».

[985] El Consejo de Regencia aparecía como una encarnación meramente provisional del Poder Ejecutivo, es decir, «hasta que la Cortes elijan el gobierno que más convenga», como recuerda FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas* (*cit*.), pág. 68. No obstante lo indicado, este Consejo actuaba en nombre del Rey y ejercitando su poder, como incluso después subrayará el Real Decreto de 4 de mayo de 1814, por el que FERNANDO VII reinstaura el absolutismo en nuestro país.

Sin embargo, este modelo de defensa del Estado –al contrario que en las Constituciones germánicas o en la francesa de 1814– aparece como anecdótico, puesto que, con la salvedad de alguna de las discusiones parlamentarias que puedan encontrarse en nuestra historia constitucional sobre la necesidad –o no– de reconocer tal potestad[986], nuestros constituyentes prefieren optar, como se verá, porque el Gobierno actúe en situación de genuina ilegalidad antes que reconocer unos poderes –tan omnímodos como peligrosos– a los Ejecutivos decimonónicos[987].

Y es que, desde la aprobación de la Constitución de 1812, se renuncia –como ha indicado CRUZ VILLALÓN– a los poderes reglamentarios de necesidad, como se extrae de la dicción de su artículo 170: «[l]a potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, *conforme a la Constitución y a las leyes*»[988]. Ahora bien, sobre la referencia que hace este precepto a «la conservación del orden público» –que por cierto se mantendrá prácticamente incólume durante todo nuestro constitucionalismo decimonónico[989]– se ha discutido si realmente servía como una habilitación al Monarca para actuar en casos

[986] A tal efecto, son interesantísimas las discusiones que surgieron a raíz de la Ley de poderes extraordinarios de 13 de marzo de 1848, cuyo artículo 1.1 autorizaba al Gobierno de NARVÁEZ para que «si las circunstancias lo exigieren, pueda adoptar las disposiciones *que estime conducentes* para la conservación de la tranquilidad y del orden público, declarándose para dicho caso en suspenso las garantías individuales que concede el artículo 7º de la Constitución de 1845, con arreglo al artículo 8º»; habilitación que llegó a calificarse de «carta blanca» por algún diputado de la época. Sobre esta norma, su tiempo y las discusiones parlamentarias, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Las disposiciones de excepción en la década moderada», en *Revista de Derecho Político*, núm. 205, 1976, especialmente págs. 89 y ss. Y, claro está, las reflexiones de DONOSO al efecto que, trufadas con la experiencia de las revoluciones europeas iniciadas en 1848, germinarían en su famosa concepción sobre la dictadura, *vid*. DONOSO CORTÉS, J., «Discurso sobre la dictadura», en *Obras Completas de Donoso Cortés*, Tomo II, 1ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, 1970, págs. 305 y ss. El discurso se pronunció el 4 de enero de 1849 en el Congreso de los Diputados a favor de la indicada norma.

[987] Un ejemplo claro nos lo da la sesión del día 13 de diciembre de 1811, sobre la discusión del artículo 308 de la Constitución de 1812. El texto puede consultarse íntegramente en el «Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias», Tomo X, en *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes* (http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/partes/224789/diario-de-sesiones-de-las-cortes-generales-y-extraordinarias--5), págs. 2420 y ss. De su lectura se extrae cómo –claramente– los diputados rehuían incluso la aprobación de un precepto extraordinario que otorgaba tan lánguidos poderes al Gobierno; llegando el precepto a tener que defenderse por el propio ARGÜELLES.

[988] CRUZ VILLALÓN, *op. cit*., pág. 245. La cursiva es del autor, la cual, considero, reveladora para el caso que nos ocupa. Niega así la existencia en Cádiz de «un poder normativo, basado en razones de necesidad o de urgencia, por parte del titular del poder ejecutivo».

[989] Como recuerda ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., pág. 211, y con la salvedad del Estatuto Real de 1834, esta cláusula se replica –sin prácticamente variaciones– en el artículo 45 de la Constitución de 1837; en el artículo 43 del texto de 1845; en el 49 de la *non nata* de 1856; en el artículo 69 de la de 1869; y, en fin, en el 50 de la canovista de 1876. La diferencia con el texto de 1812 es que en éstos se elimina la expresión «exclusivamente».

de extraordinaria necesidad, en un sentido similar a la presente en la *Charte* francesa o en los textos alemanes de la época.

Para GALLEGO ANABITARTE, esta referencia «a lo sumo daría al Rey un poder de tomar decisiones concretas, ciertas soluciones determinadas de orden público, pero *nunca* un poder general *reglamentario autónomo y originario*», argumentando que el desarrollo de los Reglamentos generales de policía estaba sometidos a la reserva de Ley desde la Constitución de 1812 (*ex* artículo 131.23) en nuestro país, aunque sí le otorgaría –continúa– «el derecho, constitucionalmente impecable, de emitir dichos Reglamentos, si no lo hubiesen hecho las Cortes, aunque ante la legislación posterior de las Cortes tendrían que retirarse o ceder»[990].

Desde otro prisma más, L. MARTÍN-RETORTILLO entiende que la referencia al orden público puede servir como una «cláusula general de habilitación»[991]; y, en este sentido, indica ÁLVAREZ GARCÍA, en ella se reconocería «la misma función que originariamente cumplían los reglamentos de necesidad (*Notverordnungen*) en los Estados alemanes»[992].

Respecto de la posición de GALLEGO, lo cierto es que, tal y como veremos en un momento posterior, la emanación de reglamentos independientes por parte del Gobierno –como si de verdaderas Leyes se tratasen–, jamás se justificó con fundamento en esta cláusula de orden público, ni por la doctrina, ni –salvo error mío– por las exposiciones

[990] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., págs. 35 y ss., también pág. 78, donde recalca el poder normativo «a lo sumo suplente temporalmente» respecto del legislativo en este ámbito. La cursiva es suya. Desde la Constitución de Cádiz se atribuye a las Cortes la emisión de los «Reglamentos generales de policía» en los que, como dice el autor, «la conservación del orden público en lo interior *queda concretada desde luego en gran parte*». Siguiendo esta tesis, VARELA SUANZES, J., «Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, pág. 167.

[991] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Notas para la historia de la noción de orden público», en su obra *Bajo el signo de la Constitución*, 1ª ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, págs. 414 y ss., especialmente 424-425, donde indica que tal «mención expresa del propio texto constitucional, la noción de orden público como técnica jurídica de demarcación, juega aquí un papel de importancia relevante, derivado de consistir precisamente en una cláusula general. Mención expresa, por tanto, e intento, lógicamente, de demarcación, pero por medio de uno de estos mecanismos, tan estudiados luego por el Derecho constitucional, como son las cláusulas generales de habilitación». El artículo fue posteriormente publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, 1983.

[992] ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., págs. 210 y ss., añadiendo que «se constitucionaliza, de este modo, una cláusula de orden público que, recurriendo a la técnica jurídica de las habilitaciones o apoderamientos generales, otorga amplísimos poderes al monarca». En definitiva, entiende que la cláusula de orden público no es otra cosa que –en palabras suyas– una «cláusula general de habilitación». *Cfr*. con CRUZ VILLALÓN, *op. cit*., pág. 245, para quien, como hemos visto, este precepto es una renuncia expresa a tales poderes.

de motivos de los indicados reglamentos (Reales Decretos; Reales Órdenes)[993]. Seguramente la emisión de este tipo de normas por los Gobiernos decimonónicos tenga una explicación más sencilla: en nuestro siglo XIX regía, como hemos visto, el principio de vinculación negativa, pudiendo realizar el Gobierno todo aquello no regulado o no expresamente prohibido por la Ley.

Por otro lado, tampoco puedo compartir la posición de que esta cláusula autorice al Monarca español para dictar *Notverordnungen*. Esta referencia al orden público probablemente aparezca como un mero rescoldo histórico, como un intento de conciliar –formalmente y sobre el papel– los tradicionales poderes monárquicos con la emergencia de unas potestades parlamentarias hasta entonces desconocidas; es decir, como una mera «cláusula de estilo», en expresión de MARTÍN REBOLLO[994], repetida miméticamente a lo largo de nuestro constitucionalismo decimonónico. Es decir, que en el imaginario constituyente no aparecía la adjudicación al Monarca de unos poderes reglamentarios de necesidad. De haber sido así, se habría eliminado el último inciso del precepto –«conforme a la Constitución y a las leyes»[995]– y la discusión parlamentaria habría sido mucho más intensa[996].

[993] Sirva a título ejemplificativo la contundente Real Orden Circular de 16 de abril de 1846, a la que nos referimos *infra*, en la página siguiente. En ningún momento alude a esta cláusula de orden público.

[994] MARTÍN REBOLLO, L., «La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo contencioso-administrativo 1890-1894», en *Revista de Administración Pública*, núm. 78, 1975, pág. 67, indica que «independientemente de glosar el último inciso de este artículo –'conforme a las Leyes'– que nos pueda dar la clave del carácter reglado o discrecional de esta materia, hay que decir que este artículo *no es más que una cláusula de estilo de carácter programático* que permanece y persiste en términos análogos a todo lo largo de la etapa constitucional del siglo XIX». La cursiva es mía.

[995] Nótese cómo en el Proyecto de la *non nata* Constitución de 1852 –que establecería una distribución del poder distinta, como se ha visto *supra*– se cambia la expresión «orden público» por la de «gobernación del Estado», atribuyendo al Rey, inmediatamente después, la posibilidad de «anticipar disposiciones legislativas» para casos de urgencia. El artículo 20.1 indicaba que: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey; su autoridad se extiende a todo lo que forma la gobernación del Estado en lo interior y en lo exterior, para lo cual ejercerá todas las atribuciones y expedirá los decretos, órdenes e instrucciones oportunas». La desaparición aquí de la coletilla «conforme a la Constitución y a las leyes» –presente, como hemos visto, en el resto de textos– seguramente no sea casual.

[996] Este precepto se aprobó sin discusión alguna, como puede verse en la sesión de 9 de octubre de 1811, en «Diario de sesiones... (*cit.*)», págs. 2023 y ss., lo que desde luego contrasta con la discusión que hubo respecto del artículo 308 –*vid*. sesión del día 13 de diciembre de 1811, en *op*. *et loc*. *cit*.–, que, meramente, permitía suspender ciertas garantías procesales *por las Cortes* (nimiedad al lado de la adjudicación de poderes cuasi-omnímodos de necesidad *al Monarca*), y que fue interpretado restrictivamente en la práctica, como ha demostrado CRUZ VILLALÓN, *op*. *cit*., págs. 258 ss. Por lo demás, no encontramos referencia ninguna a esta cláusula de orden público –y menos como cláusula general de necesidad– en las obras de otros especialistas, tales como FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), págs. 75 y ss.; BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)* (*cit.*), pág. 37 y ss.; o, en fin, PORRES AZKONA, J. A., *Orden público y poder ejecutivo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1975 (Tesis), pág. 295 y ss. De ahí que autores como MARTÍN REBOLLO, *op*. *et loc*. *cit*., o CRUZ VILLALÓN, *op*. *cit*., pág. 245, subrayen el último inciso del precepto y nieguen su carácter de cláusula general.

La referencia al orden público en la práctica totalidad de las Constituciones españolas del siglo XIX puede explicarse desde el prisma militar –en gran medida[997]– de carácter simbólico u honorífico[998]: el Rey aparecía como la máxima autoridad al efecto, pudiendo recurrir a la fuerza de la milicia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 356 y siguientes del texto gaditano[999]; preceptos que, por cierto, atribuían amplios poderes de ordenación a las Cortes en esta materia[1000]. No puede ser más clara a este respecto la Exposición de Motivos que realiza el Real Decreto de 14 de junio de 1843, que adoptaba diversas medidas para reprimir ciertas tentativas de insurrección: «se adoptan o más bien se renuevan medidas convenientes, *sin salir del círculo de la ley*, ni traspasar las atribuciones del Gobierno»[1001].

Además, si realmente esta cláusula de orden público permitiese al Ejecutivo dictar cualesquiera medidas necesarias para su protección: ¿Qué sentido tendría que los distintos Gobiernos decimonónicos solicitasen habilitaciones en la materia a las Cámaras?[1002] O, aún más, ¿cómo explicar la emergencia de los estados excepcionales,

[997] Digo en gran medida porque sí que he encontrado alguna norma en la que se ejercite por el Monarca la defensa del orden público de forma directa, así la Real Orden Circular de 16 de abril de 1846, autorizaba (literalmente: «S. M. *autoriza*») a los jefes políticos de Galicia «para tomar en esa provincia *todas las medidas extraordinarias que exija la conservación del orden público*, inclusa la de declarar, poniéndose de acuerdo con la autoridad militar, en estado excepcional los pueblos y distritos en que no basten las leyes comunes, o se conceptúe necesario para prevenir eficazmente las maquinaciones de los malévolos»; norma que seguramente se explique por la vinculación negativa a la Ley antes mentada. Ahora bien, cuando se trataba de que el Gobierno central dictase medidas de orden público, por lo general, terminaba por solicitar autorización a las Cortes, habida cuenta la íntima conexión de tal noción con la suspensión de garantías.

[998] POSADA, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, págs. 377-378, indica que el Rey «no ejerce *de hecho* ninguna de esas facultades», dado que «la situación del Rey es, pues, de alta representación honorífica». La cursiva es suya.

[999] Sobre esta relación en la Constitución de 1812, *vid*. IGLESIAS MACHADO, S., «La evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones españolas hasta 1812», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, págs. 391 y ss. En cuanto a las actuaciones militares en la época por cuestiones de orden público, *vid*. BALLBÉ, *Orden público y militarismo...* (*cit.*), 43 y ss.

[1000] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op*. *cit*., pág. 351 habla de «colaboración» entre el Legislativo y el Ejecutivo en lo relativo a la distribución y organización del poder militar.

[1001] El Real Decreto se remite a la Ley de 17 de abril de 1821, que luego veremos. Es interesante ver también como tres días después encontramos en la Gaceta la siguiente previsión respecto de este decreto: «Cuando el Gobierno dicta aquellas disposiciones que son necesarias para la conservación del orden público y para la seguridad del Estado, *no traspasando el círculo trazado por las leyes*, cumple con su más sagrado deber (...)». Su artículo 5, por lo demás, aunque habilita a «todas las autoridades» para dictar «las medidas y providencias que sean convenientes», supedita tales actuaciones a la publicación de la indicada Ley de 1821; por lo que, de nuevo, se actúa con sujeción a la legalidad.

[1002] Son ejemplos claros la solicitud hecha a las Cortes en noviembre de 1836 para dictar medidas extraordinarias en materia de orden público que excedían de las previsiones del artículo 308 del texto gaditano (sobre esto, *vid*. CRUZ VILLALÓN, *op*. *cit*., págs. 267-268), o la Ley de 13 de marzo de 1848, cuyo artículo 1.1 habilitaba al Gobierno para que «si las circunstancias lo exigieren, pueda adoptar las disposiciones que estime conducentes *para la conservación de la tranquilidad y del orden público*»; norma que, por cierto, suscitó una tremenda discusión parlamentaria por entenderse como una «carta en blanco» a favor del Gobierno y llevó a DONOSO CORTÉS a defenderla en el Congreso. Ambas Leyes

limitativos de las actuaciones de orden público del Ejecutivo, tanto en su declaración como en las medidas a aplicar?[1003]

Estos razonamientos son plenamente aplicables a las previsiones existentes en la normativa local en favor de sus autoridades[1004]: la atribución genérica de competencias en materia de orden público no puede entenderse como una cláusula general de necesidad[1005]. Cuando se quiso adjudicar una cláusula de esta índole en materia de orden público y en favor de las autoridades locales así se hizo, a través de una disposición *ad hoc*[1006], o previa declaración de un estado excepcional[1007]. Y, en fin,

surgen en un contexto complicadísimo para la seguridad y el orden público: la primera en el contexto de la primera guerra carlista y la segunda en el contexto de revoluciones europeas; y, aun así, se requirió a las Cortes para que otorgasen su autorización. Tales peticiones –y discusiones– no parecen muy compatibles con la presencia de una «cláusula general», en el sentido advertido.

[1003] En sentido similar –con argumentos que pueden traerse aquí sin dificultad– se pronunciaba GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, 1975, págs. 208 y ss., respecto de la posibilidad de dictar reglamentos por la Administración con base en la cláusula de orden público. El administrativista cántabro recuerda que esta concepción del orden público responde a una «concepción absolutista de la policía», presente en el Código Territorial Prusiano, y que «no es la de nuestro Derecho, que sigue, sobre el modelo francés, otra tradición, la liberal (...)», de tal suerte que estas cláusulas generales en materia de orden público y dirigidas a dictar «cuantas medidas sean necesarias» (incluyéndose aquí disposiciones reglamentarias, claro está), sólo se encuentran previa declaración del estado de guerra –ni siquiera en el de excepción–, *ex* artículo 40 de la LOP de 1959; no teniendo sentido alguno la regulación de estos estados en caso contrario.

[1004] *Cfr*. con ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., págs. 212 y 213, quien también califica estas atribuciones competenciales de cláusulas generales. En sentido similar también parece pronunciarse MARTÍN-RETORTILLO, *op*. *cit*., págs. 428-429, nota 20, aunque sólo respecto de los Jefes Políticos en la Instrucción de 1813.

[1005] Las normas locales de la época supeditan las actuaciones en materia de orden público de tales autoridades locales a lo dispuesto en las Leyes, así, por ejemplo, respecto de los Alcaldes, son claros los artículos 11.2 de la Ley de 1838; 70.2 de la Ley de 1840; 73.2 de la Ley de 1845; o, en fin, el artículo 194 de la Ley de 1870, preceptos todos ellos que atribuían competencia en materia de orden público de acuerdo *con lo previsto con las leyes o en ejecución de éstas*. Mi tesis –considero– queda reforzada también por las palabras expresadas en la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 –*vid*., punto I.3.B).ii) del presente capítulo– que entiende como un hito el reconocimiento legal de estos poderes extraordinarios: no tendría sentido su encaje legal –y mucho menos su reconocimiento como hito– si ya ello era posible con anterioridad y con fundamento único en la normativa local. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio, claro está, de que las autoridades locales actuasen en la práctica como fuese conveniente y sin habilitación legal alguna en situaciones de crisis; siendo esta aseveración distinta a aquella que afirma que tales actuaciones se producían con base en la cláusula general de orden público. Puede verse un análisis jurisprudencial sobre los bandos del Alcalde en materia de orden público en esta época en SERRANO GUIRADO, E., voz «Bandos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1ª ed., Tomo III, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1951, págs. 280-281. En sentido similar a mi posición, *vid*. BOQUERA OLIVER, J. M.ª, «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales», en *Problemas políticos de la vida local*, 1ª ed., Tomo III, Delegación Nacional de provincias del Movimiento-Instituto de Estudios Castillo de Peñíscola, Madrid, 1963, pág. 193, en tanto en cuanto entiende que el origen de las cláusulas generales a favor de los Alcaldes se encuentra en el Estatuto de Calvo Sotelo de 1924.

[1006] Se insiste en la Real Orden Circular de 16 de abril de 1846, citada *supra*.

[1007] Baste destacar que las Leyes de Orden Público de 1867 y 1870 aludían a las «autoridades civiles», que en el plano local se manifestaban en las figuras del Alcalde y del Gobernador, atribuyéndoles amplias competencias en la materia. Además, en el caso de la Ley de 1870, no sólo les permitía dictar, prácticamente, cualquier medida para la conservación del orden público –en el marco de los estados

cuando se buscó otorgarla en otros ámbitos, también se produjo por medio de disposición legal o reglamentaria[1008].

Por otro lado, e independientemente de esta referencia al orden público, los reglamentos de necesidad presentes en los textos germánicos del siglo XIX no se limitaban a los meros altercados sociales o políticos como, desde luego, se utilizaba la citada noción en nuestro país: aunque algunos textos sí hablaban de «orden público» (*öffentliche Ordnung*), siempre lo combinaban con el concepto más amplio de «seguridad pública» (*öffentliche Sicherheit*); o, en su caso, se referían sólo a esta última noción[1009]. Con ello se trataba de abarcar todas las eventualidades posibles y no únicamente las relativas al concepto anterior; lo que se explica, con toda probabilidad, por ser éste su modelo de Derecho de necesidad y no el de suspensión de garantías y estados excepcionales, como fue nuestro caso[1010].

---

excepcionales–, sino que también las habilitaba para la declaración del «estado de guerra» (al Alcalde, en el artículo 13; al Gobernador, en el artículo 14) para cuando estuviésemos en una capital de provincia. Obviamente, este estado de guerra debía ser ratificado por el Gobierno, trasladándose la competencia a la autoridad militar (artículo 20). Únicamente la capital del Reino –así como la ciudad en la que residiese el Rey– exigía una declaración por parte del Gobierno, *ex* artículo 15.

[1008] Me refiero a las habilitaciones generales en materia de epidemias a los Jefes Políticos y Gobernadores, así como las existentes en las decimonónicas Leyes de Aguas, a las que dedicamos el punto I.3.B) del presente capítulo.

[1009] La potestad reglamentaria de necesidad se otorgaba en los textos alemanes «para la seguridad del Estado» (*zur Sicherheit des Staats*) –artículo 66 de la Constitución de Baden de 1818; artículo 89 de la de Württemberg de 1819; artículo 73 de la de Hesse de 1820–; o por necesidad «del bien común» (*durch das Staatswohl*), así como el artículo 88 de la Constitución de Sächen-Altemburg de 1831. Otras Cartas alemanas enfocan los reglamentos de necesidad tanto a la protección de la seguridad pública (*öffentliche Sicherheit*) como del orden público (*öffentliche Ordnung*), aludiendo a ambas cuestiones a la vez –artículo 95.2 de la Constitución de Kurhessen de 1831; artículo 122 de la Constitución de Hannover de 1840; y, por supuesto, artículo 48.2 de la Constitución de Weimar de 1919–. Ya, por último, la Carta prusiana de 1850, preveía esta potestad extraordinaria para «el mantenimiento de la seguridad pública» (*Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit*) o para suprimir el estado de necesidad (*Notstand*). Por cierto, el indicado Decreto IV de 1810 de las Cortes gaditanas también habla de «defensa, seguridad y administración del Estado» y no de orden público. Sobre los textos constitucionales alemanes, *vid*. *supra*, el punto I.3, del capítulo segundo de la segunda parte de esta obra.

[1010] No puede ser más claro al efecto GRAU, «Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten (*cit*.)», pág. 275, nota 5, cuando destaca que estos *Notverordnungen* no se limitan a combatir «peligros relativos a la seguridad» (*Sicherheitsgefahren*), sino que, en términos amplios, se orientan a suprimir «situaciones de necesidad» (*Notständen*). Por otro lado, sobre la diferencia entre «seguridad» y «orden público» en el Derecho alemán, *vid*. al propio ÁLVAREZ GARCÍA, *op*. *cit*., 203 y ss., que subraya cómo la primera englobaba –y engloba– tanto los acontecimientos provocados por la naturaleza (animada o inanimada), como los provocados por los hombres; así como, *in extenso*, FUENTES I GASÓ, *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa* (*cit*.), págs. 305 y ss., de su primera edición, para una perspectiva más actual. Téngase en cuenta que sobre la base del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar se dictaron reglamentos no sólo dirigidos a confrontar situaciones de orden público o relativas a un clásico estado de sitio, sino también otras extraordinarias de carácter tributario, financiero, económico y social (ej. desabastecimientos o carestías); cosa impensable, por cierto, bajo una cláusula de orden público. Sobre esto, me remito al capítulo segundo de la segunda parte de esta obra, puntos II.2 y 3, donde puede verse también la discusión respecto a si el artículo 48.2 CW contenía –o no– un «reglamento de necesidad» en sentido clásico.

En otras palabras: si la cláusula de orden público existió como elemento legitimador para que el Monarca tomase «todas las medidas necesarias» –lo cual, insisto, no comparto–, en ningún caso excedió de tal noción y, por lo tanto, no podría equipararse esta previsión a la presente en las Monarquías germánicas del XIX, en las que la cláusula general para dictar «reglamentos de necesidad» tenía un margen más amplio.

Para finalizar, un último comentario: cuando los iuspublicistas españoles de principios del siglo XX –vigente la Constitución de 1876, con una previsión idéntica en su artículo 50– reciben la doctrina de los reglamentos de necesidad, lo hacen para tratar de justificar actuaciones *de facto*, esto es, disposiciones ilegales que el Ejecutivo había dictado para confrontar situaciones excepcionales, para las que la legislación vigente nada había previsto. Es decir, que, si realmente estuviésemos ante reglamentos de necesidad en el sentido alemán, no habría hecho falta recurrir a tales normas *contra legem*, sino, meramente, justificar su emisión sobre la base de la cláusula de orden público[1011]. Y, claro está, nuestros juristas podrían haber hecho lo propio, en vez de recurrir a la autoridad de VON STEIN y a la idea extranjera del «reglamento de necesidad», que con tanta dificultad se insertaba en nuestro ordenamiento jurídico[1012].

B).- EL DERECHO DE EXCEPCIÓN COMO PROTECTOR DEL «ORDEN PÚBLICO»

Durante todo el constitucionalismo decimonónico español la suspensión de garantías y el recurso a los denominados estados excepcionales se erigirán como los instrumentos predilectos de Derecho de necesidad. Mientras la primera técnica se reconocería con carácter general en todos los textos fundamentales del siglo XIX (con la salvedad del Estatuto de 1834)[1013], la segunda sufriría una progresiva legalización, dada

[1011] Por no hablar de que tampoco habrían sido necesarias las Leyes de orden público o la intervención de las Cortes al efecto durante todo este siglo, dado que habría sido bastante la actuación del Monarca.

[1012] Los autores a los que aludo acaban recurriendo a tal instrumento en un intento de explicar una situación de manifiesta ilegalidad en nuestro país, creando para ello la ficción de que tales normas pueden dictarse también cuando no estén previstos en la Constitución (en contra de lo que se formularía en los textos germánicos de por entonces). Los ejemplos de reglamentos de necesidad con los que nos ilustran exceden, en un primer momento, de la noción de orden público al referirse a cuestiones tales como epidemias o suspensiones de aranceles para lograr el abastecimiento de bienes de primera necesidad. Ahora bien, en un segundo punto aluden a otras actuaciones que pueden quedar subsumidas dentro del orden público, si bien, en ningún caso, se justificaron bajo el artículo 50 de la Constitución de 1876. Sobre el tema, *vid*., el apartado II del presente capítulo.

[1013] Esta técnica se encuentra en los diferentes textos que, paulatinamente, irían ampliando los derechos y garantías susceptibles de suspensión: artículo 308 de la Constitución de 1812; el artículo 8 de las de 1837 y 1845 (de idéntica dicción); artículo 9 de la *non nata* de 1856; artículo 31 del texto de 1869; y, en fin,

su falta de previsión constitucional y la necesidad de establecer –en una Ley de carácter estable– los tipos de estados excepcionales existentes, así como su activación, funcionamiento y terminación[1014].

En este siglo se distinguen dos tipos de estados excepcionales: uno de carácter «civil» y otro de carácter «militar». La diferencia era, en efecto, que mientras en el primero las autoridades gubernativas comunes mantenían su competencia, en el segundo las autoridades militares asumían el mando, siendo sus famosos «bandos» el Derecho aplicable.

La suerte del de corte civil estará coligada a las previsiones constitucionales de suspensión de garantías. Así, durante la primera parte del siglo XIX tal suspensión se produciría a través de una Ley *ad hoc*; no siendo hasta el último tercio cuando las Leyes de Orden Público de 1867 y de 1870 lo configuren ya como un genuino estado excepcional[1015]. La primera lo denominará «estado de alarma», mientras que la segunda lo adjetivará como «estado de prevención y alarma»[1016]. Por su parte, la evolución del estado excepcional de carácter militar es algo más compleja. Ni las Constituciones, ni la legislación de los dos primeros tercios del siglo XIX establecerían una regulación de lo que más tarde en nuestro país se denominaría «estado de sitio» o «de guerra»; expresiones, por cierto, intercambiables en nuestro Derecho histórico.

artículo 17 de la canovista de 1876. Todas ellas –salvo la última en casos excepcionales– exigían que se aprobase la suspensión a través de una Ley.

[1014] Como recuerda CRUZ VILLALÓN, P., «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, pág. 691, en nuestro constitucionalismo histórico «lo único que había era *artículo 55*, es decir, la enumeración de las garantías suspendibles y la atribución de la competencia para suspenderlas», pero no se mencionaba en ninguno de nuestros textos decimonónicos a ningún estado excepcional –aunque la Constitución de 1869 se remitía ya, por vez primera, a una Ley de Orden Público–, siendo preciso esperar hasta la Constitución de 1931, que haría referencia al estado de guerra en su artículo 95. La cursiva es del autor.

[1015] Me remito en este punto a FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit*.), especialmente págs. 74 y ss.; CRUZ VILLALÓN, *El Estado de sitio y la Constitución* (*cit*.), págs. 255 y ss.; y, ya desde un prisma algo más histórico, BALLBÉ, *op. cit*., págs. 61 y ss., así como –con carácter más reciente–, LORENTE SARIÑENA, M. M.ª, y LUQUE REINA, A. M., «La formación histórica de los estados de excepción», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021, págs. 31-45. Además de la literatura jurídica citada, puede consultarse –con algo más de cercanía histórica a las indicadas normas–, MANZANEQUE Y MONTES, *La Constitución y los estados excepcionales…* (*cit.*), obra de principios del siglo pasado en la que, además, se recogen todas las disposiciones decimonónicas en la materia.

[1016] CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado (*cit.*)», pág. 694. La Ley de Orden Público de 1933 lo denominará «estado de alarma» y la de 1959 de «estado de excepción». Pese a la terminología utilizada, poco tienen que ver estos estados con el «estado de alarma» reconocido en nuestra Constitución de 1978.

Ahora bien, como los poderes públicos no podían quedar desprovistos de mecanismos jurídicos para hacer frente a tales circunstancias, surgió desde pronto –con motivo de la primera guerra carlista– este estado excepcional, sin base jurídica alguna; lo que llevaría a CRUZ VILLALÓN a tildarlo de «estado de sitio ficticio», o «de naturaleza», y que, tristemente –y tras varios intentos frustrados de regulación[1017]–, se mantendría en nuestro país hasta la aprobación de las indicadas normas de orden público de 1867 y 1870[1018]. Estas dos, y especialmente la última de ellas, darían por fin cobertura legal a tal estado excepcional y regularían –de forma algo genérica todavía, eso sí– las facultades de las autoridades militares bajo aquél[1019].

Lo importante, y lo que se quiere hacer notar con esta exposición histórica, es que todos los instrumentos excepcionales citados –tanto las suspensiones de derechos como los estados excepcionales, regulados o no–, se orientaban hacia una única cuestión: el mantenimiento del orden público[1020], estableciéndose además habilitaciones muy genéricas para su conservación[1021]. Es decir, que no podían activarse para hacer

[1017] Encontramos así el proyecto de 1838, el de NARVÁEZ de 1847, el de BRAVO MURILLO de 1852 o, en fin, el del bienio progresista de 1855. Respecto del primero, son fundamentales las reflexiones de DONOSO CORTÉS, J., «Proyecto de ley sobre estados excepcionales presentado a las últimas Cortes por el Ministerio de diciembre», en *Obras Completas de Donoso Cortés*, Tomo I, 1ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, 1970, págs. 706 y ss. El artículo fue publicado originariamente en la *Revista de Madrid*, en 1839.

[1018] La declaración del estado de guerra debía de producirse previa publicación de una Ley de suspensión de garantías; cuestión que será matizada a través de una Circular (!) de 19 de julio de 1870, que permitiría tal activación sin la preceptiva norma legal.

[1019] CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, especialmente págs. 319 y ss. El estado de sitio o guerra no es más que el recurso al brazo militar y, por lo tanto, a sus mecanismos represivos (jurisdicción castrense incluida), omitiéndose *de facto* las garantías constitucionalmente recogidas. La terminología aparece en los años 1834-1835, sobre la base de la Ley de 17 de abril de 1821; norma de carácter procesal que nada regulaba en relación con este estado excepcional, puesto que –se insiste– el *ius certum* durante la vigencia de este régimen no es otro que el establecido en los bandos militares, que –demasiado comúnmente– servían también para declarar estos estados excepcionales.

[1020] La Ley de Orden Público de 1867 definía esta noción en su artículo 1, al proclamar que: «Es delito o falta contra el orden público, además de lo que pueda envolver en otro concepto, toda manifestación pública que ofenda a la Religión, a la moral, a la Monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los Cuerpos Colegisladores, y al respeto debido a las leyes, o que considerados el lugar y las circunstancias en que se realice, produzca escándalo, agitación, bullicio, tumulto, asonada o conato de motín, o que pueda ocasionar relajación de la disciplina del ejército». Sobre esta concepción en la época, *vid*. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., voz «Orden público», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. X, Madrid, 1869, págs. 601 y ss.; así como los distintos tratadistas de la época, cuya bibliografía y referencias al orden público se indican a lo largo del presente epígrafe.

[1021] Las medidas a dictar eran tremendamente abiertas, hasta el punto de contenerse aquí también cláusulas generales de necesidad. En la Ley de 1867 encontramos que, para el «estado de alarma», se habilita en el artículo 37 a la autoridad civil, para publicar «un bando, en el cual dictará las reglas que desde aquel momento deban observarse, y que tendrán fuerza legal», completándose con el artículo 38 que permite dictar «las demás resoluciones que juzgue la Autoridad necesarias o provechosas», habiendo de obrar en este último punto «discrecionalmente y según las circunstancias»; lo mismo puede decirse para el caso del «estado de guerra», en el que, aunque no se expresaba una cláusula general de forma expresa, puede fácilmente dilucidarse de los artículos 45 y siguientes, en tanto en cuanto unifican en la

frente a una epidemia, a una inundación o a cualquiera otra catástrofe análoga, dado que tales situaciones no estaban revestidas de una problemática política o social y, en consecuencia, no podían ser apaciguadas por la fuerza de la represión y de las armas[1022].

Justamente es este descuido el que propiciará la emisión de reglamentos ilegales por parte de los poderes públicos para hacer frente a tales eventualidades; actuaciones que dejarán el terreno abonado para que a principios de siglo nuestros administrativistas reciban la doctrina del «reglamento de necesidad» de la mano de los juristas alemanes.

3.- EL DERECHO DE NECESIDAD AL MARGEN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DECIMONÓNICO ESPAÑOL

En las líneas precedentes hemos realizado una panorámica del poder normativo del Gobierno durante el siglo XIX, conectándola, especialmente, con sus poderes de necesidad. Ahora bien, quedan por analizar dos figuras que se escapan, todavía, a tal configuración.

Me refiero a los sucesivos golpes de Estado que experimentará nuestro siglo XIX, cuya configuración jurídica no ha sido estudiada con detenimiento aún entre nosotros; y, en fin, el resto de actuaciones excepcionales no dirigidas a un cambio de régimen, sino a la conservación del mismo y que, en definitiva, no eran reconducibles a las alteraciones del orden público. Estas dos cuestiones merecen un examen por separado y de modo pormenorizado, con el objeto de completar el mapa conceptual que nos ocupa.

figura de la autoridad militar «los poderes civil y político, judicial y administrativo», estableciendo además el régimen penal aplicable. Por su parte, en la Ley de Orden Público de 1870, se habilitaba a la autoridad civil –en el contexto del «estado de prevención y alarma»– «para adoptar *cuantas medidas preventivas y de vigilancia conceptúe convenientes* a fin de asegurar el orden público», al tiempo que el artículo 20 –para el caso del «estado de guerra»– habilitaba para incluir en los bandos y edictos correspondientes «las prevenciones y *medidas oportunas*». Además, encontramos habilitaciones del tipo «cláusula general» durante la época, como la Ley de 2 de julio de 1873, dictada en el contexto de la tercera guerra carlista y por la que se autorizaba al Gobierno para tomar «*todas las medidas necesarias que exijan las necesidades de la Guerra* y puedan contribuir al pronto restablecimiento de la paz», como recuerda FERNÁNDEZ SEGADO, *El Estado de excepción...* (*cit.*), pág. 100.

[1022] Estas mismas reflexiones las he expresado también en VILLAR CRESPO, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional… (*cit.*)», siendo esta posición compartida por gran parte de la doctrina patria actual. Me remito a las referencias bibliográficas indicadas en mi artículo.

A).- LOS DENOMINADOS «PRONUNCIAMIENTOS» DEL SIGLO XIX

Los «pronunciamientos» españoles se erigen como un instrumento característico de nuestro convulso siglo XIX, al igual que lo fueron los «reglamentos de necesidad» clásicos –o *Notverordnungen*– durante el constitucionalismo decimonónico alemán. Se puede afirmar, sin ambages, que estamos ante un fenómeno genuinamente castizo, hasta el punto de que la expresión puede encontrarse en otros diccionarios extranjeros –franceses; ingleses– directamente sin traducir; y donde el nuestro –de la Real Academia Española– lo enfoca desde el prisma castrense, esto es, como un «alzamiento militar contra el Gobierno, promovido por un jefe del Ejército u otro caudillo».

Y es que, en efecto, un «pronunciamiento» –como lo define la doctrina más autorizada de la historiografía patria en la materia– aparece como una verdadera «crisis política que cuenta con la decisiva participación del Ejército, o un sector de él, que inicia la rebelión contra el gobierno, autoproclamándose portavoz de una voluntad nacional que cree peligrar la libertad»[1023]. Para ponerlo en marcha, éste se conjuga con la movilización de las tropas en las calles y la publicación de este nuevo régimen rupturista, a través de «arengas, bandos y proclamas»[1024], combinándose con otros instrumentos «jurídicos» de base normativa[1025]; por otro lado, más que de sobra conocidos en el periodo que media entre el primero de ellos –el golpe de Estado que protagoniza FERNANDO VII en mayo de 1814– hasta el último, realizado por MARTÍNEZ CAMPOS a finales de 1874 y que daría paso a la Restauración borbónica en nuestro país[1026].

[1023] CEPEDA GÓMEZ, J., *Los pronunciamientos en la España del siglo XIX*, 1ª ed., Arco Libros S. L., Madrid, 1999, pág. 7, subraya como este término –al igual que acaeció con el término «liberal»– es «una de las expresiones castellanas que han pasado al vocabulario universal», traspasando las fronteras españolas desde su gestación en la primera mitad del siglo XIX.
[1024] CEPEDA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 7.
[1025] No sólo se configuran los pronunciamientos a través de bandos, sino que la materialización jurídica del golpe se producía a través de un Real Decreto –como el expedido el 4 de mayo de 1814 por FERNANDO VII, por el que declara la Constitución de 1812 y sus Decretos como «nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo»– o, incluso, de una mera Circular, como fue el caso de la de 11 de marzo de 1820, por la que se reinstaura la Constitución de Cádiz, tras la sublevación en Cabezas de San Juan. Pueden verse estas referencias de carácter más jurídico en BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional…* (*cit.*), págs. 59 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), págs. 77 y ss. Las alusiones a estas actuaciones están dispersas en ambas obras, hablándose indistintamente en ellas de «pronunciamiento» –a veces adjetivado como «militar»–, «golpe de Estado» u otras similares.
[1026] Aunque durante el siglo XX encontramos también actuaciones de esta índole, lo cierto es que sólo los pronunciamientos del XIX lograrían la suplantación total de un régimen civil por uno militar, como recuerda CEPEDA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 8.

En todos ellos se produce una conspiración previa –en la que participan también autoridades de carácter civil–, así como una ulterior movilización de las masas populares, alentadas por la publicación del golpe, que termina por consolidarlo y, en congruencia, desestabilizar o derrocar el gobierno preexistente.

El nexo existente entre este tradicional instituto patrio y los denominados «reglamentos de necesidad» es evidente; hasta el punto de que, instaurado el Franquismo en nuestro país, algunos autores trataron de conectar el bando de guerra de 18 de julio de 1936 con aquéllos; operación que tenía la finalidad de justificar jurídicamente la instauración del régimen[1027]. Es precisamente por ello por lo que considero indispensable realizar una sucinta referencia a este tradicional –y singular– instituto de nuestro constitucionalismo histórico a la luz de la figura que nos ocupa: los «reglamentos de necesidad».

Lo primero que se ha de hacer notar es que –como se ha visto– desde la Constitución de 1812, rige en nuestro país el principio democrático que, a diferencia del marco existente en las Monarquías constitucionales germánicas del siglo XIX, implicaba la primacía de la Ley frente a las actuaciones del Ejecutivo. Además, en estas últimas los *Notverordnungen* estaban claramente previstos en sus textos constitucionales. De este modo, los pronunciamientos españoles eran claramente ilegales, no pudiendo justificarse con base en el Derecho en ningún caso. Esto explica que Emilio CASTELAR se llegase a referir a ellos –en febrero de 1868– desde posiciones genuinamente iusnaturalistas: «mirados a la luz de las leyes positivas, quizás sean faltas graves; pero mirados a la luz eterna de la conciencia humana, que bendice a los héroes de la libertad, son los grandes jalones que van señalando el progreso de España»[1028].

Los reglamentos de necesidad buscan –en esencia– lograr la pervivencia de las instituciones y de los poderes constituidos, tanto en su configuración clásica como actual: buscan hacer frente a situaciones excepcionales e imprevisibles; situaciones para las cuales los instrumentos habituales u ordinarios –previstos para la razonable normalidad institucional– no son suficientes. Sin embargo, los pronunciamientos que aquí se anotan buscan justamente todo lo contrario: el derrumbamiento del ordenamiento jurídico existente, así como la instauración de uno de nuevo cuño.

[1027] Al efecto, *vid*. *infra*, el punto V.3.C).ii) del presente capítulo.
[1028] *Cit*. por CEPEDA GÓMEZ, *op*. *cit*., págs. 12-13.

Son, en definitiva, genuinos golpes de Estado y, *por ende*, todo intento de justificación no tiene cabida en el mundo del Derecho. Con todo, su encaje tiene cierta importancia en la evolución de nuestra figura objeto de análisis, en tanto en cuanto aparecen como actuaciones *contra legem* y, como tales, precedente y también catalizador para la recepción de los «reglamentos de necesidad» en nuestro país, tanto en terminología como en espíritu.

B).- LAS PREVISIONES NORMATIVAS FRENTE A CALAMIDADES Y CATÁSTROFES

El olvido de las disposiciones del Derecho de excepción de los riesgos de los elementos y la naturaleza forzó al desarrollo paralelo de una normativa sectorial, que trataría de abordar estos problemas carentes del matiz de orden público. Quedaban así ambas cuestiones separadas: orden público, por un lado, e infortunios y calamidades, por otro[1029]. Esta *summa divisio* de nuestro Derecho de necesidad no sólo se aprecia en la normativa histórica, sino también en las exposiciones de todos los administrativistas decimonónicos, que tratarán ambas cuestiones de forma diferenciada, encajando la prevención y confrontación de las calamidades públicas bajo el epígrafe de «policía»[1030].

Ahora bien, este segundo acervo legislativo adolecería de una insuficiente regulación; hecho que se perpetúa durante todo el siglo XIX y se manifiesta en dos aspectos de máxima importancia: la preferencia legislativa por las autoridades locales para confrontar la situación (aunque, eso sí, en calidad de representantes del poder

[1029] Así lo indica MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 123, para el caso de las epidemias; razonamiento que considero extensible al resto de desgracias.

[1030] Esta división se mantiene durante todo el siglo, así, y sin ánimo exhaustivo, puede verse en POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, 2ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988 (reedición de la recopilación de 1843), págs. 353 y ss., dedica la Lección XXIV al orden público, encontrándose el resto de actividades de policía desperdigadas en el resto de Lecciones; COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, Tomo I, 4ª ed., Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876, págs. 295 y ss., habla de «policía de abastos» –para combatir carestías y asegurar las subsistencias– y de «policía sanitaria», donde incluye también la «policía de la alimentación» –cuestiones que diferencia claramente «orden público» (págs. 342 y ss.)–; SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Librería de Fernando Fé, Madrid, 1885, págs. 258 y ss., en las que habla del «orden público» y que distingue de actividades tales como la «policía sanitaria», (págs. 345 y ss.), la «policía de subsistencias» (págs. 477 y ss.), la «policía de aguas» (págs. 601 y ss.), o, en fin, la «policía de montes» (págs. 636 y ss.). Destacable es la división de CUESTA Y MARTÍN, S., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Librería de Manuel Hernández, Salamanca, 1894, págs. 251 y ss., quien bajo la rúbrica de «Fines de conservación» de la Administración encaja por un lado la policía de subsistencias y la de salud pública y, en un segundo momento y separada de éstas, el orden público; destacable, digo, porque ya alcanzaba a dilucidar el autor que en ambos casos estamos ante Derecho extraordinario. *Vid*. también las referencias al *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA que se realizan en este capítulo a las materias de montes, aguas, orden público, etc., y donde puede verse también de forma nítida esta diferenciación.

central); y, en segundo punto, la excesiva rigidez de las habilitaciones en favor de las autoridades centrales, encajadas –en su mayoría– como medidas estándar. Esta situación contrasta gráficamente con la presente en los Estados alemanes de la época, en donde existiría –además de la potestad reglamentaria de necesidad de los Monarcas– una «cláusula general policial» (*polizeiliche Generalklausel*) desde 1794, que permitía a las autoridades competentes dictar «las medidas necesarias» siempre que se manifestase algún tipo de peligro para la seguridad o el orden público[1031].

Sea como sea, conviene analizar nuestro siglo XIX en dos momentos diferenciados para comprender la evolución de esta atomizada rama del Derecho.

i).- PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX: DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS Y PODERES LOCALES

Durante la primera mitad de este siglo es patente la ausencia –prácticamente total– de regulación en tales materias. Lo que denominamos hoy «Derecho administrativo especial» se consolida a partir de los años sesenta y setenta del siglo XIX, como consecuencia, claro está, de la ampliación de las actividades y estructuras del Estado liberal y del desarrollo de la técnica jurídico-administrativa.

Esto es evidente en materia de montes[1032], de aguas[1033] o de sanidad[1034], donde las escasas disposiciones tenían un mero rango reglamentario, siendo característico

[1031] Así, las actuaciones en estos países quedaban cubiertas de legalidad en todo caso, no siendo necesario recurrir a la emisión de disposiciones de carácter ilegal; lo que explica también que la terminología de ordenanza o reglamento de necesidad no se mantuviese en esta esfera. Sobre esto, *vid*. *supra*, el capítulo segundo de la primera parte de esta obra, apartado III.3.

[1032] Puede verse la normativa más importante en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., voz «Montes. Montes públicos», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. IX, Madrid, 1869, págs. 307 y ss. Es especialmente relevante el Real Decreto de 22 de diciembre de 1833, por el que se aprueban las Ordenanzas Generales de Montes.

[1033] De nuevo, *vid*. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., voz «Aguas», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. I, Madrid, 1868, págs. 232 y ss., siendo en su inmensa mayoría Reales Órdenes sobre los usos del agua, aunque destaca la Ley de caza y pesca de 3 de mayo de 1834.

[1034] Sobre esto es fundamental MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual*), 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, págs. 67 y ss., siendo especialmente destacable el *non nato* Código Sanitario de 1822, que no llegaría a ver la luz y cuya extensión superaba los cuatrocientos artículos, así como otras normas de carácter organizativo, como el Real Decreto de 17 de marzo de 1847, que crearía la Dirección General de Sanidad dentro del Ministerio de la Gobernación, así como también las Subdelegaciones territoriales en la materia y desplazando, en parte, a las autoridades locales en este ámbito. También, *vid*. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., voz «Sanidad. Salubridad. Policía sanitaria», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. XII, Madrid, 1870, págs. 519 y ss., donde recoge las disposiciones de la época, tales como la Real Orden de 15 de agosto de 1838, por la que se crea la «cruz de epidemias» (como distintivo a aquellos que realizaren actuaciones extraordinarias en tales situaciones); así como otros de carácter

durante esta etapa la parca o inexistente intervención parlamentaria. En congruencia, si no existía una regulación amplia en estas esferas, tampoco iba a existir en lo relativo a la protección frente a los infortunios o calamidades anexos a ellas.

Las únicas referencias que encontramos en estos términos están en la normativa local, que atribuiría estas competencias a Ayuntamientos y Provincias de modo extraordinariamente genérico. No está claro entonces qué podían y qué no podían hacer estas autoridades locales por entonces, aunque hemos de suponer que, en la práctica –y pese a no ostentar un ropaje jurídico adecuado para su confrontación–, desarrollarían las actuaciones necesarias para hacer frente a tales calamidades[1035]. Al efecto, encontramos previsiones en la normativa de policía en esta primera mitad de siglo[1036], así como en el Real Decreto de 23 de julio de 1835, para el arreglo provisional de los Ayuntamientos de la Península e islas adyacentes, que recogería en el artículo 36.6 la competencia –en favor del Corregidor y del Alcalde– de «tomar precauciones y facilitar auxilios contra los incendios, las epidemias u otras calamidades», siendo todas las referencias indicadas extraordinariamente abiertas e indeterminadas[1037].

organizativo, p. ej., la Real Orden de 26 de marzo de 1847, que regula las atribuciones de las Juntas de Sanidad –teniendo especial importancia las de carácter provincial, por ser las que asesoraban al Jefe Político ante las situaciones que aquí nos ocupan–; o la Real Orden de 2 de agosto de 1848, que organizaba las Subdelegaciones de Sanidad.

[1035] La normativa decimonónica parte de la base de que son los poderes locales quienes pueden actuar más rápidamente y con mayor eficacia frente a estas eventualidades. Si la inundación o la pandemia se zanja en el ámbito local, no hará falta regularla a nivel nacional. Esta reflexión se ve en MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 123, la cual –aunque centrada en las epidemias– puede extenderse al resto de eventualidades: «se aprecia en la legislación a centralizar, en las autoridades sanitarias superiores o en el gobierno de la nación, las declaraciones de epidemia, pero sin dejar de considerar nunca que los efectos de la epidemia se producen a escala local y que las autoridades sanitarias provinciales y municipales son la mejor palanca para la movilización de la resistencia y la recuperación».

[1036] Me refiero al Reglamento General de Policía, de 13 de enero de 1824, que atribuía a ésta en el artículo XIV.21 la competencia para «*dictar todas las medidas oportunas* para precaver los incendios, acudir a los que a pesar de estas precauciones se manifiesten, y auxiliar a la Autoridad con cuantos medios estén a su alcance». Por su parte, el Reglamento de Policía de las Provincias, de 28 de febrero de 1824, en su artículo 9, establecía la competencia del Intendente de dar parte al Gobierno en materia de subsistencias, para que éste pudiese adoptar «*las medidas necesarias* para prevenir carestías» (probablemente por ser causa de alteración del orden público). También encontramos referencias a los incendios y otras calamidades en el Reglamento para el servicio de 9 de octubre de 1844, por el que se crea la Guardia Civil, que en su artículo 32 atribuía la competencia a sus efectivos en «los caminos, en los campos y despoblados», para «cortar los incendios en los campos y en las casas aisladas». Sobre estas normas y su desarrollo, es fundamental MORALES VILLANUEVA, A., «Evolución de la Administración policial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero/abril, 1989, págs. 347 y ss.

[1037] Las actuaciones en la materia se producían –fundamentalmente– a través del aseguramiento privado, si bien, paulatinamente, la competencia será asumida por los Ayuntamientos, siendo destacables –con carácter anecdótico–, la creación en 1822 del precedente del cuerpo de bomberos de Madrid, o la Real Orden de 6 de julio de 1834, que aprueba la Instrucción para «precaver, cortar y apagar los incendios que ocurran en Madrid». Al respecto, *vid*. IZU BELLOSO, M. J., «De la protección civil a la gestión de

Ahora bien, durante esta primera mitad de siglo sí encontramos disposiciones habilitantes de emergencia en materia de salud pública, muy probablemente como consecuencia de las múltiples crisis epidémicas que azotaron nuestro país desde los orígenes mismos de nuestro constitucionalismo; pues, como recuerda MUÑOZ MACHADO, la expansión de la fiebre amarilla obligó a los diputados de las Cortes de Cádiz a establecerse en la isla del León, «menos protegida desde un punto de vista militar, pero menos contagiada»[1038].

No obstante, de nuevo, las competencias se atribuían a los poderes locales reconociéndose –y esto es lo especialmente interesante– a través de cláusulas generales de habilitación el poder para tomar «todas las medidas necesarias» a los Jefes Políticos y Gobernadores, con la finalidad de confrontar las epidemias y enfermedades infecciosas. Es decir, que, pese a que las competencias de salubridad se entendían como propias de los Ayuntamientos, únicamente las autoridades representantes del poder central en las provincias estarían autorizadas para realizar este tipo de actuaciones de necesidad[1039], que incidirían ampliamente sobre los derechos de los ciudadanos[1040]. De hecho, se ha llegado a decir que en estos contextos epidémicos se permitía a la autoridad «adoptar las medidas que estimase oportunas, actuando incluso, si el caso lo hacía necesario, *contra legem*»[1041].

emergencias. La evolución del marco normativo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35, 2009, págs. 303 y ss.

[1038] MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit*.)», pág. 118. Sobre este contexto, *vid*. *in extenso*, MUÑOZ MACHADO, *La sanidad pública en España...* (*cit*.), págs. 70 y ss. Por ello no deja de ser, cuanto menos paradójico, que no se le diese a este tipo de calamidades la legislación necesaria para hacerlas frente, más allá de las referencias a los poderes de las autoridades centrales delegadas en las provincias.

[1039] MUÑOZ MACHADO, *op. cit*., págs. 72 y ss., destaca que la sanidad pública «queda atribuida en principio a los entes locales, que durante toda la época de la invasión napoleónica habían sido los únicos capaces de organizar efectivamente la lucha contra las sucesivas epidemias que venían azotando el fragmentado país». De hecho, recuerda cómo desde el artículo 321 de la Constitución de 1812 se atribuiría esta competencia a los Ayuntamientos. Ahora bien, añade que, aunque el control en teoría lo tenían los Jefes Políticos como representantes de los poderes centrales, «la realidad es que, en más de una ocasión, la letra de las disposiciones era desentendida completamente, y cada pueblo se encerraba en sus propios muros, y organizaba la lucha con una autonomía cantonal inexpugnable».

[1040] Sobre la restricción de derechos bajo la normativa de salud pública en el siglo XIX, *vid*. MUÑOZ MACHADO, *La sanidad pública en España...* (*cit*.), págs. 34 y ss.

[1041] MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pág. 36. La cursiva es suya. *Vid*. también, págs. 42 y ss., donde recuerda cómo en el caso de la salud pública las actuaciones se realizarían no ya únicamente en ausencia de Ley, sino también de reglamento, pese a que desde la Constitución de 1812 se atribuyese a las Cortes esta competencia (*ex* artículo 131.23).

Esto es claro desde la primera norma en la materia: la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, de 13 de junio de 1813, que reconocía una genuina cláusula general de necesidad en su artículo 22:

«Cuando ocurriese en alguna parte epidemia o enfermedades contagiosas o endémicas, el jefe político tomará por sí, o de acuerdo con la Junta de Sanidad, y aún de la Diputación Provincial si se hallare reunida, *todas las medidas convenientes* para atajar el mal y para procurar los oportunos auxilios. Dará frecuente aviso al Gobierno de lo que ocurra en este punto, de las precauciones que se tomen y de los socorros que se necesiten, y, asimismo, le instruirá de lo que los facultativos de la Junta Provincial de Sanidad opinasen sobre la naturaleza del mal y su método curativo, de los efectos que se observen y de la mortandad diaria que se note»[1042].

Esta previsión se repite en la Instrucción de 3 de febrero de 1823 (Decreto XLV de las Cortes de Cádiz), o Ley para el gobierno político-económico de las provincias, en el artículo 264 –con una dicción prácticamente idéntica[1043]–; en el artículo 4.5 de la Ley de 9 de abril de 1845, para el gobierno de las provincias[1044]; así como, también en las sucesivas normas locales de la segunda mitad del siglo XIX, como tendremos ocasión de analizar.

Ahora bien, estas referencias son, realmente, una excepción en cuanto a las previsiones de necesidad más allá del orden público, consecuencia –se insiste– de una larga tradición y experiencia en nuestro país, cuyos orígenes constitucionales no pueden

[1042] Muy probablemente estemos ante la primera cláusula de esta índole de nuestra historia constitucional, teniendo como precedente la Real Cédula de 8 de noviembre de 1721, sobre la Junta Suprema de Sanidad, que habilitaba a ésta a hacer «todo» lo que se estimara conveniente para la protección de la salud colectiva, como sostiene MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pág. 35. Por otro lado, aunque la habilitación de 1810 de las Cortes al Gobierno es tres años anterior, lo cierto es que la Carta de 1812 no estaba aún en vigor, por lo que no puede encuadrarse como «constitucional».

[1043] El precepto rezaba: «Cuando ocurriere en alguna parte epidemia o enfermedades contagiosas o endémicas, el jefe político tomará por sí, con la mayor prontitud, *todas las medidas que crea convenientes* para atajar el mal, y sus progresos, y para procurar los oportunos auxilios. Dará frecuentemente aviso al gobierno de lo que ocurra en este punto, de las precauciones que se tomen y de los socorros que se necesiten, arreglándose exactamente a lo que esté prevenido en las leyes y reglamentos de salud pública, y cumpliéndolos y haciéndolos cumplir en la parte que le toque». Además, el artículo 10 de esta norma indicaba que el Ayuntamiento habría de poner en conocimiento del jefe político «si se manifestase en el pueblo alguna enfermedad reinante o epidémica (...) para que se tomen todas las medidas correspondientes».

[1044] El artículo 4 atribuía al Jefe Político la competencia de «mantener bajo su responsabilidad el orden y el sosiego público», en su inciso 2º, añadiendo en el 5º la de «cuidar de todo lo concerniente a la sanidad en la forma que prevengan las leyes y reglamentos, y dictar, en casos imprevistos y urgentes de epidemia o enfermedad contagiosa, *las medidas que la necesidad reclamare*, dando inmediatamente cuenta al Gobierno». El que estamos ante una «Ley» nos lo recuerda GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 190.

entenderse sin la presencia de enfermedades contagiosas. Y es que, por lo demás, la primera mitad del siglo XIX adolece de una ausencia de previsiones de actuación, por parte de los poderes centrales, frente a aquellas situaciones de necesidad no provocadas por la mano del hombre.

ii).- SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX: DISPOSICIONES LEGALES Y AUSENCIA DE CLÁUSULAS GENERALES EN FAVOR DEL GOBIERNO

La segunda mitad del siglo XIX se caracteriza por la –aunque todavía lánguida– intervención de las Cortes en las distintas ramas del Derecho administrativo. En efecto, es en este periodo –y especialmente desde la Restauración– cuando comienzan a consolidarse las bases jurídicas de las diferentes actuaciones de los poderes públicos.

En lo que a nosotros interesa, se dictan diferentes normas que permiten a las autoridades competentes actuar ante situaciones de necesidad; aunque, eso sí, la mayoría de las veces estableciendo límites[1045]. Se dictan en esta época la Ley General de Sanidad de 1855, la Ley de Montes de 1863 o las Leyes de Aguas de 1866 y 1879[1046]; normas, todas ellas, que –en teoría– debían venir a suplir la ausencia de base legal para las actuaciones de necesidad en la materia, estableciendo, en su caso, medidas estándar a favor de las autoridades competentes y, claro está, diseñando las diversas intervenciones que, para casos extraordinarios, pueden realizar los poderes centrales.

Sin embargo, esto no será exactamente así. Pese a que estas Leyes reconocen ya ciertas actuaciones a favor de las autoridades gubernativas estatales no descentralizadas, lo cierto es que la normativa seguirá confiando en las autoridades locales para prevenir y confrontar las distintas calamidades, siendo, dicho sea de paso, la normativa todavía muy deficiente. Faltaba mucho aún para la creación de un sistema de protección civil[1047].

[1045] Así también lo recuerda BOQUERA OLIVER, «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales (*cit*.)», págs. 192-193, dado que aunque se atribuía ya –fundamentalmente a los poderes locales– la posibilidad de actuar inmediata y discrecionalmente, ello se hacía «sin faltar, en muchos casos, limitaciones legales que tratan de encauzar algo su actuación (por ejemplo, límite máximo en la imposición de multas, necesidad de oír al Abogado del Estado, obligación de sujetarse a Ordenanzas y Reglamentos, etcétera)».

[1046] Sobre estas dos normas, *vid*. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «La elaboración de la Ley de Aguas de 1866», en *Revista de Administración Pública*, núm. 32, mayo/agosto 1960; y, del mismo autor, «Sobre la reforma de la Ley de Aguas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 44, mayo/agosto 1964.

[1047] El modelo, tal y como lo conocemos hoy, comienza a aparecer en nuestro país a partir de los años cuarenta del siglo pasado. Sobre el tema, *vid*. MARTÍNEZ OVEJERO, A., «La protección civil en perspectiva», en *CESEDEN. Boletín de Información*, núm. 208-VIII, marzo 1988, especialmente págs. 5 y

Esto es claro en materia de protección frente a incendios[1048]. Y es que –obviando las tangenciales referencias de la primera mitad de siglo– la primera disposición que encontramos es la Real Orden de 12 de julio de 1858, que establecería habilitaciones a favor de los guardas, la policía forestal y –como no podía ser de otra manera– del Gobernador civil[1049]. Curiosamente, la benemérita Ley de Montes de 24 de mayo de 1863 no haría referencia a tales catástrofes, siendo únicamente replicadas las autorizaciones contra incendios en posteriores normas de rango reglamentario durante el resto del siglo[1050].

En sentido similar se configura la regulación de las crisis derivadas de las aguas (inundaciones, sequías, etc.). La Ley de Aguas de 1866 surge, finalmente, como la primera norma de rango legal en la materia; norma que prevería medidas estándar en sus artículos 96, 209, 215 o 227, a favor –una vez más– de «la autoridad administrativa local». Lo interesante es que la propia Exposición de Motivos de esta norma justifica estos tradicionales poderes extraordinarios de la autoridad local en la mera necesidad, es decir, actuando sin Ley habilitante. De ahí que subraye la necesidad de reconocer tales poderes en la nueva normativa de aguas puesto que «lo que está grabado en la conciencia de todos conviene que esté escrito y sancionado en la Ley»[1051].

ss. Y ya, *in extenso*, OCHOA MONZÓ, J., *El régimen jurídico de los riesgos mayores: la protección civil*, Universidad de Alicante, 1995 (Tesis), quien, además –págs. 105 y ss.– recalca la posición preeminente de las entidades locales en esta materia que, en principio, pertenecerá a la órbita de la policía y paulatinamente irá entrando en las esferas del fomento y del servicio público (como, por cierto, lo definirá la normativa desde el siglo XX).

[1048] BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 192, haciendo una exposición histórica de los poderes locales ante estas eventualidades recuerda que «los incendios se les ha venido considerando desde el punto de vista penal. Difícilmente se encuentran disposiciones que regulen las facultades administrativas cuando haya necesidad acudir a sofocarlos y luchar contra sus efectos sobre personas y bienes».

[1049] GÓMEZ DEL ÁLAMO, R., en la presentación al libro colectivo MONTIEL MOLINA, M. (Coord.), *Presencia histórica del fuego en el territorio*, 1ª ed., Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2013, pág. 10, dice que esta Real Orden es «el punto de partida de la actividad administrativa para defender los montes de los incendios forestales», estableciendo diferentes habilitaciones –siendo discutible en algún caso su encaje como cláusulas generales– a favor de los guardas mayores (artículos 8 y siguientes), de la policía forestal (artículos 14 y siguientes), o, en fin, de los Gobernadores Civiles (artículo 37). Al efecto, *vid*., también, MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «Montes. Montes públicos (*cit.*)», págs. 370 y ss., en lo relativo a la Real Orden de 1858.

[1050] Real Orden de 5 de mayo de 1881, que da normas para la previsión y extinción de incendios en los montes, siendo éstas subrayadas por la Real Orden de 28 de julio de 1888, disposición que se erige como un mero recordatorio del cumplimiento de la normativa en la materia. En cualquier caso, estamos ante normas de carácter reglamentario que permitirían, a la postre, incidir sobre derechos de los ciudadanos –limitándolos, claro está–, y que, se insiste, la Ley de Montes de 1863 no vendría a dar cobertura.

[1051] Antes de esta Ley, entiende su Exposición de Motivos, las intervenciones se justificaban «por el principio vulgar de que carece de ella [de Ley] la suprema necesidad (…) sería, en efecto, absurdo, que en aquellos momentos supremos de tribulación y angustia (…) la Administración hubiera de permanecer con las manos atadas mientras instruía previo expediente (…) la conciencia pública lo reconoce así y jamás ha levantado acusación alguna contra el proceder verdaderamente discrecional y arbitrario de las

Su sustituta, la Ley de Aguas de 1879 –vigente, por cierto, hasta 1985–, conservará alguna de estas previsiones. Ahora bien, con ella en vigor, se aludirá únicamente a «la autoridad», eliminando el adjetivo «local», siendo paradigmático al efecto el artículo 162[1052]. Pese a ello, en otros preceptos de la norma las referencias se concretarían algo más, aludiendo únicamente al Gobernador –como fue el caso del artículo 168 que contenía las medidas a adoptar en caso de sequía[1053]– o, en su caso, al Alcalde[1054].

Por último, es especialmente importante –y clarificador– el encaje de la Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el servicio general de Sanidad, de carácter parco y que sirvió de apoyo ficticio para que la Administración dictase –en teoría en ejecución de ésta– una miríada de reglamentos sanitarios durante el resto del siglo[1055].

Digo que es especialmente clarificador su marco normativo no sólo porque las epidemias fueron fenómenos mucho más comunes durante el siglo XIX –desde luego, más que los huracanes, terremotos u otras calamidades–, sino porque además, presentan mayor interés en lo relativo a los poderes de necesidad a utilizar: mientras una

Autoridades en tales casos. Lo que está grabado en la conciencia de todos conviene que esté escrito y sancionado en la Ley, revistiendo a la Administración de facultades completamente discrecionales, sin más restricción que la de su propia responsabilidad por el abuso que cometa de ellas». Esta Exposición de Motivos puede verse en MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «Aguas (*cit.*)», págs. 293 y ss., especialmente pág. 306.

[1052] El precepto indicaba: «En casos urgentes de incendio, inundación u otra calamidad pública, la Autoridad o sus dependientes podrán disponer instantáneamente, y sin tramitación ni indemnización previa, pero con sujeción a Ordenanzas y reglamentos, de las aguas necesarias para contener o evitar el daño. Si las aguas fuesen públicas, no habrá lugar a indemnización; más si tuviesen aplicación industrial o agrícola o fuesen de dominio particular, y con su distracción se hubiese ocasionado perjuicio apreciable, será este indemnizado inmediatamente». Esta disposición fue vista como una habilitación para dictar «ordenanzas de necesidad» más de cien años después, dado que seguía por entonces vigente. Al efecto, SALAS HERNÁNDEZ, «Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración (*cit.*)», 1978, pág. 459.

[1053] Sobre esto, *vid*. MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «Aguas (*cit.*)», págs. 232 y ss., especialmente 240 y ss., donde habla de las actuaciones de policía en la materia. No deja de ser curioso el que la cláusula general se contuviese en una norma reglamentaria previa y no en la propia Ley de Aguas, esto es, en el Real Decreto de 29 de abril de 1860, de bases para la autorización de obras y concesiones de aguas (norma probablemente derogada *ex* artículo 300 de la Ley de Aguas de 1866), cuando establecía en su artículo 29 que «[c]orresponde a la Administración la policía de las aguas, así públicas como privadas, y dictar en su consecuencia *las medidas que crea necesarias* para evitar los perjuicios que por estancamientos o filtraciones pudieran ocasionarse a la salud pública», precepto que puede verse en MARTÍNEZ ALCUBILLA *op. cit.*, pág. 249.

[1054] El artículo 56 disponía que: «Siempre que para precaver o contener inundaciones inminentes, sea preciso en caso de urgencia practicar obras provisionales o destruir las existentes en toda clase de predios, el Alcalde podrá acordarlo desde luego bajo su responsabilidad; pero en la inteligencia de que habrán de indemnizarse después las pérdidas y los perjuicios ocasionados (…)».

[1055] MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pág. 44 y ss., que llega a afirmar que «los reglamentos han sido los solitarios protagonistas de la historia legislativa de nuestra sanidad», y ello pese a que existiese clara conciencia en la época de que esta materia debería regularse mediante Ley. Sobre los distintos proyectos legislativos en la materia, *vid*. la nota 51 de su obra.

catástrofe natural suele implicar, en efecto, una actuación restrictiva de derechos, aunque limitada en el tiempo; la lucha contra una enfermedad contagiosa –como hemos podido ver en los últimos años– puede perpetuarse y producir mayores injerencias en las garantías de los particulares. Subrayando esta afirmación, son reveladoras las discusiones parlamentarias relativas al *non nato* Código Sanitario de 1822, en las que se entrevé el miedo a regular esta materia. Algún diputado llegó incluso a hablar de «un poder desconocido en el sistema constitucional» y «una nueva división de poderes, a saber: poder legislativo, ejecutivo, judicial y sanitario»[1056].

Ahora bien, la llegada de la Ley de 1855 no implicaría tampoco cambios sustanciales. Aunque ahora existía una mayor regulación respecto a qué podían hacer los poderes centrales[1057], lo cierto es que las autoridades locales –en calidad de agentes de las anteriores, eso sí– seguirían manteniendo importantes potestades en lo relativo a las enfermedades infecciosas[1058].

Son claras al efecto, las cláusulas generales en materia de protección frente a epidemias y a favor del Gobernador Civil, que vuelven a aparecer en la Ley provincial de 23 de septiembre de 1863 –cambia la expresión de «medidas» por la de «providencias»[1059]– y en la Ley orgánica provincial de 21 de octubre de 1868[1060]. Las Leyes provinciales de 20 de agosto de 1870 y de 2 de octubre de 1877 omitirán esta

[1056] Diario de Sesiones de 20 de noviembre de 1822. Recoge la cita MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 46 y 46, quien añade que el Código no llegó a aprobarse «porque prevaleció –gran paradoja– la idea de que las potestades que se conferían a la Administración eran excesivas y que de ello resultarían grandes quebrantos para la libertad. Prefirieron los liberales la continuación de la gravísima situación de hecho antes de legalizar unas limitaciones de derechos tan intolerables como vejatorias».

[1057] Me refiero a las medidas previstas en la Ley de sanidad de 28 de noviembre de 1855, tales como las cuarentenas de los buques (artículos 29 y ss.) o ya en el régimen interior –y tras establecer la prohibición general del sistema cuarentenario *ad intra*, *ex* artículo 58– se habilitaba al Gobierno para dictar «medidas coercitivas interiores», siendo éste quien habrá de disponer «el modo con que deben ejecutarse», completándose con el artículo 59 que autorizaba al Gobierno para dictar «las reglas para los acordonamientos fronterizos cuando alguna epidemia los haga necesarios».

[1058] Sobre el papel de las autoridades locales en la época en esta materia, *vid*. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 59 y ss. Ahora bien, las intromisiones del poder central fueron múltiples, siendo destacable que todos estos poderes frente a epidemias se ejercían en calidad de representantes del poder central, y no como manifestación de la autonomía de provincias y municipios.

[1059] El artículo 10.2 señalaba de forma genérica que corresponde al Gobernador «mantener bajo su responsabilidad el orden público, y proteger las personas y propiedades», añadiendo el artículo 10.5 la competencia para «cuidar de todo lo concerniente a la sanidad en la forma en que prevengan las leyes y reglamentos, y dictar, en casos imprevistos de epidemia o enfermedad contagiosa, *las providencias que la necesidad reclame*, dando inmediatamente cuenta al Gobierno».

[1060] Repite el mismo esquema que en la norma anterior en los artículos 81.2 y 5.

referencia, si bien la Ley provincial de 1 de septiembre de 1882 recuperará, de nuevo, tal habilitación[1061].

En definitiva, podemos afirmar que el Derecho de necesidad propio de situaciones críticas no reconducibles a actuaciones humanas –y, singularmente, a alteraciones del orden público– se mantuvo extraordinariamente deficiente durante todo el siglo XIX. Las escasas previsiones existentes adjudicaban, además, las potestades de actuación *real* a los poderes locales a través de habilitaciones generales o preceptos de elevada indeterminación. Por su parte, el Gobierno y sus Ministros carecían de tales previsiones para actuar y, cuando éstas existían, se limitaban a meras cláusulas estándar o tasadas.

Sin embargo, los raquíticos horizontes del Estado liberal de principios de siglo comenzaban a expandirse. La mejora de las comunicaciones, el desarrollo industrial, o, en fin, la interconexión entre las incipientes naciones europeas, llevaban aparejado también una serie de riesgos respecto de los que la normativa vigente nada preveía. Riesgos que, por mucho que hubiesen estado pormenorizadamente regulados a través de medidas estándar, su imprevisibilidad habría hecho que la normativa se tornase en papel mojado ante las inclemencias de la Historia.

C).- Los reglamentos ilegales ante situaciones de crisis: el caldo de cultivo para la recepción del «Reglamento de necesidad»

En las líneas precedentes se ha analizado la normativa de Derecho de policía o de prevención de peligros de nuestro siglo XIX en lo relativo a aquellos riesgos no provenientes de la mano del hombre o del orden público. Se ha expuesto cómo su ineficacia dejaba a los poderes centrales inermes ante situaciones de necesidad al confiar a los poderes locales –eso sí, se insiste, como representantes de los anteriores– el desarrollo de las actuaciones pertinentes.

Ahora bien, el hecho de que el Gobierno central no pudiese –jurídicamente– llevar a cabo «todas las medidas necesarias» para confrontar esas situaciones, no

[1061] El artículo 23 habilitaba al Gobernador para adoptar «en casos necesarios, bajo su responsabilidad y con toda premura, *las medidas que estime convenientes* para preservar á la salud pública de epidemias, enfermedades contagiosas, focos de infección y otros riesgos análogos, dando cuenta inmediatamente al Gobierno»; facultad que ostentaba en tanto representante del Gobierno en la provincia (artículo 14) y como autoridad competente para el mantenimiento del orden público (artículo 21). Además, esta potestad la encontramos también en la normativa de régimen local del siglo XX, como veremos a lo largo del presente capítulo y del siguiente.

significa que no fuese a hacerlo. Al contrario, procedería a dictar las correspondientes disposiciones al efecto (muchas de ellas, *reglamentos*), en una situación de marcada y abierta ilegalidad; aunque, claro está, también *de necesidad*.

Ante la gran mayoría de estas calamidades se actuaba –por cuestiones obvias– sin esperar a la emisión de disposición alguna, habida cuenta de la rapidez con la que se ha de actuar en estos casos. Esto explica que en materia de inundaciones, huracanes o terremotos encontremos menos actuaciones por parte del Gobierno[1062], más allá que las dispuestas para paliar los daños producidos consecuencia de aquéllas[1063]. Pese a esta generalidad, lo cierto es que habría otro tipo de inclemencias que sí aparecerían como más duraderas en el tiempo y para las que, de acuerdo con su evolución, parecía conveniente dictar un cierto marco normativo de excepción –reglamentos «de necesidad»– que delimitase las medidas a desarrollar durante la vigencia del infortunio.

Es el caso de los desabastecimientos de bienes de primera necesidad, en donde encontramos multiplicidad de disposiciones de «policía de abastos» o «de subsistencias», que suspenderían las leyes económicas y tributarias vigentes con objeto de paliar las carestías[1064]. Entre otras muchas, destaca la Real Orden de 11 de febrero de

[1062] Destaca a este efecto, la Real Orden de 9 de agosto de 1863, por la que se autoriza al Gobernador Capitán General de Filipinas para que «con objeto de aliviar en lo posible los males causados por el terremoto (...) además de hacer uso de las facultades extraordinarias que se le confieren por órdenes separadas, *adopte aquellas medidas que puedan contribuir a hacer menos sensibles las desgracias sufridas, y al más pronto y eficaz remedio de los males ocasionados por el terremoto*». Esta Real Orden también da cobertura a las actuaciones previas sin base jurídica (actuaciones que «han merecido la más completa aprobación de S. M», como indica claramente). De la misma fecha es otra Real Orden que, buscando facilitar «la afluencia del comercio», autorizaba al Superintendente Delegado de Hacienda de Filipinas para «*suprimir los derechos de Aduanas* o que su importación en ese Archipiélago devengan los edificios de madera y hierro, y en general todos los materiales de construcción»; reglamento, como puede verse, contrario a la normativa tributaria.

[1063] Muchas veces estas actuaciones tenían respaldo legal, bajo las Leyes de Administración y Contabilidad para el caso de créditos extraordinarios. En otras tantas se acudía –sin ropaje jurídico alguno, o al menos no indicado en la Gaceta–, a las denominadas «suscripciones», esto es, campañas de donativos. Al efecto, pueden indicarse la Real Orden Circular de 30 de julio de 1847, disponiendo las medidas para atajar y paliar el incendio ocurrido en el pueblo de las Navas; la Real Orden de 1 de agosto de 1847, que adopta otras disposiciones para socorrer al anterior; la suscripción de 18 de diciembre de 1867, para aliviar las desgracias causadas por las inundaciones, huracanes y terremotos de Filipinas y Puerto Rico; o, entre otras muchas, la Real Orden de 15 de septiembre de 1893, disponiendo se hagan extensivas al socorro de las víctimas de las catástrofes de las recientes inundaciones las disposiciones del Real Decreto de 18 de septiembre de 1891, y demás que expresa; norma última, por cierto, que admite que no existe crédito para afrontar los gastos y que no es posible acudir a la figura del crédito extraordinario, puesto que ello «exige la instrucción de un expediente con tramitación que, aunque relativamente breve, *no lo es tanto como lo apremiante de las circunstancias*». De nuevo, en estos casos, se terminaba también por contrariar la legislación vigente.

[1064] Sobre esto, COLMEIRO, *Derecho Administrativo español* (*cit*.), Tomo I, págs. 298 y ss., quien, utilizando la primera denominación, nos ilustra con otros muchos ejemplos en la materia. *Vid*. también, CUESTA Y MARTÍN, *Principios de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, págs. 257 y ss., para ver más

1854, que autoriza al Gobernador Alcalde-Corregidor de Madrid para adoptar «las disposiciones que crea necesarias» para poner remedio a la subida del precio del pan en la ciudad[1065]; o el Real Decreto de 3 de marzo de 1898, que suspende la exacción de recargos arancelarios establecidos sobre el trigo, harinas y salvados, también consecuencia de un aumento del precio del pan[1066].

No obstante, donde mayor concentración de reglamentos ilegales dictados por las autoridades gubernativas en situaciones extraordinarias encontramos es, sin duda, en el ámbito de la lucha contra enfermedades contagiosas, epidemias, epizootias y demás eventualidades relativas a la salud pública humana y animal; hecho que se explica por la necesidad de crear un marco normativo de necesidad más o menos perdurable en el tiempo –supeditado temporalmente a la situación de crisis– en el que se delimitasen las medidas a adoptar de conformidad con las previsiones de la ciencia y la técnica de entonces.

En materia de epizootias, puede verse la Real Orden de 12 de septiembre de 1848, que implementó medidas extraordinarias con motivo de una epizootia de fiebre aftosa[1067]; la Real Orden Circular de 22 de febrero de 1875, de epizootia de viruela ovina –complementada por otra de 14 de julio de 1875–[1068]; o, en fin, ya a principios del

ejemplos de reglamentos *contra legem* en la materia, aunque ya hablando de «policía de subsistencias», como evolución de la expresión anterior.

[1065] Esta Real Orden se dicta sin habilitación alguna y, por su parquedad, puede reproducirse aquí: «Excmo. Sr.: Enterada la Reina (Q. D. G.) de la repentina subida que ha tenido en esta corte el precio del pan, sin causa justificada para ello, y solícita siempre por el bien del pueblo, y especialmente de las clases menesterosas, se ha dignado mandar que inmediatamente ponga á V. E. remedio á este mal, y correctivo al abuso, *autorizando á V. E. para tomar desde luego las medidas que crea necesarias*, dando cuenta al Gobierno».

[1066] Su exposición de motivos declara que «no es hoy el objeto del Gobierno crear una situación arancelaria perpetua, *sino atender a una necesidad apremiante*». Por su parte, ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo* (*cit*.), pág. 44, nota 3, lo incluye como ejemplo de «reglamento de necesidad».

[1067] MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «Epizootia», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina,* 2ª ed., Vol. VI, 2ª ed., Madrid, 1869, págs. 613 y ss., cita otras adicionales (como la Real Orden de 21 de febrero de 1845, sobre medidas respecto de una epizootia caballar y vacuno), si bien recuerda cómo la mayoría de las normas dictadas sobre epizootias se limitan «a ordenar la observancia de las reglas que se practican en estos casos, pero sin decir cuáles sean estas», puesto que únicamente la citada Real Orden de 12 de septiembre de 1848 «contiene medidas sanitarias» (págs. 613-614).

[1068] PECHE ORTIZ, R., «Régimen jurídico de la sanidad agraria», en GONZALO, M., SAINZ VELEZ, J. L. (Dirs.), *El Derecho Público de la agricultura: estado actual y perspectivas*, 1ª ed., Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (Secretaría General Técnica), Madrid, 1999, págs. 391 y ss. Esta Real Orden de 22 de febrero de 1875 establecía las reglas para la inoculación del virus de la viruela a los ganados.

pasado siglo, la Real Orden Circular de 14 de mayo de 1901, dirigida a confrontar un brote de peste bovina en Gerona[1069].

En lo relativo a la salud pública –humana– encontramos otras disposiciones, siendo especialmente relevantes las dirigidas a confrontar los cuatro grandes brotes de cólera morbo que asolaron el siglo XIX español. En la primera mitad pueden citarse, al efecto, la Real Orden de 28 de agosto de 1833, que, además, establecía medidas relativas al aseguramiento de subsistencias[1070], o la Real Orden de 30 de marzo de 1849, disposición por la que se aprueban las instrucciones tomadas por el Consejo de Sanidad para contener y aminorar los efectos de esta enfermedad[1071].

Tras la aprobación de la Ley de 1855, se dictarán multiplicidad de reglamentos que –sin habilitación legal suficiente y sobre la mera base de las recomendaciones dadas por los órganos colegiados sanitarios– establecerán las reglas para hacer frente a diferentes crisis y enfermedades contagiosas; reglas que, claro está, terminaban por contradecir lo dispuesto en otras Leyes y por incidir en el patrimonio y en los derechos de los ciudadanos[1072]. Son ejemplos claros al efecto las medidas dictadas –de nuevo– para combatir la gran epidemia de cólera morbo de 1885 (*vid*., entre otras, las Reales Órdenes de 24 de junio, de 1884, así como de 2, 6, 7 y 17 de julio del mismo año[1073]). Esta dinámica de aprobación de reglamentos *contra legem* se replicaría también con el Real Decreto de 27 de octubre de 1899, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad

[1069] Que incluso admite la ausencia de habilitación jurídica, justificando su emisión en la necesidad misma: «Considerando que *no existe disposición legal alguna* ni medicación eficaz por no haber descubierto la ciencia tratamiento curativo (...) ha tenido bien a disponer (…)». La norma establece medidas tales como la obligación de sacrificar a todos los animales contagiados, la entrada y salida de las especies bovina, ovina y caprina en el término municipal en el que apareció la enfermedad, suspensión de ferias comerciales, etc., medidas todas –claramente– limitativas de derechos y contrarias a muchas Leyes por entonces vigentes.

[1070] El artículo 3 indicaba que «*Se adoptarán las disposiciones convenientes* para que, en la villa de Huelva, u otro punto que pueda contagiarse, no falten víveres ni ninguno de los artículos necesarios para la subsistencia de sus habitantes, y para la curación y asistencia de los enfermos y convalecientes».

[1071] Téngase en cuenta que este órgano consultivo dictaba sus instrucciones sin más base jurídica que una mera disposición reglamentaria, esto es, la Real Orden de 1847.

[1072] Las normas citadas pueden verse en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., voz «Epidemias», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. VI, Madrid, 1869, págs. 597 y ss., así como también otras como la Real Orden de 11 de junio de 1866, que recopila las medidas que han de desarrollar las autoridades locales y Gobernadores en caso de epidemia, y que, por cierto, en ningún momento indica que se dicten con habilitación en la Ley de 1855.

[1073] Hace un resumen la Circular de la Dirección General de Beneficencia y Sanidad de 12 de junio de 1885, dictada a raíz de la expansión de la enfermedad por el Levante español, y que recuerda incluso que «[n]o han sido, por desgracia, hasta ahora todo lo eficaces que era de esperar las enérgicas disposiciones que desde los primeros momentos de la aparición de la enfermedad dictó este Ministerio y secundaron con celo las Autoridades para estrechar y destruir todo foco o causa de insalubridad (…)».

exterior; disposición que no sólo establecería medidas extraordinarias ante el peligro de la peste bubónica, sino que también derogaría la legislación vigente en la materia[1074].

Como ha podido comprobarse, los sucesivos Gobiernos decimonónicos hicieron uso de una potestad reglamentaria carente de habilitación legal alguna –sin más fundamento que el contexto fáctico y la necesidad misma– para afrontar las distintas situaciones extraordinarias que se presentaban y para las que la normativa de orden público o de régimen local no era suficiente. Tal situación es consecuencia del complejísimo contexto de los poderes normativos y de necesidad en el siglo XIX español. Como hemos visto a lo largo de esta exposición, en esta centuria se mantiene una endeble delimitación entre las funciones reguladoras del Gobierno y de las Cámaras, consecuencia de una clara vinculación negativa de la Administración a la Ley; así como, en fin, la consolidación de un Derecho de excepción ciertamente rígido, focalizado en la suspensión de garantías y en la prevención y represión de los altercados del orden público.

Todos estos elementos propiciaron la emisión de múltiples y genuinos reglamentos *contra legem* por parte de los distintos Gobiernos decimonónicos con objeto de confrontar situaciones de catástrofe, desabastecimiento, epizootias, epidemias y demás situaciones de necesidad para las que las Leyes vigentes nada preveían o que, cuando lo hacían, optaban por adjudicar la competencia a las autoridades locales, colocando a las centrales en una posición secundaria. De hecho, muchos de estos reglamentos ilegales contendrían –a su vez– cláusulas generales que, en la mayoría de los casos, tendrían por objeto habilitar a Jefes Políticos y Gobernadores a actuar. Es decir, que, aunque encontramos en la normativa de la época cláusulas generales de necesidad, en la mayoría de ellas la autorización o previsión se realizaba en favor de los poderes locales. Y en muchos casos, además, ello se reconocía en meras disposiciones reglamentarias dictadas, a menudo, sin base legal alguna.

La literatura jurídica decimonónica española no gozaba de la suficiente madurez como para poder explicar o criticar tal situación[1075]. Su marcado cariz conservador,

[1074] Recuerda el dictado de esta disposición ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 44, nota 3, quien –como veremos– la califica como ejemplo de «reglamento de necesidad».
[1075] NIETO GARCÍA, A., «Apuntes para una historia de los autores de Derecho Administrativo General español», en NIETO GARCÍA, A. (Pr.), *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, 1ª ed., Colección de Estudios Administrativos (Instituto Nacional de Administración Pública), Madrid, 1984, págs. 29 y ss., indica que la doctrina española de la época se

unido a un enfoque –salvo las excepciones de finales de siglo– meramente descriptivo de la normativa vigente, impedirá que realice su función de muro de contención, permitiendo, *por ende*, una expansión descontrolada de estos poderes normativos de necesidad[1076]. Es este el contexto y el ordenamiento jurídico –plagado de reglamentos ilegales– que se encontrarán nuestros iuspublicistas de principios del siglo XX.

Y es a esta figura a la que tratarán de dar explicación a la luz de la obra de STEIN (1865; 1869) y de sus «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*). Las bases para la recepción de esta figura estaban más que consolidadas. Y es que –como ha señalado entre nosotros SANTAMARÍA PASTOR– «ningún ordenamiento importado echa raíces si el suelo histórico del país receptor no se halla debidamente abonado y preparado para ello»[1077].

II.- LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: LOS PRIMEROS AÑOS DEL SIGLO XX

La compleja relación entre la Ley y el reglamento, así como la deficiente regulación de nuestro Derecho de necesidad decimonónico, había generado una situación idónea para que, ya en el siglo XX, se recibiese la doctrina del reglamento de necesidad por los iuspublicistas españoles. En efecto, esta adopción es consecuencia de un contexto jurídico y académico muy concreto, que nuestros administrativistas tratarán conectar con la misma idea del reglamento de necesidad, deformándolo y moldeándolo al efecto para lograr su pretensión.

Para poder abordar esta situación hemos de analizar tres elementos. Por un lado, una recapitulación del contexto jurídico, indicando las novedades alumbradas en el nuevo siglo. En un segundo punto, se analizará el contexto académico; fundamental

configuraba por «sistematizadores» del Derecho Administrativo pero que –con la salvedad de COLMEIRO y POSADA HERRERA– no puede hablarse de una «parte general» de esta materia en sentido estricto, al no existir aún un grado de desarrollo concreto en esta Ciencia que, en lo que a nosotros interesa, permitiese explicar las situaciones de necesidad de forma correcta. Por lo demás, la situación en el Derecho comparado es similar, no siendo hasta finales del siglo XIX –y, especialmente, a raíz de la Primera Guerra Mundial– cuando se comienzan a estudiar las instituciones de Derecho de necesidad en Francia, Italia y Alemania, tratando de dar una explicación jurídica a las múltiples actuaciones de hecho que se producirían por entonces; razonamientos que, en muchos casos, permearán en la jurisprudencia y –en ocasiones– también en el Derecho positivo.

[1076] Recuerda MEDINA ALCOZ, L., *Historia del Derecho administrativo español*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2022, págs. 314 y ss., que tras la «primera edad de oro» del Derecho administrativo (1833-1868), la doctrina académica «cayó unas veces en el análisis meramente especulativo, desvinculado del Derecho positivo; otras, en la descripción aséptica de normas, ajena a cualquier consideración política, económica o de ciencia administrativa».

[1077] SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español* (*cit.*), pág. 19.

para entender el éxito de la acogida del reglamento de necesidad. Y, en fin, en un tercer momento, se abordará ya la recepción *stricto sensu*, así como la configuración y adaptación de la figura a nuestro marco jurídico.

1.- EL CONTEXTO JURÍDICO: EL MARCO DEL PODER NORMATIVO Y DEL DERECHO DE NECESIDAD DE PRINCIPIOS DE SIGLO

La entrada en el nuevo siglo no plantearía destacables novedades en el panorama jurídico, al menos en lo que se refiere a las dos primeras décadas y en lo que concierne a la posición del reglamento y a la de las instituciones de Derecho de necesidad. Heredero de la centuria previa, estos años se caracterizan también por una colisión entre los principios proclamados por la Constitución de 1876 –primacía de la Ley, respeto a los derechos de los ciudadanos, etc.– con la realidad práctica[1078]. Se mantendrían así las inercias del pasado, proliferando los reglamentos que harían las veces de Leyes interinas, junto con los distintos Decretos de carácter abiertamente ilegal dictados para confrontar situaciones de necesidad[1079].

En apariencia, todo seguía igual. El Derecho de excepción mantenía su inflexibilidad y su foco en el orden público y en la suspensión de garantías[1080]. Por su parte, las disposiciones de policía relativas a los riesgos provocados por eventualidades sin cariz político-social se perpetuaban idénticamente atomizadas y centradas en las

[1078] Sobre esta Constitución y su época, *vid*. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 295 y ss.

[1079] La Constitución de 1876 mantiene las relaciones entre Ley y reglamento que hemos visto anteriormente. De los artículos 45, 50 y 54.1 se dilucidan los mismos caracteres que en los textos previos: competencia compartida para «hacer las Leyes» entre las Cortes y el Rey, así como potestad de éste de mera «ejecución» de la Ley. De nuevo, la idea de «ejecución» hay que entenderla en sentido amplio, rigiendo una vinculación negativa de las actuaciones de la Administración a la Ley y, en ningún caso, pudiendo verse en la referencia a la «conservación del orden público» del artículo 50 una cláusula general de habilitación. Por lo demás, esta primacía de la Ley se mantiene durante todo nuestro constitucionalismo histórico, con la salvedad del Estatuto Real de 1834 y de los Proyectos de 1852 y de 1929, como recuerda GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit.*), págs. 33 y ss.

[1080] La única diferencia sustancial es que con la Carta de 1876 se pone fin a la exigencia de una Ley votada en Cortes para declarar los estados excepcionales, dando, *por ende*, un mayor poder al Gobierno, y terminando así con el clásico sistema de «doble Ley». En efecto, el artículo 17.2 habilitaba a éste a actuar sin intervención previa de las Cortes para incidir sobre los derechos de los particulares en aquellos casos en los que las anteriores no estuviesen reunidas; poder que los textos constitucionales españoles precedentes habían rechazado. En la práctica se realizó un verdadero abuso del precepto, como recuerda CRUZ VILLALÓN, *El Estado de sitio y la Constitución* (*cit.*), págs. 429 y ss. Sobre el resto de normativa de excepción aprobada en este periodo, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO *El estado de excepción...* (*cit.*), págs. 102 y ss.; y sobre su aplicación práctica, *vid*. BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional...* (*cit.*), págs. 225 y ss.

autoridades locales, sin avances realmente destacables en la materia salvo alguna excepción notable[1081].

Esto contrasta con la consolidación en otros modelos comparados de la época de sus instrumentos de Derecho de necesidad, de carácter más flexible, como es el caso del Derecho inglés y sus «leyes de indemnidad» (*indemnity bills*); del Derecho francés y el desarrollo jurisprudencial de la teoría de las circunstancias excepcionales; del Derecho alemán y la mentada «potestad reglamentaria de necesidad» (*Notverordnungsrecht*) –así como de la cláusula general de policía (*polizeiliche Generalklausel*), para entonces más definida–; o, en fin, ya a partir de la Primera Guerra Mundial, de las leyes de habilitación y de los Decretos leyes, presentes en prácticamente todos los países de nuestro entorno[1082].

Ahora bien, pese a que el encaje del poder normativo y de los instrumentos de necesidad en España se habían mantenido incólumes, la llegada del siglo XX iba a traer consigo un cambio sustancial. Y es, precisamente, el relevo generacional de los administrativistas decimonónicos (COLMEIRO, POSADA HERRERA, SANTAMARÍA DE PAREDES, CUESTA Y MARTÍN, etc.), por los de principios de siglo, que –ya con un mayor

[1081] La Ley de Montes de 1863 seguía vigente y sin cambios en materia de protección frente a incendios, aunque son destacables la Ley de conservación de Montes de 1908 y la Ley de Parques Nacionales de 1916. En materia de aguas, la Ley de 1879 mantenía su hegemonía, que duraría hasta la de 1985. El único cambio trascendental que encontramos es en materia de epizootias y salud pública, con motivo de la aprobación de la Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904. Digo que es trascendental porque además de las clásicas medidas frente a enfermedades infecciosas que se encuentran en la Ley de Sanidad de 1855 (ahora en los artículos 126 y siguientes del nuevo texto), se prevé por vez primera la exigencia de una declaración formal de existencia de epidemia y epizootia (artículos 153 y 159) y, además –y esto es especialmente importante– se recoge, al fin, no ya medidas concretas o estándar al Gobierno para actuar en estos casos –que también– sino verdaderas cláusulas generales a su favor: el artículo 158 indicaba que «[t]ambién podrá el Gobierno adoptar *las medidas complementarias y urgentes, que, oído el Real Consejo, estime convenientes* para la defensa sanitaria»; mientras el artículo 160 preveía que: «El Gobierno podrá aplicar a las epizootias medidas coercitivas de diseminación, prohibiciones de traslado e importación de animales y ganados domésticos, sacrificios de reses, cremaciones de sus restos *y cuantas crean necesarias* para evitar la propagación del mal». Con estas previsiones se ponía fin a los reglamentos ilegales en este punto, puesto que la cláusula general citada venía a dar cobertura a todo tipo de actuaciones por parte del Gobierno: recordemos que sólo tres años antes se había dictado un reglamento ilegal para afrontar un brote de peste bovina en la provincia de Gerona, admitiendo incluso su exposición de motivos la ausencia de base legal para su emisión. Sobre esta norma es imprescindible, MUÑOZ MACHADO, *La sanidad pública en España...* (*cit.*), pág. 126 y ss. Por último, se ha de tener en cuenta –como complemento a la anterior Instrucción– otras normas como el Real Decreto de 10 de enero de 1919, sobre enfermedades contagiosas, o, especialmente, la Ley de Epizootias de 18 de diciembre de 1914, desarrollada por su reglamento de 4 de junio de 1915; Ley que, por cierto, contenía en el artículo 14 una cláusula general, al indicar que «cuando las enfermedades que padezcan los ganados sean transmisibles a la especie humana, corresponderá al Ministerio de la Gobernación dictar en el interior *las medidas conducentes* a evitar los peligros de contagio al hombre (...)».

[1082] En nuestro país regía el modelo de estados excepcionales y de suspensión de garantías, sin perjuicio de que, muy puntualmente, se hiciese uso de alguno de estos otros instrumentos. Sobre los modelos comparados, me remito a la primera parte de esta obra.

manejo de la doctrina y los ordenamientos extranjeros– terminarán por sentar las bases de un Derecho administrativo más moderno y depurado[1083].

Esta definición se manifiesta especialmente en la división en el año 1900 de la asignatura de Derecho político y administrativo en dos, consolidándose, en consecuencia, las Cátedras de la última materia en nuestro país. Como ha señalado GALLEGO ANABITARTE, el método de estudio de estas materias era completamente distinto pese a la unión formal (especulativo e histórico en el primer caso; descriptivo y legalista en el segundo), viniéndose a acentuar más si cabe esta tendencia con la escisión[1084]. En este contexto, nuestro Derecho administrativo se construía, fundamentalmente, sobre la base de la recopilación y sistematización de las Leyes y reglamentos existentes, careciendo de un sustrato doctrinal. Es decir, carecía de una «parte general», que, no obstante, comenzaría a tomar forma con la nueva generación de administrativistas de principios de siglo[1085], inspirados por la doctrina extranjera (alemana, francesa, italiana); hasta el punto de haberse llegado a afirmar que con sus obras se edificó un Derecho administrativo «colonizado»[1086].

La institución que ocupa estas líneas no iba a ser una excepción. Con objeto de dar una explicación lógica al galimatías jurídico antes expuesto y, especialmente, a las relaciones entre Ley y reglamento, se acudiría también a autores extranjeros. De ahí que la trilogía formulada por Lorenz VON STEIN en 1865 tuviese plena acogida en nuestro país[1087], especialmente de la mano de cuatro autores: ROYO VILLANOVA, GÜENECHEA,

[1083] Sobre esto, NIETO GARCÍA, «Apuntes para una historia de los autores de Derecho Administrativo General español (*cit.*)», págs. 17 y ss. También, con carácter más reciente, *vid*. ALMEIDA CERREDA, M., «Capítulo 4. Historia de la Ciencia del Derecho Administrativo en España», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, DOMÉNECH PASCUAL, G., y ARROYO JIMÉNEZ, L. (Coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 329 y ss., especialmente 359 y ss.; así como MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español* (*cit.*), págs. 325 y ss.

[1084] GALLEGO ANABITARTE, A., «Las asignaturas de Derecho político y administrativo. El destino del Derecho Público español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero/diciembre 1983, págs. 788 y ss.

[1085] MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, pág. 316, destaca que los tratados de la época «apuntalaron la tendencia a desarrollar una más amplia parte general del Derecho administrativo, que aborda su concepto, fuentes (…) [f]ijaron en buena medida los temas y la sistemática que todavía hoy caracterizan esencialmente a los tratados, cursos y manuales de la disciplina».

[1086] GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo. El destino del Derecho Público español (*cit.*)», pág. 801. *Cfr*. con MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, pág. 333, para quien la expresión es un tanto exagerada.

[1087] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., págs. 789-790, aunque comparto su opinión de que la trilogía de L. VON STEIN «vivía de espaldas al Derecho constitucional vigente», creo que ha quedado demostrado en el epígrafe anterior cómo esta era –efectivamente– la más acorde con la realidad práctica.

GASCÓN Y MARÍN y FERNÁNDEZ DE VELASCO. Serán ellos quienes recibirán la doctrina en sus manuales y tratados que terminará por permear hasta la actualidad.

Y es que la división del jurista prusiano daba, finalmente, una explicación –más o menos lógica; pero una explicación, al fin y al cabo– a las constantes intromisiones del Ejecutivo en la esfera del Legislativo; actuaciones difícilmente conciliables con los principios constitucionales proclamados en el texto de 1876, lo que era especialmente de agradecer en lo que concierne a la doctrina de los reglamentos de necesidad. En efecto, con ellos se admitía una categoría de disposiciones administrativas que permitía suspender o inaplicar las Leyes ante circunstancias extraordinarias y, en coherencia, se dotaba de mimbres lógico-jurídicos a una situación largo tiempo enquistada en el proceder normativo patrio. Además, ello permitía arrojar críticas a tal situación al tener un modelo o categoría con el que compararla, y, claro está, también proponer límites y controles a estas actuaciones genuinamente *contra legem*, con objeto de establecer, de algún modo, diques de contención a una práctica –como mínimo– constitucionalmente reprobable[1088].

2.- EL CONTEXTO ACADÉMICO: LOS MOTIVOS DOCTRINALES PARA LA ADOPCIÓN DE LA FIGURA

Durante todo el siglo XIX la literatura jurídica española se acercaría a la potestad reglamentaria usando clasificaciones formales o materiales, sin carácter homogéneo. De ahí que se precisase una categorización de los reglamentos definitiva, que permitiese lograr la unificación doctrinal y, *por ende*, abandonar las tradicionales sistematizaciones que –aunque acordes con la teoría constitucional– no expresaban correctamente la realidad jurídica de entonces[1089]. En congruencia, son dos los motivos

[1088] Los receptores de la doctrina del reglamento de necesidad fueron también muy críticos con el despliegue de reglamentos ilegales en la época, poniendo a la luz de esta situación otras disposiciones del ordenamiento vigente. A título ejemplificativo, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración* (*cit.*), Tomo I, págs. 83 y ss., recuerda cómo el Código Penal de 1870 tipificaba en su artículo 388 el delito de emitir reglamentos careciendo de competencia, así como el de dictar disposiciones derogando o suspendiendo la Ley; al tiempo que la Ley Orgánica del Poder Judicial –también del mismo año– prescribía la inaplicación de los reglamentos ilegales por los jueces. Recuerda también cómo este precepto del Código Penal fue suprimido en 1928 –seguramente al calor de los principios del nuevo régimen instaurado cinco años antes–, si bien «es de suponer que sea de nuevo incorporado a nuestro régimen jurídico».

[1089] Los iuspublicistas del siglo XIX distinguían los reglamentos por razón del órgano emisor o, en su caso, por la materia que regulaban, siendo una cuestión discutida en la época si la potestad reglamentaria era consecuencia de una delegación por parte de la Ley o si, por el contrario, era aquélla propia del poder Ejecutivo. Puede verse, a título ejemplificativo, las clasificaciones de POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración* (*cit.*), págs. 84 y ss., –que distingue entre órdenes, reales decretos y reglamentos–;

que permiten explicar el éxito de la clasificación de VON STEIN en España, en contraposición con otros países de nuestro entorno[1090].

El primero de ellos es claramente pedagógico: la consolidación del Derecho administrativo como asignatura en las Facultades españolas precisaría de facilitar su exposición en las aulas y su estudio por los alumnos. La confusión y la injerencia de clasificaciones extranjeras había provocado que –en 1915, como escribía el Padre GÜENECHEA– «cada día va siendo mayor la divergencia de los autores acerca del concepto de reglamento: los alemanes son los que con sus tenebrosas teorías más le han oscurecido y embrollado»[1091]. La trilogía de STEIN permitía abandonar las anteriores clasificaciones de la doctrina patria, carentes de la potencia mnemotécnica de ésta, y que no terminaban de cuajar con la situación española del momento[1092].

Y es que, en efecto, el segundo motivo –y también seguramente el de mayor peso– es el dado por la realidad jurídica de la época. Como se ha podido advertir en el epígrafe anterior, durante todo el siglo XIX y principios del XX se produciría un uso y abuso de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno y sus agentes, hasta el punto de ser una constante la presencia de reglamentos dictados sin habilitación legal (*extra* o *praeter legem*)[1093], así como otros que, directamente, contradecían lo dispuesto en la Ley o la derogaban (*contra legem*).

COLMEIRO, *Derecho Administrativo español* (*cit.*), Tomo I, págs. 86 y ss.; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 25 y ss., siendo interesante cómo el autor recuerda también –pág. 26– que en algunos Estados alemanes la potestad reglamentaria se ha extendido hasta el punto de permitir al Rey dictar «leyes provisionales» y entiende la potestad reglamentaria como producto de la delegación por parte de la Ley; CUESTA Y MARTÍN, *Principios de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 37 y ss., quien entiende este poder como propio del poder Ejecutivo (y no como delegación del Legislativo).

[1090] GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit.*), pág. 281, recuerda que esta división no tendría suerte ni en Alemania, ni en Italia –pese a la importancia allí de STEIN– teniendo únicamente acogida en España y Francia. Esta afirmación, como hemos visto en un capítulo anterior, es muy matizable: aunque los italianos no hacen uso de la trilogía, lo cierto es que sí que hablan de ordenanzas de necesidad y las adjetivaron –hasta las aportaciones de GIANNINI– como *contra legem*, aunque separándolas de los reglamentos y desarrollando toda una teoría del «poder de ordenanza».

[1091] GÜENECHEA, *Ensayo de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 53.

[1092] En efecto, todos los seguidores de la división del jurista prusiano –como veremos– se apresuraban a subrayar cómo esta clasificación es la más acorde con el contexto jurídico vigente, la más completa o la más clara.

[1093] *Cfr*. con GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., págs. 38-39, nota 29, para quien «las normas emitidas por la Administración sin expresa referencia a la ejecución de una Ley, sólo confirma la inactividad del legislativo, que en cuanto quiera puede hacer retroceder a la norma administrativa. La potestad reglamentaria autónoma, los Reglamentos independientes de STEIN, se refieren a un ámbito normativo propio de la Administración libre de la injerencia legislativa. Esto sólo ocurre constitucionalmente en España en 1938-1942-1967».

La doctrina de los reglamentos u ordenanzas de necesidad –respaldada por la autoridad de VON STEIN[1094]– vendrá como anillo al dedo a la literatura jurídico-administrativa de este periodo para dotar de cierto revestimiento teórico a una situación de clara ilegalidad, que había terminado por tornarse en costumbre, y que –como se ha visto– no tenía ningún tipo de respaldo constitucional, legal, jurisprudencial o doctrinal, a diferencia de lo que acaecía en otros países de nuestro entorno.

3.- LA RECEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el año 1900 Antonio ROYO VILLANOVA publicaba sus *Principios de Derecho Administrativo*, obra en la que se recogía –por primera vez en nuestro país– la clasificación de los reglamentos por su relación con la Ley. Lo hacía de la siguiente forma: «tres clases de ordenanzas o reglamentos pueden distinguirse según Stein, a saber: Ordenanzas ejecutivas, Ordenanzas administrativas (*stricto sensu*) y Ordenanzas de necesidad, cuya diferencia estriba en la relación que respectivamente guardan con la ley, según sean *conformes* con la ley, *supletorias* de la ley, o *derogatorias* de la ley»[1095].

Se ha defendido que este autor no manejó la *Verwaltungslehre* de VON STEIN directamente, sino que tuvo acceso a su doctrina a través de autores italianos[1096]. De un vistazo a sus *Principios* puede verse claramente como esta afirmación es correcta: bajo la rúbrica de «Fuentes del conocimiento» –en el marco de las fuentes del Derecho administrativo– recomienda el autor bibliografía patria y extranjera, citando, entre otras

[1094] Ya se ha advertido que el recurso a los autores extranjeros como argumento de autoridad en la época fue moneda común, produciéndose un clarísimo influjo de doctrinas extranjerizantes en nuestro Derecho Público que, no siempre, terminaban por cuadrar en nuestro sistema, como, por ejemplo, la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos. Al efecto, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, A., «La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 a hoy», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 80 y ss.

[1095] ROYO VILLANOVA, A., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1900, págs. 69 y ss. La cursiva es suya. En las páginas subsiguientes entiende que los ejecutivos «se proponen desarrollar los preceptos generales de las leyes administrativas para facilitar su ejecución» siendo las ordenanzas administrativas aquellas dictadas por la Administración para el caso «que se presente una necesidad a la cual no haya principio legal aplicable: y, hasta tanto que esa ley se dicte, puede la Administración formular preceptos de carácter general y subordinados siempre a las determinaciones del Poder legislativo», siendo por ello «Reglamentos en ciertas materias que no han sido objeto de ninguna ley».

[1096] GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), pág. 49; también GARCÍA ÁLVAREZ, G., *La función constitucional del Consejo de Estado*, 1ª ed., CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 59.

muchas obras, la traducción de la obra del jurista prusiano hecha por BRUNIALTI en 1897[1097].

La clasificación –junto con la explicación de los tipos de reglamentos– se replica de forma idéntica nueve años después en su primera edición de sus *Elementos de Derecho Administrativo*, prácticamente sin cambiar una coma[1098]. Es a partir de la publicación de esta obra cuando la trilogía se extenderá –salvo por alguna excepción notable[1099]– como la pólvora en la doctrina administrativista patria de por entonces.

Así, encontramos la categorización en las dos ediciones del *Ensayo de Derecho Administrativo* del Padre GÜENECHEA (1910, 1915)[1100]; en el *Tratado* de GASCÓN Y MARÍN de 1917[1101]; y, en fin, en el *Resumen* de FERNÁNDEZ DE VELASCO (1920), dado que, aunque este último no recoge explícitamente la división –sólo de modo tácito[1102]–,

[1097] ROYO VILLANOVA, *Principios de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 61-62. La obra también la recoge GASCÓN Y MARÍN, J., *Introducción al estudio del Derecho Administrativo*, 1ª ed., C. Bermejo Impresor, Madrid, 1933, págs. 196 y ss., al enumerar bibliografía en la materia.

[1098] ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 41.

[1099] *Vid*. POSADA, A., voz «Reglamento», en *Enciclopedia Jurídica Española*, 1ª ed., Vol. XXVII, Francisco Seix Editor, 1914, págs. 158 y ss., así como también su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, págs. 223 y ss., escritos ambos en los que omite toda referencia a la figura. En la última de ellas puede apreciarse el manejo de los administrativistas receptores de la doctrina, siendo además contundente al afirmar que «el reglamento ilegal no debe ser aplicado, no obliga» (pág. 240). Para GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., pág. 50, «es muy de notar» que este autor «que conoció y manejó ampliamente a STEIN en lengua original, no recogiese dicha clasificación de Reglamentos». Tampoco se hace eco GASCÓN Y MARÍN, J., CATALÁN LATORRE, A., *Derecho Patrio. Rudimentos de Derecho*, 1ª ed., Tipografía de E. Casañal, Zaragoza, 1908, págs. 47 y ss., aunque es cierto que GASCÓN Y MARÍN sí hará uso de ella en su *Tratado*, como veremos.

[1100] GÜENECHEA, J. N., *Ensayo de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1910, pág. 51; Tomo I, 2ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1915, pág. 60. Las referencias siguientes se han de entender hechas a esta segunda edición, donde amplía sobre la materia que nos ocupa.

[1101] GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Imprenta Clásica Española, Madrid, 1917, págs. 127-128, no puede ser más claro: «Stein diferencia la *ordenanza ejecutiva* (decreto o reglamento), prescripciones o normas relativas a la aplicación de la ley, que se refieren al contenido de la misma ley; la *ordenanza administrativa* (a ésta aplica la denominación en sentido estricto), para llenar la falta de ley o lo incompleto de la misma, o resolver las dudas que hayan podido surgir en la aplicación de la ley a los casos particulares de la vida; la *ordenanza de necesidad* (*Noth verordnung*), la que ante fuerzas considerables y superiores, naturales o personales, suspende la ejecución de una ley o impone particulares deberes y obligaciones que no estaban establecidos por ley anterior», y donde –tras aludir a otras clasificaciones dadas por la doctrina patria y europea– añade «de tales clasificaciones, la que corresponde mejor a la realidad de las cosas es la de Stein, seguida entre nosotros por Royo y Güenechea». La cursiva es del autor. Esta trilogía la debió de recoger en algún escrito anterior entre 1910 y 1915, pues es citado como seguidor de aquella por GÜENECHEA, *op*. *cit*., pág. 60 en la segunda edición de su *Ensayo* (1915) pero no en la primera (1910) –pág. 51–, en la que se limita a citar a ROYO.

[1102] FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Tomo I, 1ª ed., Tipografía de J. Sánchez, Murcia, 1920, págs. 207 y ss., puede entreverse en cuanto dice que la Administración puede dictar precepto administrativo que «no solamente secunde a la ley y la interprete, sino que la supla y sustituya, de manera discrecional y según los principios doctrinales que regulan el ejercicio de la facultad discrecional, dándose así lugar a los Reglamentos en ausencia de ley y a la suspensión de la ley dictada administrativamente, a que más tarde nos hemos de referir».

sí alude a las ordenanzas de necesidad y admite su existencia al estudiar los reglamentos ilegales[1103]. Lo interesante es que esta recepción se produce de forma aséptica, sin realizarse esfuerzos por encontrar algún tipo de disposición o norma en el ordenamiento vigente que actuase como fundamento o, en su caso, dotase de cierto acomodo a esta figura.

Este intento de justificación lo encontramos únicamente en juristas contemporáneos, que, atendiendo a la legislación de entonces, han tratado de dar respuesta a esta pregunta. En este sentido, se ha querido ver en el artículo 26.3 de la Ley Orgánica de 5 de abril de 1904, del Consejo de Estado, una posible explicación: el precepto preveía que su Pleno tendría que ser oído «[s]obre toda resolución que por circunstancias extremas o altos intereses y conveniencia de la Nación crea deber adoptar el Gobierno, y de la que deba dar cuenta en su día a las Cortes», pero añadía *in fine* que «[s]ólo en casos de urgencia podrá el Gobierno prescindir de la Consulta».

En efecto, se ha defendido que, dado que esta facultad del Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de urgencia con omisión de la consulta del Consejo de Estado no aparecía prevista en la Constitución de 1876, el precepto, tal vez, estaría conectado con la práctica de los reglamentos de necesidad. Se aduce para ello que la omisión de consulta del Alto Cuerpo Consultivo tampoco se conectaría con la suspensión de garantías constitucionales –a las que se refería el artículo 17 de la Constitución canovista– dado que el último párrafo del artículo 26 de la indicada Ley Orgánica excluía su intervención en tales supuestos[11041105].

De ahí que se haya teorizado que «pese a lo que pudiese parecer a primera vista, el artículo 26.3 no se habría referido a la suspensión de garantías, sino que convalidaría una práctica que quizás pudiese considerarse como una 'costumbre constitucional'», añadiendo que «también es posible que se tratase de un eco de la teoría de Stein sobre los 'reglamentos de necesidad' (...) en todo caso, es un eco de las dificultades vividas

[1103] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, 1ª ed., págs. 244 y ss.
[1104] GARCÍA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 59.
[1105] La referencia a «dar cuenta a las Cortes» es un enigma. Pudiese ser una referencia a las Leyes de indemnidad o de exoneración dictadas en la práctica por el Legislativo decimonónico sobre actuaciones del Gobierno sin base legal pero necesarias. O tal vez, meramente, un simple recordatorio de que la intervención del Consejo de Estado no ha de suplir la del Parlamento, como recuerda GARCÍA ÁLVAREZ, *op. cit.*, págs. 58-59, añadiendo que: «En 1904 todavía debía estar fresca en la memoria de los diputados la declaración de exoneración que a principios de 1898 convalidó, al menos políticamente, la concesión de sendos estatutos de autonomía a Cuba y Puerto Rico, como recurso casi desesperado para evitar su independencia».

por España en los últimos años del siglo XIX y que habrían impuesto soluciones de este tipo»[1106].

Sin embargo, lo cierto es que los tratadistas de la época no atenderán a este precepto como elemento justificador de los reglamentos de necesidad, pese a que podrían haberlo hecho perfectamente[1107]. Únicamente puede encontrarse alguna referencia aislada a tal precepto, como la defensa de constitucionalidad, por parte del Fiscal del Tribunal Supremo en 1920, de un Real Decreto manifiestamente ilegal[1108]. En cualquier caso, el injerto jurídico que acababa de producirse podía producir rechazo en el ordenamiento de destino. De ahí que nuestros juristas se apresuraran a acomodar la doctrina del reglamento de necesidad a nuestro sistema, moldeándolo al efecto al modificar su terminología y desarrollar una tipología interna inexistente en su país de origen.

A).- LA ADAPTACIÓN TERMINOLÓGICA

La expresión *Notverordnung*, aunque servía para explicar la miríada de reglamentos ilegales dictados por motivos de necesidad sin sustrato legal alguno, no terminaba de acomodarse en nuestro ordenamiento jurídico. Había por ello que adaptarla, en primer lugar, a nuestra lengua –cuestión a la que se apresuraron los juristas de principios del siglo XX en nuestro país– y, en segundo punto, a nuestro sistema jurídico. Ahora bien, antes de proceder a analizar esta evolución, considero fundamental recalcar que la denominación responde únicamente a una cuestión de carácter cosmético. Y es que lo importante no era tanto la terminología empleada como la

[1106] GARCÍA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 59, añade que «de todas formas, coincidiendo con la caracterización general de las funciones del Consejo de Estado, este tipo de actuaciones del Gobierno no eran en modo alguno residenciables en aquellos momentos ante la jurisdicción contencioso administrativa».

[1107] A título ejemplificativo, *vid*. GÜENECHEA, *op. cit.*, pág. 58; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 208 de la primera edición.

[1108] Circular de 17 de julio de 1920, del Fiscal del Tribunal Supremo, que se basaría explícitamente en este artículo 26.3, como resalta GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, C. Bermejo Impresor, 8ª ed., Madrid, 1943, pág. 104. *Vid*. también, CORDERO TORRES, J. M.ª, *El Consejo de Estado, su trayectoria y perspectivas en España*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, pág. 209, incluso señala jurisprudencia del Tribunal Supremo –sentencias de 15 de junio de 1926 y de 7 de mayo de 1917–, sobre los «reglamentos provisionales» dictados sobre la base de este precepto, permitiéndoles así esquivar la declaración de nulidad de la disposición en cuestión «con la muy peligrosa argumentación sobre la extensión de las facultades del *Poder ejecutivo*»; tipos de normas que –sin tildar de reglamentos de necesidad– critica (*vid*. pág. 211). La cursiva es del autor. Por lo demás, la ausencia de intervención del Consejo de Estado como trámite previo a la aprobación de estas disposiciones será una constante en los siglos posteriores. Y ello hasta el punto de que –como veremos más adelante– la jurisprudencia reciente ha subrayado la omisión de este trámite en la producción de «reglamentos de necesidad», no conlleva su nulidad de pleno derecho.

recepción definitiva de esta figura en nuestro país, junto con las reflexiones doctrinales que, sobre ella, venían aparejadas.

Los receptores españoles de la institución que nos ocupa hicieron indistinto uso de las expresiones «reglamento de necesidad» y «ordenanza de necesidad». En efecto, la idea de ordenanza (*Verordnung*, *ordinanza*), tiene un carácter más amplio, como *toda actuación del Ejecutivo*. Es decir, no sólo aquella de contenido normativo, sino también cualesquiera otras actuaciones. La cuestión es más importante de lo que *a priori* puede parecer. En el Derecho alemán decimonónico, la institución indicada se conectaba a las «cláusulas generales» presentes en las Constituciones germánicas, permitiendo, sobre la base de aquéllas, dictarse «todas las medidas necesarias» para hacer frente a una situación excepcional. Tales medidas podían adoptar diversas formas jurídicas, claro está, y no únicamente aquellas de cariz reglamentario.

Es por ello que la traducción de *Notverordnung* por «reglamento de necesidad» plantea importantísimos problemas que todavía no se han resuelto en nuestro país: implica que los productos de las cláusulas generales que tengan contenido normativo sean los únicos a los que se les pueda tildar de «reglamentos de necesidad», como se dilucida de la jurisprudencia actual de nuestros tribunales[1109].

La segunda adaptación que encontramos en esta época es la relativa al brocardo latino *contra legem* que a menudo acompaña a la figura del reglamento de necesidad, siendo importante destacar que el propio VON STEIN en ningún momento hace uso de tal expresión. De ahí que tampoco la recojan ROYO VILLANOVA, GASCÓN Y MARÍN, o FERNÁNDEZ DE VELASCO. Parece corresponder al Padre GÜENECHEA el dudoso mérito de adjetivar a los reglamentos independientes y a los de necesidad con las expresiones de *praeter* y *contra legem*, respectivamente[1110]; muy probablemente por influjo de la literatura jurídica italiana –donde estas expresiones estaban sobradamente extendidas y

[1109] Al efecto, *vid*. *infra*, los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte. Es paradigmático el caso italiano, en donde la expresión se traduce por la de «ordenanza», de ahí que al conectarse con sus cláusulas generales (*potere di ordinanza*) no se planteen problemas: la ordenanza podrá, o no, tener contenido normativo, según los casos.

[1110] GÜENECHEA, *op*. *cit*., págs. 55 y 60 y ss. de la segunda edición, no utilizando los brocardos latinos en la primera de 1910. Por otro lado, tampoco parece hacer uso de la expresión *secundum legem* para hacer referencia a los reglamentos ejecutivos, por lo que –también muy probablemente– ésta se deba a ÁLVAREZ GENDÍN o a GARCÍA OVIEDO ya en los años veinte.

el Profesor de Deusto conocía a la perfección[1111]– así como por su formación jesuita, que, como se sabe, incidía especialmente en el estudio de las lenguas clásicas[1112].

Seguramente, este ejercicio respondía, de nuevo, a un intento de adaptar la figura de los reglamentos de necesidad a nuestro sistema jurídico. En el Derecho alemán, el *Notverordnung* aparecía previsto en los textos constitucionales decimonónicos, por lo que terminaba por dictarse sobre la base de una habilitación concreta, sin perjuicio de que –en el despliegue de su eficacia y al menos en apariencia– terminase por suspender la normativa vigente. No era, entonces, una actuación genuinamente *contra la Ley*, sino más bien habilitada por ella o por la Constitución. Esta situación no se daba en España. La rigidez de nuestro marco constitucional y de la ausencia de previsión de tales «cláusulas generales» en éste provocaba que, en la práctica, se acabasen realizando actuaciones sin autorización legal o constitucional y que, directamente, contradecían lo dispuesto en las Leyes: de ahí que la expresión *contra legem* fuese a tener tanto éxito en nuestro país.

Como ya se habrá notado, del *Notverordnung* alemán al «reglamento de necesidad» *contra legem* español distaba un largo trecho. La figura germánica se había deformado para que las piezas del puzle encajaran en nuestro ordenamiento. Estas dos adaptaciones lingüísticas o terminológicas iban a traer consigo una nutrida confusión que terminaría por arrastrarse hasta nuestros días[1113].

B).- LOS TIPOS DE REGLAMENTOS DE NECESIDAD SEGÚN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Los esfuerzos de adaptación de la figura del *Notverordnung* germánico a nuestro país no sólo se iban a centrar en lo terminológico, sino que, también, se iba a producir una categorización interna de la figura para lograr una plena recepción. En efecto, el recurso a este instrumento se realizaba para dar explicación a los reglamentos dictados sin habilitación legal alguna. De ahí que –de forma tácita, eso sí– se pueda encontrar en estos primeros receptores del reglamento de necesidad una subdivisión interna: aquellos que están «previstos» en las normas, por un lado, y aquellos «imprevistos», al ser emitidos sin base jurídica (constitucional o legal). Ambos tipos de normas responden al

[1111] NIETO, *op. cit.*, pág. 61, dice que «nadie entre nosotros ha estudiado con mayor atención a los autores extranjeros que el Padre Güenechea»; afirmación nada exagerada y que puede confirmarse con un mero vistazo a su obra, en la que proliferan citas a autores franceses, ingleses, italianos y alemanes.
[1112] Me refiero al «plan de estudios» oficial o *Ratio Studiorum*, iniciado en 1559.
[1113] Me remito, de nuevo, a los dos últimos capítulos de esta segunda parte.

mismo principio: en casos extraordinarios los poderes públicos deben dictar «todas las medidas que sean necesarias», esté o no tal potestad recogida en el ordenamiento, quedando ello justificado por cuestiones de necesidad o supervivencia de las instituciones[1114].

La literatura jurídica de la época nos va a ofrecer ejemplos de ambos tipos. Así, respecto de los previstos, tanto ROYO como GÜENECHEA se refieren a la Carta francesa de 1814[1115], haciendo lo propio GASCÓN respecto de las referencias existentes en las Constituciones germánicas de la época[1116]. Este último autor va más allá, al subrayar que hay supuestos excepcionales en los que se prevé la cesación de la eficacia de ciertas normas legales patrias «como sucede en materia arancelaria y en materia sanitaria (situaciones anormales), y el Gobierno está autorizado por la ley misma a suspender ciertos de sus preceptos»[1117].

FERNÁNDEZ DE VELASCO es todavía más claro, al recordar que existe un tipo de ordenanzas de necesidad que «por la misma definición, se encuentran a veces previstas en las leyes; por ejemplo, la suspensión de las garantías constitucionales, previstas en el artículo 17 de la Constitución; las medidas sanitarias que los Gobernadores deben

[1114] Dice GÜENECHEA, *op. cit.*, pág. 61, que todos estos reglamentos u ordenanzas de necesidad –tanto los previstos como los imprevistos– tienen un difícil encaje, que provoca que los constitucionalistas hablen «con bastante imprecisión de los reglamentos de *necesidad contra legem*» puesto que «no es fácil compaginar con su teoría este que se califica de usurpación del poder ejecutivo, el cual en ciertas situaciones anormales (de epidemia, de guerra, terremotos, etc.), se atreve hasta suspender o derogar una ley por un simple decreto o reglamento», si bien «en sanos principios, la explicación de este proceder no ofrece gran dificultad; porque en casos de verdadera necesidad pública en que las leyes vigentes resulten *dañosas* (cuando son de derecho positivo humano) cesan de obligar, *contraríe*, como se expresan los moralistas». La cursiva es suya. En sentido similar ROYO VILLANOVA, *Principios...* (*cit.*), págs. 75-76; *Elementos...* (*cit.*), pág. 44, advierte que «esta clase de disposiciones acusan una interrupción en la vida normal del Estado, y si, en cuanto al contenido, pueden afectar a la materia administrativa, en la forma envuelven una grave cuestión política, pues no menos implican que la intrusión del Ejecutivo en las funciones legislativas»; y, también, GASCÓN Y MARÍN, *op. cit.*, págs. 130-131, que subraya como la duda respecto a los reglamentos «llamados de necesidad o derogatorios de la ley (...) desaparece ante la simple observación de los hechos, que muestran cómo tales ordenanzas existen en todos los países en determinadas épocas y que obedecen a ciertos motivos que son análogos a los que justifican la existencia de las ordenanzas administrativas en sentido estricto».

[1115] ROYO VILLANOVA, *Principios...* (*cit.*), pág. 76; *Elementos...* (*cit.*), pág. 44; GÜENECHEA, *op. cit.*, pág. 61. Ambos autores recuerdan que fue una interpretación del artículo 14 de la Carta la que permitió su uso en 1830 y provocó la caída de la Monarquía.

[1116] GASCÓN Y MARÍN, *op. cit.*, pág.131, por su parte, se refiere a las Constituciones de Prusia, Wurtemberg, Baden y Austria al hablar de los reglamentos de necesidad, aunque subraya que tales textos permitían dictar «decretos con fuerza de ley» pero sin poder alterar aquéllos.

[1117] GASCÓN Y MARÍN, *op. cit.*, pág. 132. Es evidente –dada la fecha de la obra– que se refiere al artículo 66 de la Ley de Administración y contabilidad de 1911 de la Hacienda Pública, así como –muy probablemente– a los poderes locales de necesidad en materia de epidemias y, a nivel estatal, a lo previsto en la Instrucción General de Sanidad de 1904 y disposiciones complementarias. Esta reflexión del autor, tal vez, es la referencia más antigua que encontramos en nuestra literatura jurídica respecto a encajar los reglamentos de necesidad como productos normativos de una cláusula general de necesidad.

adoptar en caso de epidemia, según el artículo 23 de la ley Provincial; las disposiciones contenidas en el capítulo V de la ley de Contabilidad, según lo que dispone en su artículo 66, etc.»[1118].

Por su parte, y en relación con los reglamentos de necesidad *no previstos*, se ejemplifica la cuestión con el Estatuto Albertino de 1865, que prohibía expresamente la posibilidad de realizar este tipo de actuaciones[1119]. En España, a la luz de la Constitución de 1876, la situación era similar, lo que no impedía la proliferación de este tipo de reglamentos.

Es ROYO VILLANOVA quien nos ofrece ejemplos de estos reglamentos u ordenanzas dictados en casos de necesidad y sin habilitación legal o constitucional previa: el reglamento de Sanidad exterior de 26 de octubre de 1899, que «derogó la legislación vigente anticipándose a la ley nueva, porque el peligro de la peste bubónica no daba lugar a esperar a que el Parlamento se reuniese y terminara la discusión del proyecto sometido a su aprobación»; y el Real Decreto de 3 de marzo de 1898, que «derogó o suspendió la aplicación de una ley (la arancelaria) para facilitar la entrada de trigos extranjeros y resolver el conflicto de las subsistencias, ocasionado por la subida de pan»[1120].

En posteriores ediciones de sus *Elementos de Derecho Administrativo* indica también que «son típicas en este respecto las disposiciones dictadas por el Gobierno a consecuencia de la guerra europea y de las cuales dio cuenta a las Cortes», indicando como ejemplos el Real Decreto de 22 de septiembre de 1914, que autorizaba al Ministro de Hacienda para «disponer lo necesario» para el funcionamiento inmediato del depósito franco en el puerto de Cádiz; o la Real Orden de 3 de agosto de 1914, relativa a la forma de efectuarse el pago de los derechos de Aduanas por importación y

[1118] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, 1ª ed., págs. 246-247. El artículo 66 de la Ley de 1 de julio, de 1911, de Administración y contabilidad de la Hacienda Pública, rezaba de la siguiente forma: «En casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, podrá suspenderse por Real decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado, y dando después cuenta a las Cortes, la observancia de las disposiciones contenidas en este capítulo para la contratación de servicios perentorios y urgentes del Ejército y de la Marina, cuando no sea posible cumplirlas sino imposibilitando o entorpeciendo su movimiento»; capítulo V que llevaba por rúbrica «De la contratación de servicios y obras públicas».
[1119] ROYO VILLANOVA, *Principios...* (*cit.*), pág. 76; *Elementos...* (*cit.*), pág. 44; GÜENECHEA, *op. cit.*, pág. 61. En la práctica las actuaciones ilegales o *contra legem* del Ejecutivo fueron tan comunes en este país que Santi ROMANO llegaría a construir su teoría de la necesidad como fuente del Derecho en 1909. Sobre esto *vid. supra*, el capítulo cuarto de la primera parte de esta obra, relativo al Derecho italiano.
[1120] ROYO VILLANOVA, *Principios...* (*cit.*), pág. 76-77, nota 1; *Elementos...* (*cit.*), pág. 44, nota 3.

exportación de mercancías[11211122]. Además, añade también, que «pueden citarse como normas que sólo pueden estimarse con efecto jurídico, incluyéndolas en la categoría de Ordenanzas de necesidad, el Real decreto de 3 de abril de 1919 acerca de la jornada de ocho horas como máximum legal, y el Real decreto de 21 de junio de 1920 sobre regulación de alquileres de vivienda»[1123].

Ahora bien, como se ha demostrado anteriormente, esta era una práctica tremendamente extendida durante el siglo XIX; centuria en la que encontramos muchos más ejemplos. Y, en fin, parece que podía decirse lo mismo respecto de principios del siglo XX: como dice GÜENECHEA «en España los reglamentos de *necesidad*, derogativos de las leyes, se publican con una desaprensión e impunidad escandalosos»[1124].

En sentido similar ROYO VILLANOVA criticó esta situación, destacando que «aun admitida esta necesidad de derogar leyes por disposiciones administrativas, en lo cual ha de procederse con mucha parsimonia, hay que reconocer que en España no hemos logrado establecer en la práctica el verdadero deslinde entre la potestad reglamentaria y el Poder legislativo; y convertida la Administración en obra casi exclusiva del Ejecutivo, vivimos bajo una Constitución democrática (?) que nos entrega a una Administración despótica»[1125].

[1121] ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1915, pág. 49, nota 1. Indica algunas disposiciones más, todas de 1914, que prohibían la salida al extranjero de determinadas materias primas y energéticas –así Real Orden también de 3 de agosto de 1914, respecto de los carbones nacionales, oro y plata en moneda, ganados, trigos, maíz, etc.; o la Real Orden de 6 de agosto del mismo año, que prohibía la exportación de carnes frescas y saladas de todas clases y de las aves vivas y muertas–; o que suspendían determinados derechos de arancel (Real Orden de 15 de agosto de 1914); o, en fin, que imponían la exención de ciertos impuestos (Real Orden de 1 de septiembre de 1914, sobre impuestos de transporte, cabotaje, minerales de hierro que se conduzcan en gabarras a remolque desde los embarcaderos a las fábricas); y un largo etcétera. En ulteriores ediciones consultadas –*v.gr*., *Elementos...* (*cit*.), Tomo I, 9ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1926, págs. 45-46– no sólo no incluyen nuevos ejemplos, sino que las referencias concretas a los reglamentos de 1914 aparecen suprimidas, pese a que sí realiza una indicación genérica de que medidas de esta índole se tomaron por motivo de la guerra.

[1122] Todos estos ejemplos son seguidos por GASCÓN Y MARÍN, *op*. *cit*., pág. 132; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op*. *cit*., pág. 246; y, en fin, GÜENECHEA, *op*. *cit*., pág. 61, que añade que son también comunes «en materias de Hacienda con los créditos extraordinarios y suplementos de créditos y en las de enseñanza» y que «en otros países se deploran análogas intrusiones». La referencia al artículo 23 de la Ley provincial ha de entenderse hecha a la norma de 1882 que –como hemos advertido *supra*– habilitaba para dictar «las medidas que estime convenientes».

[1123] GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo* (*cit*.), 8ª ed., 1943, pág. 104.

[1124] GÜENECHEA, *op*. *cit*., pág. 61. De nuevo, la cursiva es del autor.

[1125] ROYO VILLANOVA, *Principios...* (*cit*.), pág. 76-77, nota 1; *Elementos...* (*cit*.), 1ª ed., pág. 44-45, nota 3. Para el autor, son manifestaciones de este «despotismo administrativo»: el «sistema de autorizaciones» utilizado por el Gobierno «para vencer estorbos parlamentarios, arrancando a las Cortes por un abuso de

En definitiva, nuestros administrativistas, tratando de acomodar la figura de los reglamentos u ordenanzas de necesidad alemanas al sistema español, terminan por estirar su concepto hasta hacerlo compatible con nuestro Derecho. Para ello llegan a desarrollar una figura inexistente –o al menos no tan extendida– en el ordenamiento germánico: los reglamentos de necesidad «imprevistos», esto es, aquellos dictados sin previsión legal o constitucional, sin más sustento que la necesidad misma; reglamentos que coexistirán con los «previstos» por la normativa vigente[1126].

C).- LOS CONTRAPESOS AL REGLAMENTO DE NECESIDAD

La recepción de la doctrina del reglamento de necesidad en nuestro país se produjo, fundamentalmente, con el objeto de dar una explicación a la extendida costumbre de dictar reglamentos sin habilitación alguna. Pero, muy probablemente, también se realizó con otra finalidad: poder establecer requisitos o límites a esta reprochable práctica. Es así como la iuspublicística patria –ya por entonces sobradamente conocedora de teorías y autores extranjeros– se lanzaría a exigir el cumplimiento efectivo del presupuesto habilitante (situación extraordinaria) para hacer uso de estos reglamentos, así como remarcaría la temporalidad de estas actuaciones y, *por ende*, la claudicación de su eficacia al término de la desaparición del contexto de necesidad.

Se hace así eco GASCÓN de la doctrina de VON STEIN, recordando que éste «demanda para la admisión de la conveniencia de tales ordenanzas de necesidad que respondan a un verdadero aprecio como fundamento de la medida a dictar, que a tal necesidad no pueda proveerse sino suspendiendo temporalmente la ejecución de determinada ley y que la duración de tal suspensión no sea mayor de la que

mayoría, una verdadera abdicación de la potestad legislativa en manos del Ejecutivo»; «el abuso de los créditos extraordinarios decretados a espaldas de las Cortes»; y, claro está, «el escandaloso desenfado con que se deroga leyes por Reales Decretos o por Reales Ordenes, o se regula por disposiciones ministeriales gravísimos asuntos que son de competencia del legislador (ejemplo deplorable de esta corruptela es lo que está pasando hace años con las reformas en la enseñanza».

[1126] Aunque es cierto que una porción minoritaria de la doctrina alemana llegó a justificar la posibilidad de dictar estos reglamentos únicamente sobre la base del «estado de necesidad» (*Notstand*) –así SPIEGEL o GLATZER–, no fue esta la dinámica general, puesto que se entendía que el reconocimiento constitucional de esta figura era precisamente un perfeccionamiento o racionalización jurídica del *Staatsnotrecht* tradicional, por el que se podía actuar para salvar el Estado sin habilitación previa (*vid*., el capítulo segundo de la primera parte de este trabajo). La cuestión –como ha podido comprobarse en el capítulo tercero de la primera parte de esta obra, especialmente en los apartados III.3 y IV– tuvo distinto recorrido en el Derecho francés; ordenamiento en el que también se hará uso de la expresión germánica y será utilizada por algunos autores para explicar las actuaciones ilegales realizadas por los poderes públicos especialmente con motivo de la Primera Guerra Mundial y que, en fin, terminarán por desembocar en la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales.

verdaderamente requiera la necesidad misma»[1127]. En sentido similar se erige la reflexión de GÜENECHEA, que subraya que «la ley que no es para el bien común carece de base y deja de ser ley; si las circunstancias normales desaparecen, la ley suspendida recobrará su vigor»[1128].

Ahora bien, la eficacia claudicante en el tiempo no parecía ni suficiente, ni acorde con la realidad –en la que muchas de estas actuaciones se insertaban en el mundo jurídico con cierta vocación de permanencia–, lo que explica que ya ROYO VILLANOVA recurra a la institución inglesa de las leyes de indemnidad, subrayando que «en todos los países suele dictar el Poder Ejecutivo disposiciones derogatorias de las leyes, a reserva de una aprobación póstuma del Parlamento con el nombre de bill de indemnidad (tácito o expreso)»[1129].

La referencia a las «leyes de indemnidad» se repite en el resto de autores[1130], siendo entendible en la época. Y es que la proliferación de reglamentos ilegales por el Ejecutivo –dictados no siempre en casos de necesidad, dicho sea de paso– forzaba a nuestra literatura jurídica a buscar una solución dentro del marco constitucional existente y, claro está, lo único que podía dulcificar una situación manifiestamente inconstitucional como la indicada era la de una intervención parlamentaria posterior, que convalidase tales actuaciones[1131]. Más aún en un contexto en el que estas actuaciones eran habituales y no existían visos de cambio en el horizonte.

4.- LA DISTINCIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD DE OTRAS FIGURAS DE DERECHO EXCEPCIONAL

Para finalizar la exposición de este periodo considero imprescindible remarcar la nitidez con la que la doctrina de la época distinguía los reglamentos u ordenanzas de

[1127] GASCÓN Y MARÍN, *op. cit.*, págs. 130-131.
[1128] GÜENECHEA, *op. cit.*, pág. 61. La cursiva es suya.
[1129] ROYO VILLANOVA, *Principios...* (*cit.*), pág. 76; *Elementos...* (*cit.*), 1ª ed., pág. 44.
[1130] GÜENECHEA, *op. cit.*, pág. 61, dice que las Cámaras deberán luego examinar «las circunstancias pasadas y averiguar si el poder ejecutivo obró en fuerza de aquellas o solamente por una caprichosa arbitrariedad, para, en su vista, aprobar o condenar la conducta observada. Cuando las Cortes dan por bien adoptadas esas medidas ratificándolas, se dice que votan un *bill* de indemnidad o que dan un voto de confianza. Estas clases de *bill* son frecuentes en Inglaterra».
[1131] Ahora bien, las leyes de exoneración o indemnidad no se prodigaron tanto como en otros ordenamientos jurídicos, como ha podido advertirse previamente (*vid.*, no obstante, la Ley de 10 de enero de 1877). Idéntica situación nos encontramos en la Francia de la época, donde no siempre terminaron por convalidarse estas actuaciones. De ahí que distintos autores –como DUGUIT– admitiendo la existencia de «reglamentos de necesidad» dictados sin habilitación legal alguna, tratarían de dulcificar su existencia con una convalidación legal posterior. Sobre esto último, *vid.*, el punto IV.1.B) del capítulo tercero de la primera parte de esta obra.

necesidad de los Decretos leyes. Esta diferenciación se realizaba a la luz de una –también muy discutible– tradición constitucional por la que los Gobiernos provisionales dictaban reglamentos que hacían las veces de puras Leyes, manteniéndose estables en el tiempo y en el ordenamiento[1132].

Para estos autores de principios de siglo la diferencia entre una y otra figura radicaba, fundamentalmente, en su rango normativo. En efecto, entendían que los Decretos leyes gozaban de fuerza legal, dictándose en situaciones de interinidad entre revoluciones o cambios de régimen constitucional[1133], pero con cierta vocación de permanencia al no dictarse por motivos de urgencia o riesgo; rango legal que, además, podía obtenerse –entendían– también en un momento ulterior, como consecuencia de la intervención de las Cámaras. Por su parte, los reglamentos de necesidad ostentaban –entendía la literatura jurídica– la condición de mera disposición administrativa, dirigida a hacer frente a situaciones extraordinarias e imprevistas, suspendiendo si es necesario la legislación vigente mientras dure la situación de necesidad, bien porque esté prevista su emisión en tales casos por las normas (Constituciones o Leyes), bien porque no lo esté, pero siendo preciso dictarlos de igual modo.

Esta claridad inicial no durará mucho. La consolidación de los Decretos leyes durante la segunda mitad de la década de los veinte en toda Europa –y especialmente en España bajo Primo de Rivera– provocará una marcada confusión entre ambas figuras,

[1132] Sobre esto, *vid*. *supra*, el epígrafe anterior, siendo una constante durante todo el siglo XIX español.

[1133] GASCÓN Y MARTÍN, *op. cit*., pág. 149, quien dedica a los Decretos leyes un epígrafe diferenciado del de los reglamentos de necesidad. De hecho, se refiere a estos Decretos leyes como un instituto que reviste «una nueva forma de dictar normas generales con fuerza obligatoria» y que hay que «evitar confundirlos con las ordenanzas de urgencia, con las que pueden ser equiparados en algún caso, ya que tienen de común el suponer intrusión del Poder ejecutivo en función propia del legislativo, si bien en ciertos casos, de las de urgencia, se podría, mediante la reunión del Parlamento, ejercer la función legislativa en el punto concreto en que por la urgencia actúa las más de las veces el Gobierno y los decretos leyes parecen corresponder a momentos, a épocas, en que, por alteración constitucional, por anormalidad política, se dictan por el ejecutivo disposiciones, a las que se da fuerza de ley, sobre materias que eran objeto de ellas». Añade que «a estos decretos, llamados decretos-leyes, unas veces por asentimiento de los mismos poderes públicos, normalizados posteriormente al momento en que fueron dictados, otras con el reconocimiento de la legalidad del Gobierno de hecho por los Tribunales, al aplicar tales decretos-leyes, se les ha reconocido fuerza obligatoria». En sentido prácticamente idéntico FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit*., 1ª ed., pág. 246, distingue las figuras con contundencia, entendiendo ambos como «casos excepcionales» y subrayando dice que los Decretos leyes se producen «en periodos anormales de la vida constitucional de un Estado, golpes de Estado, revolución, intromisión del órgano ejecutivo en las funciones del legislativo» y que, en tales circunstancias, se dictan «decretos antilegales», que después «por asentimiento de los mismos poderes públicos, al aplicarlas contra las leyes, se las ha otorgado fuerza obligatoria»; o, en fin, también GÜENECHEA, *op. cit*., pág. 59, para quien los Decretos leyes serían «decretos ilegales publicados en épocas de cambios de gobierno o de trastornos» que «se convierten luego por la aprobación subsiguiente en decretos-leyes. En España son memorables, varios reglamentos del tiempo de la revolución y de la república, para minas, instrucción, etc.».

elevando las primeras normas a categoría de Derecho extraordinario, a la que se adherirán otras instituciones de Derecho de necesidad, como enseguida veremos.

De hecho, FERNÁNDEZ DE VELASCO –ya en 1920–, se adelanta parcialmente a la confusión que estaba por llegar. Inmediatamente después de distinguir entre las ordenanzas de necesidad y los Decretos leyes, añade, en relación con las primeras, que «este *tipo* de normas se han aplicado mucho durante la guerra europea con el nombre de *plenos poderes*, autorizados en Italia, Inglaterra, etc.». Y no sólo eso, sino que lo ejemplifica con la Ley italiana de 20 de mayo de 1915, que autorizaba al Gobierno en medio de la guerra para «adoptar decisiones con fuerza de Ley»[1134]. Además, no debemos olvidar que es este administrativista el que también cataloga los instrumentos de suspensión de garantías o de orden público como reglamentos de necesidad, aludiendo al artículo 17 de la Constitución de 1876[1135]. Es decir, que con este autor comienza a cernirse la oscuridad sobre nuestra figura objeto de estudio, entremezclándose con el resto de instituciones de Derecho de excepción y de necesidad[1136].

Así las cosas, en el lapso de veinte años se había recogido en nuestro país la doctrina de las ordenanzas o reglamentos de necesidad para explicar la situación de los reglamentos ilegales (ROYO VILLANOVA), se les había adjudicado la expresión *contra legem* (GÜENECHEA) y, en fin, se habían comenzado a diluir en otros instrumentos de necesidad como la declaración de los estados excepcionales o las Leyes de habilitación (FERNÁNDEZ DE VELASCO); siendo esta última realidad un mero prolegómeno de la confusión que terminaría por sufrir con los Decretos leyes en los años venideros.

III.- LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA BAJO EL DIRECTORIO DE PRIMO DE RIVERA

El Golpe de Estado de Primo de Rivera, perpetrado el 13 de septiembre de 1923, supondrá la creación de un nuevo régimen jurídico al margen de la Constitución de

[1134] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 247. La cursiva es del autor.
[1135] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 246. *Vid*., también, *supra*.
[1136] Se ha de advertir que esta confusión se puede ver también en algún autor alemán de principios del siglo XX (HANSEL), que –tratando de diferenciar entre reglamentos de necesidad «generales» o «auténticos» de otros «especiales»– adjudicaría la expresión de reglamento de necesidad a habilitaciones concretas al Ejecutivo para realizar actuaciones extraordinarias, incluida la suspensión de garantías (ej. artículo 111 de la Constitución prusiana de 1850). Ahora bien, la doctrina mayoritaria no compartiría esta opinión (LABAND, SPIEGEL, HUBER); a la que, en ocasiones, le darían otra terminología (ej. JELLINEK para referirse a estas suspensiones de preceptos constitucionales habla de «reglamentos de excepción», *Ausnahmeverordnungen*, pero no de reglamentos de necesidad). Sobre esto, *vid*. *supra*, el capítulo segundo de la primera parte de esta obra, especialmente el apartado I.

1876. El texto seguiría formalmente vigente, si bien quedará suspendido *de facto* como consecuencia de la atribución de plenos poderes a un Directorio militar que ejercería sus poderes, en teoría, durante el periodo transitorio de tres meses. Este lapso temporal –contando el periodo 1925-1930; relativo al Directorio civil– terminó por convertirse en siete años[1137].

Durante esos años –y partiendo de las bases sentadas por los juristas de principios de siglo– se produce una evolución del «reglamento de necesidad»; transitándose desde su concepción como disposiciones ilegales –pero precisas para afrontar una situación excepcional– hacia su reclusión en las Leyes. En otras palabras: se busca dotarle de una configuración jurídica compatible con el orden legal y constitucional.

Ello se hace desde la literatura jurídica, que insistirá en su reconducción a las habilitaciones legales, autorizatorias para emitir este tipo de reglamentos. Y, en fin, desde el plano del Derecho (cuasi) positivo, en los anteproyectos de Primo de Rivera de 1929, que reconocerán –como hecho aislado en toda nuestra Historia jurídica– la posibilidad al Gobierno de dictar tales disposiciones, previendo, incluso, promulgarlos como Decretos leyes. Todas estas aportaciones tienen una importancia de primer orden: con ellas se sientan las bases del reglamento de necesidad entendido en sentido moderno, esto es, como producto de una cláusula general de habilitación reconocida en la Ley y para situaciones extraordinarias.

1.- RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO

A los dos días del Golpe –el 15 de septiembre de 1923– se produce el desplazamiento definitivo de la Constitución de 1876 con la publicación de tres Reales Decretos. El primero declara disuelto el Congreso de los Diputados y la porción electiva del Senado, el segundo suspende las garantías constitucionales en todo el territorio nacional y el tercero reestructura el Poder Ejecutivo[1138].

[1137] SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español...* (*cit.*), pág. 461. El propio General Primo de Rivera concibió el pronunciamiento como un verdadero Gobierno transitorio, necesario para confrontar los peligros que asolaban la Nación, y del que habría de retornarse ulteriormente a la normalidad constitucional.
[1138] FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), pág. 111.

Así, la configuración del Poder Ejecutivo y del Legislativo se vería profundamente alterada, especialmente con el último de los Reales Decretos citados[1139]. Y es que su artículo 1º indicaba que: «Se confiere al Teniente general D. Miguel Primo de Rivera y Orbaneja, Marqués de Estella, el cargo de Presidente del Directorio militar encargado de la gobernación del Estado, con poderes para proponerme *cuantos Decretos convengan a la salud pública, los que tendrán fuerza de ley*, ínterin en su día no sean modificados por leyes aprobadas por las Cortes del Reino y sometidas a Mi Real sanción»[1140].

La referencia a la «salud pública» no es circunstancial. Evoca el tradicional adagio latino *salus publica lex suprema esto* y, claro está, la idea de la dictadura comisoria romana[1141]. Pretende así transmitir una idea de transitoriedad. Ahora bien, la expresión también tiene otra significación importante: la idea de «salud pública» es mucho más amplia que las tradicionales categorías utilizadas en las habilitaciones generales del siglo XIX y principios del XX.

No se habla de «seguridad pública», ni de «orden público», ni, en fin, de cualesquiera otras situaciones que –de un modo u otro– supeditaban la intervención de los Jefes de Estado (Monarcas; Presidentes) a una situación de peligro para actuar. Tampoco se explicita que hayan de utilizarse tales poderes en situaciones de necesidad. En efecto, la dicción del precepto es pausada y tranquila. Con él se transmite que estamos ante una situación extraordinaria –lo que justifica la atribución normativa–, pero al mismo tiempo que la actuación puede desbordar las situaciones de estricta necesidad y rápida actuación.

Con tal indeterminación se da carta de naturaleza a una radical transformación del modo de emisión de normas jurídicas. Y es que, como ha destacado SANTAMARÍA PASTOR, «el Decreto-Ley no desempeñaba una función análoga a la que cumple en otros sistemas europeos; no es una forma de legislación gubernamental excepcional, que

[1139] Real Decreto de 15 de septiembre de 1923, confiriendo a D. Miguel Primo de Rivera la Presidencia del Directorio militar y suprimiendo el Consejo de Ministros.

[1140] Se ha dicho que con esta norma se incorpora, de forma definitiva, la técnica del Decreto ley a nuestro sistema normativo. Así, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), págs. 631-632.

[1141] No es casualidad que se haya tildado a esta primera época de «dictadura comisarial» –en el más puro sentido schmittiano– que, paulatinamente, tratará de transitar hacia otra de corte «soberano». Sobre esto último, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit*.), págs. 113 y ss. *In extenso*, *vid*. GARCÍA CANALES, M., *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

coexista con la legislación parlamentaria, sino la única modalidad de normas con rango de ley, dada la suspensión de facto que del órgano legislativo se produce en este periodo»[1142].

Esto supone que –en la práctica– no pueda hablarse de relaciones entre Ley y reglamento en sentido clásico. La dinámica se mantiene durante todo el periodo, pese al tránsito hacia el denominado Directorio civil –a través de Real Decreto de 3 de diciembre de 1925– y la creación de la Asamblea Nacional; órgano que, pese a su denominación, no ejercería funciones legiferantes *stricto sensu*. Y es que su norma de creación –el Real Decreto ley de 12 de septiembre de 1927– dejaba claro en su exposición que éste «no ha de ser el Parlamento, no legislará, no compartirá soberanías; pero por encargo del Gobierno y aun por iniciativas propias colaborará en su obra»[1143]. Su función era, meramente, de preparación de normas; disposiciones que estarían llamadas a tomar el relevo al Directorio.

De entre estas, destaca –en lo que aquí interesa– el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929. Pese a que no llegó a entrar en vigor, su importancia teórica es fundamental, en tanto en cuanto –se ha dicho entre nosotros– constituye una excepción al modelo tradicional de relaciones entre Ley y reglamento de nuestra historia constitucional[1144].

Al efecto, su Título VI regula las Cortes del Reino, que «estarán constituidas por un solo Cuerpo legislador» (artículo 54), manteniéndose la iniciativa respecto de las Leyes en «el Rey y las Cortes» (artículo 62)[1145], y –aquí es donde difiere de nuestro

[1142] SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 632. En sentido similar, FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, pág. 112, indica que «desaparece el Poder Legislativo constitucional, siendo sustituido por un Ejecutivo que legisla contra lo que dispone la Constitución». No sólo se paralizaba el Legislativo, sino que también se constreñían fuertemente las posibilidades de control por parte del Judicial: el Real Decreto de 14 de octubre de 1926 facultaba al Consejo de Ministros para la suspensión de sentencias de la Sala III del Tribunal Supremo, así como de los tribunales provinciales contencioso-administrativos.

[1143] La Asamblea es producto de la recepción en nuestro país de las ideas antiparlamentarias de la época, inspiradas por los principios de tipo orgánico y corporativo. Sobre el tema, ESTEVE PARDO, J., *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 39 y ss., especialmente 42 y ss.

[1144] Junto con el Proyecto de 1852, claro está. Al efecto, GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit.*), pág. 39.

[1145] Salvo «las referentes a política exterior y concordataria, defensa nacional o reforma constitucional, y las que impliquen rebaja de las contribuciones o aumento de los gastos públicos», pues éstas «serán de exclusiva iniciativa del Rey con su Gobierno responsable». Esto colocaba la iniciativa legislativa «no en los órganos propiamente legisladores, sino en el poder ejecutivo, en el Gobierno», como recuerda MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español», en *Revista de Administración Pública*, número 26, mayo/agosto 1958, pág. 27.

modelo histórico– estableciéndose un sistema de reserva de Ley para determinadas materias enumeradas en al artículo 63. Por su parte, el artículo 70 sitúa al Rey como «jefe supremo del poder ejecutivo», y, al efecto, le atribuye un poder reglamentario ejecutivo y –esto es lo interesante– también otro de carácter independiente, al adjudicarle la facultad implantar «normas obligatorias sobre materias no reservadas a la Constitución a la exclusiva competencia legislativa» (artículo 70.5º). Todo ello se complementaba con un artículo 53 que –como veremos más adelante– reconocía la potestad del Gobierno de dictar disposiciones con rango de Ley bajo situaciones extraordinarias.

Como puede extraerse de lo indicado, la nitidez conceptual entre Ley y reglamento es digna de encomio[1146]; alcanzando su cénit con la regulación que realizará el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo en los artículos 44 y siguientes, como veremos más detenidamente en un momento posterior.

2.- El encaje del Derecho de necesidad

La situación del Derecho de necesidad durante la época es, ciertamente, singular. Por un lado, porque estamos en el marco de una Dictadura en la que, hemos visto, se habilitaba al Presidente del Directorio para dictar todos aquellos Decretos con fuerza de Ley que se estimasen necesarios para la salud pública. Y, por otro porque, pese a lo indicado, la normativa de Derecho de excepción seguía todavía vigente[1147].

Y es que, pese a que a través de la técnica del Decreto ley se pudiese actuar en cualquier área o esfera jurídica, no se producirá un cambio en lo concerniente al orden público. Como ha precisado Ballbé se da en esta época «una continuidad en las técnicas jurídicas y aparatos de represión; aunque evidentemente ahora ésta alcanzará cotas muy superiores a las del régimen precedente»[1148]. Es decir, que la Ley de Orden Público de 1870 no sólo se mantenía, sino que se aplicaba también en la práctica[1149];

[1146] Gallego Anabitarte, *op. cit.*, pág. 40, ha llegado incluso a decir que «*la obra constitucional de Primo de Rivera sí que tenía una concepción clara y definitiva de Ley y Reglamento*». La cursiva es suya.
[1147] Sobre las disposiciones de excepción dictadas en esta época, *vid*. Fernández Segado, *op. cit.*, págs. 111 y ss.
[1148] Ballbé, *Orden público y militarismo en la España constitucional...* (*cit.*), pág. 306.
[1149] Ballbé, *Orden público...* (*cit.*), págs. 312 y ss., recuerda también que, pese al levantamiento del estado de guerra el 17 de mayo de 1925, se siguen manteniendo la suspensión de garantías constitucionales «aunque todo ello es una mera ficción jurídica, pues los principios que emanan de dicho estado excepcional están implantados aun levantándose el régimen marcial». Posteriormente se volvió a declarar el estado de guerra, así el 5 de septiembre de 1926, quedando sin efecto sólo dos días después. Además, es destacable el Real Decreto de 25 de diciembre de 1925, que, en palabras del autor, se erige

perpetuando así nuestra tradicional *summa divisio* del Derecho de necesidad: las alteraciones político-sociales (*v. gr*., «orden público») se mantenían enclaustradas en estados excepcionales (Derecho de excepción), mientras que el resto de situaciones de crisis se confrontarían separadamente, a través de las Leyes especiales de policía y de seguridad pública.

Ahora bien, respecto de estas últimas había una innovación clara en esta época: la posibilidad de dictar Reales Decretos con fuerza de Ley suponía dotar de cobertura a los reglamentos ilegales dictados ante situaciones extraordinarias[1150], siendo ejemplos claros el Real Decreto de 4 de noviembre de 1923 que faculta al Directorio para regular los precios de las sustancias alimenticias de primera necesidad y artículos de consumo indispensable con carácter urgente[1151], o el Decreto Ley de 25 de febrero de 1927, por el que se suspende el tráfico fluvial en los ríos Tinto, Odiel y Aniocoba y se habilitaba al Ministro de Fomento para realizar las obras necesarias al efecto[1152].

Además de esta situación, es especialmente destacable el avance que se produce en la materia –y en esta época– en el ámbito local. Como hemos precisado, a lo largo de nuestro siglo XIX, las normas reguladoras de tal régimen atribuían potestades de necesidad a favor de las autoridades de municipios y provincias para actuar ante situaciones extraordinarias, bien por medio de medidas nominadas o típicas (como en aguas), o bien –con carácter más excepcional– a través de cláusulas generales.

como «auténtico eje vertebrador del estado de guerra –aunque formalmente no proclamado– y en el que se daban amplias atribuciones a los tribunales militares».

[1150] Cobertura no sólo respecto de la emisión de Decretos leyes, sino también en otras normas que se habían publicado con carácter previo. Es clara al efecto la Real Orden de 20 de noviembre de 1926, que prohíbe la importación de ganados, pieles y demás materias contumaces procedentes de Yugoslavia; prohibición que realiza sobre la base del artículo 7 de la Ley de epizootias –en conexión con otros preceptos de su reglamento–, y no de forma ilegal como tradicionalmente se producía en nuestro país. En sentido similar, *vid*., también, la Real Orden de 14 de junio de 1926, que prohíbe la importación de ganado porcino procedente de Portugal.

[1151] La exposición de motivos de la norma reconoce cómo esta materia tradicionalmente se reguló por la Ley de 11 de noviembre de 1916, que facultó al Gobierno para actuar extraordinariamente –Ley que, por cierto, GARCÍA OVIEDO señala como habilitante para dictar reglamentos de necesidad–. La norma fue prorrogada sucesivamente hasta el 11 de noviembre de 1922, si bien, a fecha del Real Decreto, no existe norma alguna que habilite para actuar, de ahí que con el Decreto ley «se trata de facilitar, mediante el empleo de medidas excepcionales, inmediatas actuaciones, que demandan la conveniencia y paz públicas», creando al efecto no sólo autorizaciones, sino también organismos *ad hoc* para regular los precios.

[1152] De nuevo, es la propia exposición de motivos la que nos da la clave, señalando que «la acción corrosiva de las aguas de los ríos (...) ha venido atacando de tal modo a toda clase de materiales que constituyen los puentes establecidos en dichos ríos», de ahí que «la urgencia que uno y otro procedimiento reclaman no permite acudir al procedimiento de redacción y aprobación de proyectos, de los que el de consolidación de apoyos no puede fundarse más que en datos aproximados y en contingencias que no es posible prever».

En este marco decimonónico, el Alcalde se hallaba prácticamente inerme –al menos jurídicamente– ante situaciones excepcionales, recayendo la mayor parte de estos poderes de necesidad en el Gobernador civil; único al que se atribuían habilitaciones generales y, exclusivamente, para combatir enfermedades infecciosas. Esta última línea se mantiene en el Estatuto Provincial de 21 de marzo de 1925, cuyo artículo 42 indicaba que: «El Gobernador velará muy especialmente por el exacto cumplimiento de las leyes sanitarias e higiénicas, adoptando en casos necesarios, bajo su responsabilidad y con toda premura, *las medidas que estime convenientes* para preservar la salud pública de epidemias, enfermedades contagiosas, focos de infección y otros riesgos análogos, dando cuenta inmediatamente al Gobierno».

Sin embargo, la situación de los Alcaldes en este punto se va a modificar *a radice* con la publicación del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924. Su artículo 193 establece a su favor –por vez primera en la Historia de nuestra normativa de régimen local– la clásica habilitación general para situaciones de necesidad, indicando que: «En caso de gravedad extraordinaria, producida por epidemia, trastorno grande de orden público, guerra, inundación o cualquier otro accidente de análoga entidad, los Alcaldes podrán adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad más estrecha, *las medidas que juzguen inaplazables*, y deberán reunirse sin demora la Comisión municipal permanente. Esta, a su vez, si la trascendencia de la medida lo aconsejare, convocará al Ayuntamiento pleno a sesión extraordinaria»[1153].

Con este precepto se configuran unas potestades de necesidad plenas, aplicables a todas las situaciones de crisis imaginables; potestades que van mucho más allá de las que jamás tuvieron los Gobernadores civiles en nuestro país y, claro está, los propios Alcaldes[1154]. Se establece, en definitiva, unos poderes similares a los atribuidos a los Monarcas germánicos decimonónicos (*Notverordnungen*), configurando al municipio

[1153] En materia de epidemias y demás cuestiones sanitarias, téngase en cuenta también las previsiones del Reglamento municipal de sanidad, aprobado por Real Decreto de 9 de febrero de 1925.

[1154] La normativa del siglo XIX atribuía a los Alcaldes la competencia genérica del mantenimiento del orden público, aunque siempre en calidad de representante del poder estatal en el municipio, y sin establecer cláusulas generales de habilitación como la aquí presente. Esto implicaba que, aunque en ocasiones se viese obligado a actuar, las características de estas medidas adoptadas no tenían un pleno respaldo legal; dado que cuando la normativa quería efectivamente atribuir una habilitación general, así lo hacía explícitamente. Sobre esto, *vid*., los epígrafes I y II del presente capítulo, así como BOQUERA OLIVER, *op*. *cit*., pág. 193, que recuerda que este precepto «eleva a norma general lo que ya algunas disposiciones especiales establecían: la competencia del Alcalde para actuar personal, inmediata y discrecionalmente cuando surja un accidente de gravedad extraordinaria, advirtiéndole de que será responsable de las medidas que adopte».

como un Estado en miniatura[1155]. Esto, obviamente, responde a los principios autonomistas del municipalismo romántico que inspira la norma[1156].

Se produce entonces una unificación de los modelos de Derecho de necesidad en el plano municipal: su advertida división –desgajado entre orden público y otras calamidades no subsumibles en aquél– queda pulverizada; quedando sus poderes de necesidad homogeneizados en una habilitación general a favor del Alcalde. Esto es más que evidente de la dicción del precepto: las medidas pueden desarrollarse tanto para casos de «trastorno grande de orden público» y de «guerra», como respecto de «epidemias», «inundaciones» o de «cualquier otro accidente de análoga entidad»[1157].

Por último, es especialmente destacable la normativa anteproyectada de 1929, esto es, tanto el texto constitucional como las Leyes Orgánicas que le acompañaban. En ellas se recoge un verdadero arsenal frente a situaciones de crisis: reglamentos de necesidad; Leyes de habilitación; y, en fin, estados excepcionales, cuya regulación sería ulteriormente pormenorizada por una *non nata* Ley de Orden Público (Anteproyecto de Ley Orgánica de Orden Público); anteproyecto que, por cierto, mantenía el foco en las alteraciones político-sociales, dejando fuera otros peligros o calamidades[1158]. A todas estas previsiones nos vamos a referir enseguida.

[1155] Esta habilitación se mantendrá en la Ley republicana de 1935, en la legislación de régimen local franquista y, en fin, llegará hasta nuestros días en términos muy similares a la normativa vigente de régimen local. No es de extrañar que la literatura jurídica –tanto tradicional como presente– suela ver en estos poderes del Alcalde la autorización por excelencia para dictar reglamentos de necesidad.

[1156] Sobre Calvo Sotelo, esta corriente y, en general, el Estatuto, es fundamental GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (Pres.), *Cincuentacentenario del Estatuto Municipal. Estudios conmemorativos*, 1ª ed., Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1975, especialmente los artículos de JORDANA DE POZAS, L., «Significación del Estatuto en la Historia del Municipalismo Español», págs. 11 y ss.; de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN, C., «El autor y la obra», págs. 33 y ss.; y, en fin, CARRO MARTÍNEZ, A., «Las claves políticas de la autonomía municipal en el Estatuto de Calvo Sotelo», págs. 149 y ss. Por lo demás, el reconocimiento de estos poderes tenía su sentido. La ampliación competencial de los municipios –así como su desarrollo poblacional y los nuevos retos del siglo XX– implicaban un mayor ámbito de actuación, que debía de verse correspondido con unos –también mayores– poderes de necesidad: a más competencias, más posibilidades de enfrentarse a situaciones excepcionales.

[1157] Se ha de tener en cuenta que este poder general se combinaba con los presentes en la Ley de Orden Público de 1870; así como con la legislación especial de policía que hemos visto en los epígrafes precedentes del presente capítulo. Aunque, claro está, con una habilitación general como la que aquí se glosa, las previsiones de estas normas –especialmente las de policía– terminaban por tornarse superfluas.

[1158] Puede consultarse íntegramente en la web del Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones-Serie histórica, Legislatura 1927-1929, julio de 1929, apéndice sexto al número 48 (de 1 a 6). Este anteproyecto permitía suspender derechos fundamentales –en congruencia con los artículos 31 y 72 de su texto– en dos estados excepcionales diferenciados: el «estado de prevención y alarma», de carácter civil; y el «estado de guerra», de carácter militar. Al efecto, subraya FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit*., págs. 116 y ss., que un somero vistazo a esta norma permite ver una gran similitud con la Ley de Orden Público de 1870, hasta el punto de que algunos de los preceptos de la anterior fueron literalmente copiados en el anteproyecto. La diferencia más fundamental radica en la declaración de ambos estados. En efecto, el «prevención y

3.- LAS TRANSFORMACIONES DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD

Tras la abrupta recepción de la doctrina del reglamento de necesidad por los autores de principios de siglo –cuya única finalidad era justificar la presencia de reglamentos ilegales en nuestro país– la figura va a evolucionar en los años veinte, dándose los primeros pasos hacia el encaje moderno de la institución. Ello lo hace, en primer término, de la mano de la literatura jurídica, que –con motivo de los reglamentos de necesidad «legales» o previstos en las Leyes– acertará a entrever algunos de sus problemas aún hoy existentes. Y, en fin, en segundo punto, también a través de los anteproyectos de 1929, que establecerían una nítida delimitación de la figura que nos ocupa con otras instituciones del Derecho de necesidad.

A).- EN LA LITERATURA JURÍDICA

El contexto constitucional imperante bajo el Directorio militar, así como la reciente experiencia de la Primera Guerra Mundial y sus consecuencias –que trajeron consigo múltiples y novedosos instrumentos de Derecho de necesidad– terminará por configurar la concepción del «reglamento de necesidad» en este periodo.

Así, la doctrina de los años veinte se resiste a abandonar la división tripartita de los reglamentos y, con ellos, los indicados «de necesidad». Esto puede verse en los receptores de la figura en España: FERNÁNDEZ DE VELASCO[1159], ROYO VILLANOVA[1160] y GASCÓN Y MARÍN[1161]. Estos autores no innovan respecto de lo indicado en las ediciones precedentes de sus obras[1162]. Por otro lado, los administrativistas recién llegados a la escena iuspublicista recogerán el testigo de la citada doctrina del «reglamento de

alarma» exigía un mero acuerdo del Consejo de Ministros para la declaración y suspensión de derechos (artículos 1 y 2 del Anteproyecto de la Ley de Orden Público), lo que contrastaba con la exigencia de Ley para la suspensión de garantías de la Ley de Orden Público de 1870 –aunque, es cierto, desde la Constitución de 1876 podía postergarse la intervención de las Cortes a un momento posterior en casos extraordinarios (artículo 17). Por su parte, las autoridades militares gozaban de un mayor protagonismo en la declaración del «estado de guerra» bajo el modelo *non nato* de 1929, dado que la Ley de Orden Público de 1870 atribuía la decisión a la autoridad civil.

[1159] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración* (*cit.*). Tomo I, págs. 53 y ss.; 83 y ss. Recuérdese que esta 2ª edición data de 1930.

[1160] ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 9ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1926, págs. 41 y ss.

[1161] GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Imprenta Clásica Española, Madrid, 1929, págs. 107 y ss.

[1162] Por lo demás, ha de destacarse que la última edición del GÜENECHEA es de 1915, por lo que desconocemos su posición respecto de esta figura bajo la Dictadura de Primo de Rivera.

necesidad», siendo claros los casos de ÁLVAREZ GENDÍN[1163], GARCÍA OVIEDO[1164], o –con alguna especialidad– JORDANA DE POZAS[1165]. Estos autores no sólo admiten la trilogía de VON STEIN, sino que utilizan –con la salvedad de JORDANA– las expresiones latinas de *secundum*, *praeter* y *contra legem*.

Todos ellos mantienen además la configuración tradicional: son reglamentos de necesidad en nuestro país aquellos reglamentos dictados por el Gobierno sin habilitación legal alguna y por cuestiones excepcionales, teniendo, en definitiva, marcado carácter temporal –mientras dure la situación que les dio origen– así como *ilegal*. Ahora bien, la existencia de nuevos instrumentos de Derecho de necesidad en el ordenamiento patrio y comparado va a nublar, parcialmente, esta inicial concepción.

Por un lado, la confusión comienza a cernirse respecto de los Decretos leyes. Y es que mientras para ÁLVAREZ GENDÍN los reglamentos de necesidad se convierten en los anteriores como consecuencia de su convalidación parlamentaria (a través de Ley de indemnidad)[1166]; para GARCÍA OVIEDO sólo pueden entenderse como Decretos leyes aquellos que son en origen tales, siendo su rango directamente atribuido al Poder Ejecutivo, como es el caso de la previsión presente en el Real Decreto de 15 de septiembre 1923 a favor de Primo de Rivera[1167]. Esta segunda concepción era claramente más ajustada con la realidad del momento.

[1163] ÁLVAREZ GENDÍN, S., *Teoría general de las fuentes de Derecho. Consideración especial de las de Derecho Público*, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1925, pág. 124. No puede ser más claro al indicar que «los reglamentos también pueden clasificarse conforme a la ley (*secundum legem*), fuera de ley (*praeter legem*) y contra ley (*contra legem*)» La cursiva es del autor.

[1164] GARCÍA OVIEDO, C., *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Imprenta y Librería de Eulogio de las Heras, Sevilla, 1927, págs. 129 y ss. y 142 y ss. Insiste el autor que en que «ninguna clasificación es tan clara como la señalada por Stein», distinguiendo entre *secundum*, *praeter* y *contra legem*.

[1165] JORDANA DE POZAS, L., *Oposiciones al Cuerpo de Secretarios de Ayuntamiento (Primera categoría). Contestaciones al Cuestionario del Ejercicio teórico*, Tomo II: Derecho Administrativo, 1ª ed., Librería General de V. Suárez, Madrid, 1924, págs. 29 ss., indicando que «se entiende por ordenanza o Reglamento de necesidad la que, ante un caso de fuerza mayor, natural o social, suspende la ejecución de una ley existente o impone a los particulares deberes y obligaciones que no están establecidos por ninguna ley». Además, distingue el autor entre reglamentos ejecutivos, independientes, delegados y de necesidad.

[1166] ÁLVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, pág. 126, subraya que «los reglamentos *contra legem*, como su misma expresión indica, son los dictados contraponiendo las leyes o suspendiendo las mismas sin validez alguna, pues las leyes sólo se derogan por otras. No obstante, estos reglamentos suelen prevalecer en periodos de epidemia, revolución o durante una guerra; en suma, en casos extraordinarios, siendo generalmente confirmados por el Parlamento (*bill* de indemnidad), recibiendo entonces la denominación de *decretos leyes*». La cursiva es del autor.

[1167] GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, pág. 143 (1927), indica que «los reglamentos de necesidad son aquellas disposiciones que por graves causas naturales (una epidemia, una inundación) o sociales (guerra, trastornos interiores), suspenden la aplicación de una ley o imponen especiales obligaciones a los administrados». Esta definición la glosa indicando que: «los decretos de necesidad, al ser ratificados por

Por su parte, también parece existir cierto debate respecto de los reglamentos dictados sobre la base de una Ley de habilitación. En este punto ÁLVAREZ GENDÍN prefiere hablar de «decretos de urgencia»[1168]; expresión que –de forma confusa– luego vuelve a utilizar para aludir a los reglamentos de necesidad[1169]. Por su parte, GARCÍA OVIEDO establece una delimitación extraordinariamente nítida, digna de encomio para su época, entre reglamentos de necesidad y estos reglamentos «autorizados» por la Ley; siendo esto un verdadero progreso conceptual[1170]. Por lo demás, es importante destacar que no sólo se mantiene la categorización de los tipos de reglamentos de necesidad –en el sentido ya iniciado por los autores de principios de siglo[1171]–, sino que este autor llega a distinguir entre ordenanzas de necesidad dictadas al margen de toda habilitación legal, a las que adjetiva de «propias»[1172], y, en fin, aquellas a las que una Ley autoriza expresamente para suspender las Leyes vigentes, catalogándolas como «impropias»[1173].

el Parlamento, se convierten en leyes. No deben confundirse estos decretos con los decretos leyes propiamente dichos, o sea, las disposiciones que en circunstancias excepcionales dicta el Poder ejecutivo convertido en legislador. Los decretos de necesidad no son *formalmente* leyes hasta que el Parlamento los ratifica. Los otros lo son desde un primer instante, por la propia suspensión de las funciones legislativas del Parlamento y traspaso de estas funciones al Poder ejecutivo»; añadiendo que esta última es la situación existente en España desde el Real Decreto de 15 de septiembre de 1923. Más confusa es la posición de JORDANA DE POZAS, *Oposiciones al Cuerpo…* (*cit.*), pág. 32, quien, tras aludir a los reglamentos de necesidad, hace referencia al indicado Real Decreto de 1923 y a sus Decretos leyes, aunque no parece realizar una equiparación definitiva entre ambas figuras.

[1168] ÁLVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, pág. 127, destacando que «durante la guerra europea en muchas naciones beligerantes se dictaron decretos de urgencia», poniendo como ejemplo la Ley italiana de autorización, de 20 de mayo de 1915.

[1169] *Vid.* ÁLVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, pág. 146, que proclama: «sólo en casos extraordinarios, cuando se presume que no hay opinión en contra o la voluntad nacional lo exija, pueden decretarse reglamentos contra legem, con todas las garantías necesarias y cuando del Parlamento nada se pueda obtener. Así en España el reglamento de sanidad exterior de 26 de octubre de 1895 [ejemplo que da ROYO VILLANOVA de reglamento de necesidad] derogó la legislación a la sazón vigente; porque no se iba a esperar que la peste bubónica invadiera el territorio mientras el Parlamento se reuniese, discutiese y aprobase el proyecto a él sometido, sin perjuicio de su aprobación posterior por las Cortes; son los decretos de urgencia que dicen los italianos, fundamentándolos Cammeo en los principios generales del Derecho y en la costumbre».

[1170] GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, págs. 143-144. Indica que la habilitación «puede ser general –que es rara– (plenos poderes en caso de guerra) o especial (reorganización de organismos locales, concesión de un ferrocarril o de una obra pública, reservada por ley al Parlamento...)», añadiendo que «estos reglamentos son de naturaleza semejante a los de necesidad, pues entrañan una intromisión del Poder ejecutivo en esferas y facultades constitucional o consuetudinariamente reservadas al Poder legislativo. De aquí que muchos autores lo confundan con ellos. Sin embargo, hay una diferencia: el reglamento delegado es un reglamento *autorizado* por el Poder legislativo, mientras que en el de *necesidad* en estricto sentido, la autorización falta y el Poder ejecutivo procede espontáneamente». La cursiva es del autor. Por otro lado, también defiende la necesidad de sanar el reglamento de necesidad a través de una Ley de indemnidad, aunque sin hablar de Decretos leyes (*op. cit.*, pág. 145).

[1171] Recordemos que distinguían entre aquellos modelos que preveían esta figura –singularmente, países de tradición germana– y aquellos que no –tales como Francia o Inglaterra–. La diferenciación se mantiene en esta época en GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, págs. 146-147; así como también en JORDANA DE POZAS, *Oposiciones al Cuerpo…* (*cit.*), pág. 30, en cuanto afirma que el uso de estos reglamentos «no suele admitirse expresamente en las Constituciones».

[1172] GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, págs. 153 y ss., dándonos ejemplos similares a los de ROYO VILLANOVA, y destacando que «respecto a las ordenanzas de necesidad, propiamente dichas, en ningún país como en el

Se insiste así en la posibilidad –advertida por los autores de principios de siglo– de dictar reglamentos de necesidad no de carácter «ilegal», sino con fundamento en una Ley que habilita el despliegue de una eficacia excepcional, aunque en algún caso se confundan con los Decretos de suspensión de garantías[1174].

El avance sustancial en este sentido lo realiza ÁLVAREZ GENDÍN, quien acierta a destacar –criticando los ejemplos dados por FERNÁNDEZ DE VELASCO– cómo las emanaciones de muchas de estas habilitaciones legales no siempre van a configurarse como reglamentos, sino que –dada su eficacia jurídica– podrán entenderse en ocasiones como actos[1175]. En efecto, dice que muchos de ellos son más bien ejemplos de «resolución de urgencia»[1176], puesto que «en general, éstos son casos de autorización, no para poder disponer reglamentos de carácter general, *sino para poder dictar actos administrativos*, suspendiendo dichas leyes en ocasiones de urgencia»[1177].

También pone en duda el carácter *contra legem* de algunas de ellas, precisamente por su reconocimiento en una Ley. Y es que, subraya, con motivo de las habilitaciones generales para supuestos de epidemia de los Gobernadores, que éstos «pueden dictar disposiciones de carácter general para la provincia de su Gobierno; pero *sin que ello autorice a suspender las leyes u reglamentos, sean o no de sanidad, y mucho menos para modificar el orden jurídico*, si bien pueden emanar reglas praeter

nuestro se han prodigado tanto. El caso de leyes suspendidas o derogadas por simples preceptos administrativos ha sido en nuestro país moneda corriente. En pocas ocasiones la necesidad ha existido realmente. En la mayoría, ha sido pretexto para legislar a espaldas de las Cámaras. Pueden citarse entre otros casos el del Reglamento de sanidad exterior de 26 de octubre de 1899, que derogó la legislación establecida, para hacer frente de modo eficaz al peligro de la peste bubónica, oficialmente declarada aquel verano en Portugal; el Real Decreto de 3 de marzo, que suspendió la legislación arancelaria para facilitar la entrada de trigos extranjeros; el Real Decreto de 21 de junio de 1920 sobre arrendamiento de fincas urbanas, que en vano pretende su autor justificarlo en virtud de las autorizaciones de la ley de subsistencia, y las innumerables disposiciones administrativas que han derogado la ley de Instrucción pública de 1857».

[1173] GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, págs. 153 y 154. La autorización del Legislativo permite suspender las Leyes, dando como ejemplos el artículo 17 de la Constitución de 1876, que permitía suspender las garantías constitucionales; el artículo 66 de la Ley de contabilidad de la época, que habilitaba, a través de decreto, para su suspensión en caso de guerra, epidemia o revolución; o, en fin, la Ley de 16 de febrero de 1915, que permitía al Gobierno reducir o suprimir temporalmente derechos arancelarios de importación respecto de materias primas para circunstancias extraordinarias, y, en fin, la Ley de 11 de noviembre de 1916, de similares características.

[1174] Es el caso de JORDANA DE POZAS, *Oposiciones al Cuerpo…* (*cit.*), pág. 32, cuando recuerda que «[l]os Reglamentos de urgencia o de necesidad, solamente parecen aceptados en la Constitución para la suspensión de garantías estando cerradas las Cortes, pero han sido muy frecuentes».

[1175] ÁLVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, págs. 126 y ss.

[1176] Encaja aquí las referencias a la suspensión de garantías constitucionales estando cerradas las cortes y *ex* artículo 17 de la Constitución; la suspensión del capítulo V de contabilidad *ex* artículo 66 de la Ley de 1 de julio de 1911, de Contabilidad; y, en fin, las medidas sanitarias que los Gobernadores deben adoptar en caso de epidemia, según el artículo 23 de la ley provincial de 1882.

[1177] ÁLVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, págs. 126-127. La cursiva es mía.

legem; lo mismo decimos de los bandos que dicten las autoridades civiles y militares en los casos de suspensión de garantías y estado de guerra, respectivamente, y en conformidad a lo dispuesto en la ley de Orden público, principalmente en los arts, 35 y sgts. (Véase el Estatuto municipal, art. 193)»[1178].

En resumen, durante esta época se consolida en la doctrina la trilogía de VON STEIN, así como la utilización de los brocardos latinos para aludir a los tipos de reglamentos, al tiempo que comienza a confundirse la figura que nos ocupa con otras de Derecho de necesidad (Decretos leyes; reglamentos dictados sobre la base de Leyes de habilitación); situación a la que la literatura jurídica tratará de poner remedio. Y, en fin, se establecen tres avances fundamentales: la plena admisión de la existencia de reglamentos de necesidad «impropios» (GARCÍA OVIEDO), esto es, reconocidos por una Ley de autorización; las primeras dudas de su carácter *contra legem*, consecuencia precisamente de la admisión de la categoría anterior (ÁLVAREZ GENDÍN); y, por último, la advertencia de que el producto de tales habilitaciones no siempre será un reglamento, sino que de ella cabe dictar también actos administrativos, según la eficacia jurídica de la actuación realizada (de nuevo, ÁLVAREZ GENDÍN).

B).- EN LOS ANTEPROYECTOS DE 1929

A la situación de provisionalidad de la Dictadura se tratará de poner remedio con la creación de una Asamblea General y la redacción de un Anteproyecto de Constitución en 1929 que, no obstante, no llegaría a ver la luz[1179]. En este contexto, se proyectaron también multiplicidad de Leyes de desarrollo o complemento del futuro texto constitucional; borradores de normas que –pese a su carácter autoritario– gozaron de una elevada calidad técnica.

[1178] ÁLVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, págs. 126-127. La cursiva es mía. Recordemos que el artículo 193 del Estatuto Municipal –al que el autor alude de pasada– contiene la cláusula general de actuación a favor del Alcalde para casos extraordinarios. Por otro lado, no deja de ser interesante que indique que las habilitaciones legales permiten actuar *praeter legem*, es decir, al margen de la Ley, pero no *contra legem*. Esto puede tener sentido en tanto en cuanto el autor se percata de que tales actuaciones no se limitan a ejecutar la Ley (*secundum legem*) pero tampoco la contrarían (*contra legem*), por lo que, claro está, la solución restante es que sea la Ley la que autorice para actuar *fuera de las Leyes*; esto es, *praeter legem*.

[1179] El General Primo de Rivera cesa en enero de 1930, levantándose la suspensión de la Constitución de 1876 y abriéndose paso a un régimen de transición que trataba –se ha dicho entre nosotros– de crear «una especie de 'restauración' de la Restauración», así SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español...* (*cit.*), pág. 462. Como se sabe, esta remodelación del régimen no llegó a producirse, acelerándose los acontecimientos y desencadenando en la proclamación de la Segunda República Española en 1931.

La potestad reglamentaria se preveía en este Anteproyecto constitucional en dos preceptos. Por un lado, el artículo 70 reconocía la potestad reglamentaria de carácter ejecutivo e independiente. Ello se completaba con la previsión del artículo 53, que indicaba:

«También será necesario oír al Consejo del Reino, en materia legislativa:

1. Cuando en casos excepcionales y de extrema urgencia no sea posible, por la morosidad de las Cortes, sancionar una ley en tiempo hábil, y el Gobierno crea indispensable su promulgación, sin perjuicio de someterla posteriormente a nueva deliberación del órgano legislativo.

2. Cuando, por estar disueltas las Cortes y ser el caso, asimismo, excepcional y de urgencia, el Gobierno se creyere en la necesidad de adoptar reglas o disposiciones que, según la Constitución, deberían ser objeto de una ley.

Evacuada por el Consejo en pleno la consulta sobre la procedencia o improcedencia de su implantación, podrá el Gobierno promulgarlas por decreto, el cual quedará sin efecto a los dos meses de constituidas las nuevas Cortes, si en ese plazo no ha sido su texto aprobado por ellas y sancionado por el Rey como ley definitiva».

Esta proto-regulación constitucional tendría su desarrollo en la indicada legislación anteproyectada por la Asamblea Nacional, siendo especialmente destacable –en lo que a nosotros interesa– el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 1929. Esta norma establecía, en sus artículos 44 y siguientes[1180], una división de los tipos de reglamentos de claro regusto doctrinal patrio y, por tanto, del propio VON STEIN[1181]. En efecto, el artículo 44 indicaba que: «Con arreglo a lo dispuesto en el número 5.° del artículo 70 y en los números 1.º y 2.° del artículo 53 de la Constitución, el Poder ejecutivo podrá dictar reglamentos de las cuatro clases siguientes:

1.º Ejecutivos.

2.º Administrativos.

[1180] Estas referencias pueden verse en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español (*cit.*)», pág. 15.; así como SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 632. El texto puede consultarse íntegramente en la web del Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones-Serie histórica, Legislatura 1927-1929, julio de 1929, apéndice cuarto al número 48 (de 1 a 6).
[1181] En este sentido, también GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 41.

3.º De urgencia.

4.º De necesidad».

La categorización es clara: los reglamentos ejecutivos son aquellos que se refieren a la mera ejecución o desarrollo de la Ley, no pudiendo ir más allá (artículo 45)[1182]; mientras que los administrativos pretenden «la implantación de normas generales obligatorias» en ámbitos no explícitamente reservados a las Cortes (artículo 46[1183]). La distinción se completaba con el artículo 47, que indicaba que tanto los reglamentos ejecutivos como los administrativos «para ser válidos, deberán no infringir disposiciones establecidas por ley», exigiéndose, además, «dictamen del Consejo de Estado sobre la legalidad y contenido del reglamento» y «deliberación y acuerdo del Consejo de Ministros sobre los mismos particulares», tomando la forma de Real Decreto y, en fin, siendo obligatorios desde su publicación en la Gaceta.

No es de extrañar que se haya afirmado –respecto de la obra constitucional de Primo de Rivera– que estamos ante «el más alto grado y refinamiento técnico-jurídico sobre el poder normativo en la historia del constitucionalismo español»[1184].

Especial referencia precisan los reglamentos de urgencia y de necesidad –«dos formas de invasión del legislativo por el ejecutivo»[1185]– regulados por el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo con carácter diferenciado, coincidiendo estas dos categorías con las referencias que realiza el Anteproyecto constitucional en el artículo 53, apartados 1 y 2, respectivamente[1186]. Respecto de los primeros, indicaba el artículo 51 que «únicamente podrán dictarse por el Poder ejecutivo reglamentos de urgencia cuando en casos excepcionales no sea posible sancionar una ley en tiempo hábil, por

[1182] El artículo 45 tenía la siguiente dicción: «Los reglamentos ejecutivos contendrán las instrucciones generales necesarias para la ejecución de las leyes, el desarrollo de las autorizaciones concedidas por las Cortes y las reglas generales de organización de los servicios públicos, dentro de dichas leyes y autorizaciones».

[1183] De acuerdo con la dicción del artículo 46: «Revestirán el carácter de reglamentos administrativos todas las disposiciones del Poder ejecutivo que se propongan la implantación de normas generales obligatorias en materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa». Recuerda también GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 51, como J. GARCÍA LABELLA presentaba en 1926 su tesis doctoral, en la que defendía los «reglamentos fuera de la Ley», en sentido similar a los que aquí se glosan.

[1184] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 41.

[1185] En palabras de GARCÍA CANALES, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera* (*cit.*), pág. 359 y 303-304.

[1186] El Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo se remite al artículo 55 del Anteproyecto constitucional; lo que debe entenderse como una errata, dado que el artículo 44 –al enumerar los tipos de reglamentos– hace referencia al artículo 53 de Anteproyecto constitucional.

morosidad de las Cortes, y el Gobierno creyera indispensable promulgarlos, sin perjuicio de someter posteriormente el oportuno proyecto de ley a nueva deliberación del órgano legislativo». En cuanto a los segundos, el artículo 52 del Anteproyecto legal indicaba que «sólo podrán dictarse por el Poder Ejecutivo reglamentos de necesidad cuando, por estar disueltas las Cortes, y ser el caso excepcional, el Gobierno se creyese obligado a editar reglas o disposiciones que debieran ser objeto de una Ley».

Ya, por último, el artículo 53 del Anteproyecto legal realizaba una regulación conjunta de estas dos figuras, proclamando que:

«Los reglamentos de urgencia y de necesidad exigirán la consulta en pleno del Consejo del Reino, sobre la procedencia o improcedencia de su implantación. Evacuada dicha consulta, podrá el Gobierno promulgarlos, previo acuerdo del Consejo de Ministros, como Decretos leyes, y serán de obligada observancia desde su promulgación.

Quedarán sin efecto, si a los dos meses de constituidas las nuevas Cortes no hubiera sido su texto aprobado por ellas como ley definitiva»[1187].

Con la regulación de estos dos tipos de reglamentos se recoge entonces la doctrina patria que, desde principios de siglo, venía distinguiendo entre Decretos leyes y reglamentos de necesidad. Los primeros se corresponderían con lo que el Anteproyecto legal tilda de «reglamentos de urgencia», dando sustento legal –y constitucional– a la práctica de desarrollar normas por el Ejecutivo para suplir la actuación del Legislativo, cuando exista «urgencia» para ello, pero no una situación de peligro o amenaza a la seguridad. Es decir, un contexto en el que es preciso reglamentar una materia de forma rauda, no disponiéndose de tiempo para que sean las Cortes las que intervengan y emitan una Ley.

[1187] *Vid*., también, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Consejo del Reino de 1929 que reitera esta intervención del Alto Cuerpo Consultivo en su artículo 28, apartados 6º y 7º, para lo que, parece, coincide con los reglamentos de urgencia y de necesidad, respectivamente. En efecto, el artículo 28.6ª indica que éste debe «informar» –usa esta expresión y no la de «dictamen» (como en los otros dos supuestos)– respecto de «consultas del Gobierno sobre casos excepcionales y de extrema urgencia, cuando no sea posible sancionar una ley en tiempo hábil»; mientras que el 28.7ª dice que su intervención ha de producirse «cuando, por estar disueltas las Cortes o ser el caso asimismo excepcional y de urgencia, el Gobierno se creyere en la necesidad de adoptar reglas y disposiciones que, según la Constitución, deberán ser objeto de una Ley». De esta forma la intervención del Consejo es total en lo relativo a potestad reglamentaria, pronunciándose sobre todas sus manifestaciones.

Respecto de los segundos no hay cambio terminológico. Se alude a los «reglamentos de necesidad» en el sentido tradicional patrio: como aquellas normas dictadas ante una situación «excepcional», esto es, de «necesidad», que ahora iban a gozar de sustento jurídico[1188]. Y es que, efectivamente, parece que con esta previsión en el Anteproyecto legal –en conexión con el Anteproyecto constitucional– buscaba también terminar con la situación de abierta transgresión constitucional existente respecto de estas actuaciones[1189]. Por lo demás, el garantismo respecto su dictado –que, como se ha podido comprobar, se exigía que las Cortes estuvieran disueltas– responde, seguramente, a una reminiscencia de los *Notverordnungen* decimonónicos, teniendo probablemente algo que ver las discusiones que –por entonces– se planteaban respecto de los Decretos emitidos con fundamento en el artículo 48 de la Constitución de Weimar[1190].

En cualquier caso, la claridad entre ambas figuras es ciertamente avanzada para la época. Es también útil el uso de las nociones de «urgencia» y de «necesidad» para distinguir a unos y otros reglamentos; aunque su aplicación pueda ser discutida a la luz de algunas doctrinas más recientes[1191]. Pese a todo, la nitidez advertida no tardaría en perderse en los años venideros, recobrándose únicamente en tiempos recientes.

Además de esta cristalina diferenciación, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo –en conexión con el resto de normas anteproyectadas– fue capaz de distinguir los reglamentos de necesidad de otras dos figuras con las que se habían comenzado a confundir en tiempos recientes. Me refiero, claro está, a los decretos de

[1188] El artículo 52 no alude a nociones como la seguridad o el orden público, sino que se limita a exigir que el caso sea «excepcional». No sabemos si con tal indeterminación se quería dejar –más si cabe– abierto el presupuesto de hecho o si quería restarle la trascendencia que tenía en otros sistemas jurídicos, en los que se hablaba de situaciones de necesidad, grave peligro, etc. Por lo demás, este instrumento quedaba muy limitado: la exigencia de unas Cortes disueltas impedía su aplicación plena.

[1189] Téngase en cuenta que ni el Anteproyecto constitucional, ni el de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo tipifican las actuaciones a realizar sobre la base de estos reglamentos de necesidad por lo que ha de entenderse que caben «todas las medidas necesarias» en sentido idéntico al existente en las Monarquías germánicas decimonónicas.

[1190] En efecto, algunos autores como SCHMITT defendían –para así poder justificar el rango de Ley de los Decretos– que en el artículo 48 CW no se contenían los tradicionales *Notverordnungen*, puesto que éstos sólo se daban en casos en los que las Cortes no estaban reunidas o no podían reunirse. Sobre esto, *vid. supra*, el capítulo segundo de la primera parte de este trabajo, especialmente el apartado II.3.

[1191] ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 255 y ss., expone que la «urgencia es la necesidad cualificada por el factor tiempo»; y es que una medida «no será urgente si no es necesaria, pero una medida necesaria no tiene por qué ser forzosamente urgente cuando el peligro que afecta al fin a proteger por los Poderes Públicos no alcanza tal grado de inminencia que exija una intervención; intervención que, de realizarse según los plazos de actuación normales, no podría evitar la materialización del peligro».

suspensión de derechos o de declaración de estados excepcionales y a los reglamentos dictados con base en una Ley de habilitación. En efecto, ya el propio Anteproyecto constitucional deslindaba los reglamentos de necesidad de tales figuras: por un lado, el artículo 72.2º se refería a los decretos de suspensión de derechos[1192] –diferenciación en la que se insiste en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Consejo del Reino[1193] y en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Orden Público[1194]–; mientras que el artículo 64, párrafo 3º del Anteproyecto constitucional, se refería a las Leyes de habilitación, dotando a los reglamentos emanados sobre su base de fuerza de ley[1195]; hecho último muy probablemente incluido por influencia extranjera[1196].

Estamos, pues, ante uno de los puntos más álgidos de la delimitación entre reglamentos de necesidad y demás instituciones de excepción de nuestra Historia jurídica[1197]. El grado de nitidez conceptual entre las figuras citadas es extraordinario,

[1192] El precepto rezaba: «El Gobierno habrá de oír previamente al Consejo del Reino en pleno, o a su Comisión permanente, siempre que, *por decreto u otra disposición emanada de él*, haya de usar, en todo o en parte del territorio nacional, de esas facultades legales extraordinarias, cuando ellas impliquen suspensión o restricción de los derechos consignados en el Título III». Con esta referencia –en cursiva– se abría la puerta a otras manifestaciones del Poder Ejecutivo, singularmente el acuerdo del Consejo de Ministros, como veremos. La expresión se repite en el artículo 50.6 del Anteproyecto constitucional.

[1193] De nuevo, esta norma puede consultarse íntegramente en la web del Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones-Serie histórica, Legislatura 1927-1929, julio de 1929, apéndice segundo al número 48 (de 1 a 10). Esta norma establece en tres apartados diferenciados la intervención del Alto Cuerpo Consultivo respecto de la emisión de reglamentos de urgencia (artículo 28.6ª), de necesidad (artículo 28.7ª) –en ambos casos competencia del Pleno–, y, en fin, de un tercer grupo de actuaciones: «siempre que por decreto u otra disposición del Poder ejecutivo se haya de hacer uso, en todo o en parte del territorio nacional, de las facultades extraordinarias previstas en la ley de Orden Público» (artículo 29. 5º), atribuyendo, por cierto, esta última competencia a la Comisión Permanente.

[1194] Los artículos 1, 2, 3 y 5 hablan de un «acuerdo del Consejo de Ministros» para declarar el estado de prevención y alarma. Para la activación del estado de guerra, la norma alude a los tradicionales bandos (artículos 17 y siguientes).

[1195] El artículo disponía: «Las autorizaciones extraordinarias concedidas por razones de seguridad pública, o en casos de grave crisis nacional, *para dictar disposiciones con fuerza de ley o completar y suplir las existentes*, se limitarán, también, a los términos expresos de la misma autorización, y caducarán, igualmente, transcurrido que sea el plazo que las Cortes hubieren señalado». La atribución directa de fuerza de Ley a las disposiciones emanadas sobre su base termina, por otro lado, por descartar el hecho obvio de que tales normas son distintas de los reglamentos de necesidad. Esta técnica, tal vez, se proyectase para los supuestos a los que se refería el artículo adicional del Anteproyecto de Ley Orgánica de Orden Público, en cuanto disponía que: «La presente ley *no alcanza* a los casos de guerra extranjera ni de guerra civil formalmente declarada».

[1196] Recordemos al efecto las Leyes de habilitación (*Ermächtigungsgesetze*) dictadas en Alemania en esta época, respecto de las cuales la doctrina germana tildó a sus emanaciones de «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), dotándoles de rango legal. Al efecto, *vid*. *supra*, los puntos II.2 y II.3 del capítulo segundo de la primera parte de esta obra. De la misma eficacia jurídica se dota a las actuaciones realizadas sobre la base de las Leyes de habilitación francesas e italianas, así SANTAMARÍA PASTOR, *op*. *cit*., págs. 629 y ss.

[1197] Me refiero a la configuración de estas instituciones durante la época. La única cuestión que quedaba sin sistematizar en el esquema de instrumentos de Derecho de necesidad era la relativa a las actuaciones dictadas sobre la base de una cláusula general –a favor de autoridad estatal o local– que, como se sabe, la literatura jurídica incluyó –y sigue incluyendo– bajo la rúbrica de «reglamentos» u «ordenanzas» de necesidad.

más aún teniendo en cuenta que pasarían muchos años hasta que –ya no sólo en España, sino también en el Derecho comparado– fuese posible presenciar una claridad como la aquí expuesta.

C).- UN CAMBIO DE MENTALIDAD: HACIA LA EQUIPARACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD CON EL DECRETO LEY

Por último, en relación con las categorías de «reglamento de necesidad» y de «reglamento de urgencia» de la normativa anteproyectada, se ha de realizar una observación importante: aunque parezca obvio decirlo estamos ante *genuinos reglamentos*, como se dilucida de la letra del Anteproyecto constitucional y de las Leyes Orgánicas complementarias anteproyectadas. Tal es la forma jurídica con la que llegan al Consejo de Estado para que éste emita informe sobre ellos (*v. gr*., arts. 44, 51, 52 y 53 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; artículo 28.6º y 7º del Anteproyecto de Ley Orgánica del Consejo de Estado); siendo sólo en un momento posterior –«evacuada dicha consulta»– cuando «*podrá* el Gobierno promulgarlos, previo acuerdo del Consejo de Ministros, como decretos-leyes».

Es decir, que tanto los reglamentos de urgencia como los de necesidad *podían* ser promulgados como Decretos leyes; lo que implica, en interpretación *a contrario*, que su forma originaria es la reglamentaria y que sólo cuando así lo decida el Consejo de Ministros a través de acuerdo, adoptarán la forma de Decretos leyes. La indecisión por encajar la figura de los reglamentos de necesidad como verdaderas disposiciones reglamentarias o como Decretos leyes seguramente responda al debate doctrinal que se estaba extendiendo allende de nuestras fronteras respecto de esta figura, así como al existente en nuestra propia literatura jurídica.

En efecto, en Alemania Carl SCHMITT defendería en esta década que las emanaciones del artículo 48.2 CW no eran «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*) en sentido tradicional, sino más bien «reglamentos que representan a la Ley» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), con rango legal y carácter estable en el ordenamiento; situación que acabó por ser confirmada por los tribunales[1198]. Por su parte, en Italia se había dictado sólo tres años antes la Ley de 1926 que atribuía al *Duce*

[1198] Sobre el tema, *vid. supra*, el punto II.2 y 3 del capítulo segundo de la primera parte de esta obra.

la potestad de dictar Decretos leyes *stricto sensu*[1199]. Y, en fin, en Francia la figura del Decreto ley se consolidaría durante los años veinte, al tiempo que algunos autores en esta década recogerán la figura de los «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*) con carácter diferenciado a los anteriores para explicar las distintas actuaciones sin base constitucional –ni legal– y dictadas con motivo de la Primera Guerra Mundial[1200].

Sea como sea, esta contingencia abría la puerta para conectar directamente la figura de los reglamentos de necesidad con la de los Decretos leyes, acabando con la claridad existente en nuestra literatura jurídica respecto de su distinción. Con ello –unido a la posibilidad de los Anteproyectos de «transformar» los reglamentos de necesidad en normas con fuerza de Ley– se estaba, tácitamente, terminando por claudicar: la situación llevaría, indefectiblemente, a la equiparación de ambas figuras bajo la Constitución de 1931.

IV.- LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN LA SEGUNDA REPÚBLICA

La instauración de la Segunda República española supuso una quiebra del régimen preexistente; hecho que se manifestó en todas las aristas de la configuración del poder. Ello –como no podía ser de otro modo– incluiría también el de carácter normativo. En efecto, los constituyentes republicanos tratarían de colocar –de nuevo– a la Ley como centro del sistema, así como de reducir los poderes gubernativos a su mera ejecución o desarrollo.

La realidad, no obstante, fue otra muy distinta. El convulso periodo histórico que vivió la Constitución de 1931 llevó aparejado el recurso constante a los poderes de necesidad sitos en la propia Carta Magna y en las Leyes excepcionales vigentes. Bajo este marco se continuaría con la división de nuestro Derecho de necesidad en dos grandes bloques: normativa de «orden público» dirigida a apaciguar las alteraciones de

[1199] La expresión de *Decreto-legge* surge a finales del siglo XIX y principios del XX, para aludir a las actuaciones de necesidad dictadas por el Gobierno en contra de lo previsto en el Estatuto Albertino. La terminología se consolida con la publicación de la Ley de 31 de enero de 1926; conectándose desde pronto y únicamente a las actuaciones excepcionales del Gobierno en casos de urgencia. Ambas figuras –ordenanzas de necesidad y Decretos leyes– quedarían confundidas en la literatura jurídica hasta un conocido trabajo de GIANINNI en 1948. Sobre esto, *vid. supra*, el capítulo cuarto de la primera parte de este trabajo.

[1200] Me remito en este punto a los apartados III.3 y IV del capítulo tercero de la primera parte de este trabajo.

corte social o político; normativa de policía o seguridad pública orientada a confrontar las crisis originadas por los hechos de la naturaleza o conectados a ella.

Por ello, y pese al carácter vanguardista de los principios constitucionales indicados, puede hablarse de un cierto continuismo en lo relativo a la doctrina «reglamento de necesidad». Así, en los últimos años de la década precedente se había iniciado una paulatina equiparación de esta figura con las demás instituciones de crisis elaboradas al albur de la Gran Guerra y sus consecuencias; equiparación que –especialmente en lo que respecta a los Decretos leyes–terminaría por consolidarse en este periodo.

1.- LEY Y REGLAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1931

La Constitución de 1931 trataría de eliminar los rescoldos de la soberanía compartida entre el Rey y las Cámaras que, de un modo u otro, todavía se mantenían en la Constitución de 1876. De hecho, el propio ALCALÁ-ZAMORA llegó a defender que este excesivo parlamentarismo unicameral –así como el intento de reclusión del Jefe del Estado– sería uno de los desencadenantes fundamentales en la caída de la República[1201].

El reparto del poder normativo entre la Ley y el reglamento hace evidente esta situación. El artículo 51 de la Constitución indicaba contundentemente que: «La potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los Diputados». Esta referencia se complementaba con los artículos 61 y 80 del texto constitucional –relativos a las Leyes de delegación y a los Decretos leyes, respectivamente– que aludían a las «materias reservadas a la competencia de las Cortes», quedando esta expresión indeterminada al no enumerarse cuáles habían de ser éstas.

En este punto, defiende GALLEGO ANABITARTE, que, de un mero vistazo a la configuración de la potestad reglamentaria en la Constitución, puede verse como tales materias son *todas*, esto es, «ilimitadas e indefinidas». Ello lo justifica en la exigencia de autorización legal para poder regular materias sobre materias de Ley (artículo 61); en la configuración del artículo 79, que habilita al Presidente de la República –en calidad de Jefe de Estado– para dictar Decretos, reglamentos e instrucciones «para la ejecución

[1201] ALCALÁ-ZAMORA, N., *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1981 (reedición de la obra de 1936), págs. 133 y ss., remarcando la inexistencia del Senado como principal catalizador de ambos problemas.

de las leyes»; y, en fin, en la referencia del artículo 90 al ejercicio del poder reglamentario por parte del Consejo de Ministros. Así, entiende, el texto republicano sólo conocía una potestad reglamentaria de carácter *ejecutivo*; recordando que aquella de carácter *independiente* fue expresamente rechazada a través de una enmienda en las Cortes constituyentes de –paradójicamente– ROYO VILLANOVA[1202].

No obstante, también es cierto que la llegada de un nuevo texto constitucional, así como el escaso tiempo en el que estuvo vigente, propiciará que no exista una reflexión profunda y pausada sobre la potestad reglamentaria bajo aquél. La doctrina iuspublicista se centró fundamentalmente en analizar la nueva Constitución en términos amplios y, concretamente, la administrativista se limitó en muchos casos a una mera actualización acrítica de los manuales y tratados escritos bajo regímenes anteriores[1203].

Por lo demás, algunos autores recién llegados a la escena doctrinal –aunque recogiendo la trilogía de VON STEIN[1204]– eran conscientes de los avances teóricos que se estaban produciendo al respecto en otros países europeos[1205]; al tiempo que –y pese a la indicada posición de GALLEGO– juristas de enorme relevancia como PÉREZ SERRANO[1206]

[1202] GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), págs. 41 y ss., 51 y ss., indica que «no deja de tener ironía» que fuese el propio ROYO quien firmase una enmienda que indicaba que: «Los Diputados que suscriben, creyendo que la potestad reglamentaria debe mantenerse siempre dentro de los límites marcados por las leyes, lo cual explica que se llame al Poder que las ejecuta Poder ejecutivo, sin que sea lícito dar pretexto siquiera a que éste pueda salirse de la órbita marcada por la legislación, tienen el honor de proponer la siguiente enmienda (...)», solicitando en ella –y para ello– suprimir el inciso «para la buena marcha de la Administración». Puede consultarse en Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, apéndice 1º al núm. 64 (28 de octubre de 1931), en la página web del Congreso de los Diputados.

[1203] A diferencia del Derecho penal y el Derecho político, que sí experimentó una renovación, *vid*. MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español* (*cit*.), pág. 322-323.

[1204] Para GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., pág. 53, estas referencias doctrinales no hacían nada más «que confirmar el divorcio entre una doctrina y los supuestos de la Constitución vigente».

[1205] Es revelador al efecto el artículo de PÉREZ BOTIJA, E., «Sobre las modalidades de la potestad reglamentaria», en *Revista de Derecho Público*, núm. 53, mayo, 1936; núm., 54, junio, 1936. Se ha manejado el artículo recogido en la recopilación *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2016, especialmente págs. 274 y ss. El autor otorga poca importancia a la trilogía del jurista prusiano –la cita bajo la rúbrica de «Otras clasificaciones de la potestad reglamentaria»– sin entrar en cada una de sus categorías. En este escrito puede verse la recepción de distintas clasificaciones reglamentarias, de acuerdo con las corrientes europeas de la época (CARRÉ DE MALBERG, RANELLETTI, ANSCHÜTZ, etc.).

[1206] Son contundentes las palabras de PÉREZ SERRANO, N., «La Constitución Española (9 de diciembre de 1931)», en *Obras Escogidas de Nicolás Pérez Serrano*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2017 (obra publicada en 1932), pág. 268-269, quien –glosando el artículo 79– indicaba que «admitiendo nosotros desde luego el principio, básico hoy en Derecho público, de la legalidad de la Administración, es decir, la imposibilidad de ésta de rebasar el orden jurídico legislativamente establecido, y de infringir la Ley existente, entendemos que también el mundo jurídico tiene horror al vacío, y *que la potestad reglamentaria puede ejercitarse sin quebranto de dicho principio para regular las materias necesitadas de norma y en que la Ley no haya intervenido todavía*». La cursiva es mía.

–o, siguiendo al anterior, el propio ROYO VILLANOVA[1207]– defendieron la presencia de una potestad reglamentaria que excedía de la mera ejecución de la Ley[1208].

Más complejo fue el caso del reconocimiento –o no– de poderes normativos a favor del Presidente de la República, habida cuenta de la dificultad de distinguir si los poderes atribuidos al Jefe del Estado en el artículo 76 se otorgaban a éste con carácter autónomo o, en su caso, como extensión del Gobierno[1209]. Sea como sea, este reparto de poder entre el Presidente de la República y el Gobierno fue un verdadero quebradero de cabeza para los diputados republicanos, que tratarían de equilibrar sus atribuciones con las de los dos poderes clásicos (Legislativo y Ejecutivo)[1210].

El debate sobre tal «equilibrio» cristalizó en la discusión sobre los dos modelos posibles: un sistema presidencialista «fuerte» o weimariano –en el que el Jefe del Estado era elegido y legitimado plebiscitariamente– y otro de carácter débil –inspirado en el texto francés de 1875, donde era elegido parlamentariamente, careciendo de poderes reales–. Como ha señalado MENÉNDEZ REXACH la balanza terminó por

[1207] ROYO VILLANOVA, A., *La Constitución Española de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, 1ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1934, pág. 240-241, comentando precisamente este artículo 79, y añadiendo que «la misión del Poder ejecutivo es aplicar las suficiencias y suplir las deficiencias de la Ley».

[1208] *Vid*., también, GARCÍA LABELLA, J., *Derecho Político y Administrativo*, 1ª ed., Editorial Reus S.A., Madrid, 1935, págs. 108 y ss., que justifica la presencia de una potestad reglamentaria independiente, subrayando que dado que los artículos 61, 76.b) y c), así como el 80 de la Constitución permiten a la Administración dictar reglamentos en materias reservadas a las Cortes, esto hace que «implícitamente la autorizan sin aquellos requisitos para legislar en casos no reservados a la competencia de aquéllas».

[1209] Sobre el tema, TOMÁS VILLAROYA, J., «Presidente de la República y Gobierno: sus relaciones», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 31-32, 1983, págs. 71-100. Con carácter más reciente, un resumen en FIGUERUELO BURRIEZA, A., «La Presidencia de la República (arts. 67-85)», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, págs. 198 y ss.

[1210] La cuestión se planteó incluso antes de discutir la misma Constitución, como se extrae del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, 27 de julio de 1931 (Nº 9), págs. 160 y ss. En esta sesión, ROYO VILLANOVA y otros diputados presentaron una proposición de carácter urgente en la que pretendían que, tan pronto se terminasen de constituir las Cortes constituyentes se procediese a la elección de un Presidente de la República, habiendo de quedar sus funciones «en tanto no se apruebe la nueva Constitución», «limitadas al libre nombramiento y separación de los Ministros y a la expedición de los Decretos y Reglamentos *que sean necesarios para la ejecución de las leyes* (...)». La propuesta fue rechazada –con aplausos– tras la intervención de ALCALÁ-ZAMORA, lo que provocó que el propio ROYO intentase retirarla en pleno debate. El Presidente interino defendió una posición robusta del Jefe del Estado, señalando que la propuesta anterior llevaría a «cercenar las [facultades] del Gobierno, que puede llevarle decretos y *le reduce a una potestad reglamentaria delegada o de mero complemento*; es decir a una situación maniatada, inferior a la del Poder ejecutivo en régimen de Constitución normal»; añadiendo que: «con esas facultades, ¿se puede pedir por la Cámara que haya un Gobierno que responda del orden público, que afronte los problemas, que atienda las necesidades? ¿No se ha meditado queriendo evitar la Convención, que mientras más se reduzca la impotencia al Gobierno, más se proclama la plenitud de las facultades de la Cámara, que es la única que las conservaría intactas?». Tras insistir en la situación simbólica en la que se dejaría al Presidente de la República con tal regulación, deja caer que éste perdería su posición de «guardián de la Constitución». *Vid*., también –ya discutiéndose la Constitución–, la sesión del 30 de octubre de 1931, núm. 66, especialmente págs. 2067 y ss.

inclinarse hacia la primera configuración; aunque matizada. Esta posición «fuerte» –continúa el autor– «se robustece todavía más en materia de orden público y de seguridad del Estado»[1211], habida cuenta de que, pese a ser su intervención en materia de declaración de guerra y suspensión de derechos, meramente simbólica, «en cambio, parece, en principio, decisiva» la facultad del artículo 76. d)[1212].

Y es que el artículo 76.d) de la Constitución atribuía al Presidente de la República la potestad para «ordenar las *medidas* urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes».

El hecho de que esta referencia no era meramente simbólica –además de por lo indicado– puede verse claramente de las discusiones parlamentarias[1213], así como del contraste de su redacción bajo el Proyecto de la Comisión Jurídica Asesora (que matiza notablemente esta potestad[1214]) con la dicción con la que terminó por aprobarse[1215].

De este modo, el Presidente de la República ostentaba un poder cuasi-autónomo –distinto del gubernamental–, que le habilitaba para ordenar las *medidas necesarias* en casos extraordinarios[1216], habida cuenta de que únicamente se exigía una comunicación

[1211] MENÉNDEZ REXACH, A., *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español*, Universidad Autónoma, Madrid, 1978 (Tesis), págs. 495 y ss. Esta tendencia fuerte –pero dulcificada– puede verse en el sistema mixto de elección, así como en los poderes finalmente otorgados.

[1212] MENÉNDEZ REXACH, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español* (*cit*.), págs. 510 y ss.

[1213] *Vid*. las notas al pie anteriores.

[1214] Este Anteproyecto de 6 de julio de 1931 –redactado por una Comisión presidida por OSSORIO Y GALLARDO, y que integraba, entre otros, al propio Adolfo POSADA– contenía en el artículo 61.d) una habilitación al Presidente de la República para «*suscribir las medidas previas* que exigiera la defensa de la integridad nacional», regulándose de forma conjunta con la declaración de guerra; en la cual, recordemos, sería el Gobierno quien tendría la última palabra. De su literalidad se extrae una potestad de actuación inmediata pero no autónoma, puesto que ésta debía ser complementada con la activación –*posterior*– de otros poderes de necesidad (*v. gr*., declaración de guerra; Ley de Orden Público; etc.).

[1215] En la Constitución de 1931 aparecen separadas la declaración de guerra y los poderes presidenciales antes vistos –artículos 76.d) y 77, respectivamente–, sustituyéndose también la débil expresión de «suscribir» por la de «ordenar» las medidas necesarias, de cuño más contundente y que dotaba ya de un poder real al Presidente de la República. Otro dato: el propio Adolfo POSADA solicitó la supresión del precepto del Anteproyecto relativo a los «Decretos con fuerza de Ley» –curiosamente, el 48– «por estimar peligrosas las sugestiones que contiene al ejercicio de un poder dictatorial»; no proponiendo reforma alguna a las «medidas necesarias» del Presidente antes citadas. Por contra, en el texto definitivo serán los Decretos leyes los que perderán fuerza (artículo 80), pasando el artículo 76.d), que nos ocupa, el que terminará por verse como «trasunto del famoso art. 48 de Weimar», como recuerda el propio MENÉNDEZ REXACH, *op. cit*., pág. 511.

[1216] Para MENÉNDEZ REXACH, *op. cit*., págs. 511 y ss., este artículo 76.d) supone la confirmación de «la configuración del Jefe del Estado como un verdadero centro de poder», aunque recuerda también la apreciación de PÉREZ SERRANO, «La Constitución Española… (*cit*.)», pág. 266, que, comentando precisamente el precepto, subrayaba que estas medidas presidenciales debían ser, en todo caso, refrendadas (*ex* artículo 84; hecho que, por otro lado, también se exigía en los *Notverordnungen* clásicos, como hemos tenido ocasión de ver *supra*). Se ha de tener en cuenta también que el *non nato* proyecto de reforma constitucional de 1935 pretendía matizar la cuestión del refrendo, añadiendo que éste «no debe

a las Cortes y, al menos, un refrendo ministerial, que actuaría como «freno»[1217]. En otras palabras, le atribuía –prácticamente– una «potestad reglamentaria de necesidad» (*Notverordungsrecht*) en sentido *clásico*[1218]. Es decir, en sentido muy similar a la presente en la Carta francesa de 1814, en los primeros textos constitucionales alemanes o la reconocida –antes de su transmutación jurisprudencial, eso sí– al Presidente de la República en el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar. Y hablo de «potestad reglamentaria» porque la adopción de «medidas» implica, recordemos, la posibilidad de dictar tanto actos administrativos como genuinos *reglamentos*[1219].

En definitiva, aunque es cierto que el texto de 1931 partía de la potestad reglamentaria ejecutiva del Gobierno, preveía también una «de necesidad», para casos excepcionales y únicamente a favor del Presidente de la República, con carácter *ex Constitutione*. Cosa distinta es que, como veremos, la pluralidad de instituciones de Derecho de necesidad unidos a los requisitos de su activación –exigencia del refrendo ministerial– terminasen por orillar su aplicación práctica y –en gran medida– su análisis doctrinal por la literatura jurídica de la época.

exigirse en el caso de atribuciones privativas del Presidente de la República», quisiese lo que quisiese significar esta expresión.

[1217] Recuerda TORRES DEL MORAL, A., «La Segunda República: exégesis y valoración», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pág. 329, que el propio Alcalá-Zamora solicitó a la Comisión redactora el deslinde entre las potestades presidenciales y los del Gobierno, obteniendo como respuesta que los poderes del artículo 76 «eran facultades y atribuciones presidenciales frenadas por el Gobierno», lo que –opina el autor– «era tanto como no decir nada dada la ambigüedad del término frenadas». Sin embargo, lo cierto es que durante 1934 los vetos presidenciales de ciertas Leyes no fueron refrendados y, en coherencia, no llegaron a buen término. De ahí que maticemos aquí el carácter «autónomo» u «originario» de la citada potestad reglamentaria de necesidad.

[1218] *Cfr*. con GALLEGO ANABITARTE, *op*. *cit*., pág. 42, para quien «los constituyentes españoles de 1931 eliminaron todo poder reglamentario autónomo».

[1219] Esto no es una mera cuestión teórica, sino que unos años antes –en 1924– se había discutido la noción de «medida» por la doctrina alemana más autorizada a la luz de lo señalado en el artículo 48.2 CW terminando estas conclusiones por ser aplicadas por los tribunales de la época; los cuales, además, les dotaron posteriormente de rango de Ley. Ahora bien, hemos de entender que si los constituyentes no quisieron atribuir a estas medidas rango legal es porque tenían carácter reglamentario –*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*– habida cuenta de la ausencia de jurisprudencia en la materia. Por otro lado, se ha de destacar que el artículo 100.a) del Anteproyecto de la Comisión Jurídica hacía expresa referencia al control del Tribunal de Garantías Constitucionales respecto de «la inconstitucionalidad de las leyes y los decretos-leyes» –los últimos encajados en el artículo 48, que luego pasaría a ser el 80–, pero nada decía de las actuaciones del Presidente de la República. Por ello hemos de suponer que no tenían rango legal. *Cfr*. con ALCALÁ-ZAMORA, *op*. *cit*., pág. 303; así como con PÉREZ SERRANO, «La Constitución Española… (*cit*.)», págs. 268-269, para quienes –analizando el artículo 79 y omitiendo el precepto que nos ocupa, eso sí– el Presidente de la República no tendría capacidad para dictar reglamentos.

2.- EL DERECHO DE NECESIDAD: INSTRUMENTOS Y DENOMINACIÓN

Desde la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931, hasta su abrupta terminación con el inicio de la Guerra Civil, pocos fueron los momentos vividos de normalidad constitucional. La miríada de instrumentos de necesidad –tanto previstos en normativa, como ejercidos en la práctica– contrasta notoriamente con lo avanzado del texto constitucional, cuya vigencia quedó en gran parte suspendida durante este periodo[1220].

La ruptura con el régimen monárquico llevó al Gobierno provisional de ALCALÁ-ZAMORA a dictar –mediante Decreto– el conocido Estatuto Jurídico interino, de 15 de abril de 1931, que puede considerarse –prácticamente– como una norma de «plenos poderes»[1221]. Por su parte, antes de la entrada en vigor del texto constitucional, se publicaría el 20 de octubre la conocida Ley de Defensa de la República, que –combinada con la Ley de Orden Público de 1870– se erigiría como el instrumento por excelencia de represión de alteraciones político-sociales del primer bienio republicano.

El 9 de diciembre de 1931 se aprobaba la Constitución de la Segunda República Española. El texto, consciente de la difícil coexistencia de la Ley de Defensa de la República (en adelante, LDR) con sus previsiones, dotaría a ésta de rango constitucional, vaciando así de contenido gran parte de las garantías y derechos reconocidos en la Carta Magna recién aprobada[1222].

Ya establecido el contexto constitucional, puede decirse que se sigue manteniendo el mismo régimen tradicional de nuestro Derecho de necesidad: orden público, por un lado; alteraciones de la seguridad no reconducibles al anterior, por otro. Esto puede verse claramente en la Ley de Orden Público de 1933 –que vendría a

[1220] Es reveladora, en este sentido, la exposición histórico-jurídica de BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional*... (*cit.*), págs. 317 y ss. Por su parte, FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción*... (*cit.*), pág. 141, indica que «durante estos cinco años, son escasísimos los períodos de tiempo en que se puede hablar de una situación de total normalidad en todo el país». Sobre los diferentes instrumentos de necesidad en la época, *vid*., *in extenso* y también de este autor, «La defensa extraordinaria de la República», en *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1981-1982, págs. 105 y ss.

[1221] Así, FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción…* (*cit.*), págs. 121 y ss., que remarca el carácter autoritario del régimen interino y la regulación de múltiples materias objeto de Ley a través de un mero Decreto. Por su parte, conviene recordar que, pese al reconocimiento de derechos en la misma norma, su punto 6º, último inciso, remarcaba que «el Gobierno provisional podrá someter temporalmente los derechos del párrafo cuarto a un régimen de fiscalización gubernativa».

[1222] Me refiero a su disposición transitoria segunda, que otorgaba a la Ley en cuestión «vigencia asimismo constitucional, mientras subsistan las actuales Cortes Constituyentes, si antes no la derogan éstas expresamente». Para FERNÁNDEZ SEGADO, *op*. *cit*., págs. 129-130, una disposición de este tipo «debe encontrar la más unánime repulsa».

sustituir a la anterior de 1870 y a la citada LDR–, tanto en su configuración de la aducida noción[1223] como de los estados excepcionales en ella contenidos[1224]. Estos últimos, además, habrían de conectarse también con el artículo 42 del texto constitucional; regulador de la suspensión de derechos y –exclusivamente– para con situaciones de orden público[1225]. Ahora bien, el ordenamiento jurídico republicano introducía en este punto importantes novedades en las que merece la pena detenerse[1226].

A).- LAS INNOVACIONES EN EL TEXTO DE 1931

El texto republicano traía consigo la regulación de dos institutos de íntima relación con la evolución y el desarrollo de la doctrina del reglamento de necesidad. Me refiero, claro está, al Decreto ley y la cláusula general atribuida al Presidente de la República en el artículo 76.d), ambas inéditas en nuestra tradición constitucional[1227].

[1223] Es cierto que hay un cambio en su configuración, más centrada ahora en los derechos de la ciudadanía, pero siguiendo coligada a las alteraciones venidas de la mano del hombre, como se dilucida claramente del artículo 1 que abría la norma proclamando que: «El normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público». Los artículos 2 y 3 de la norma establecía los «actos» –es decir, actuaciones de personas y no *hechos* de la naturaleza– que afectaban al orden público, si bien ninguno de ellos, como también ha precisado MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 125, contempla «alteraciones del orden público debidas a catástrofes, como un terremoto, un incendio o epidemia».

[1224] Al efecto, FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, págs. 130 y ss., distingue cuatro estados excepcionales. Un primero, encajado como –en palabras del autor– un «estado intermedio entre el normal y el de suspensión de garantías» o de «normalidad anormal», en el que existe un refuerzo de los poderes ordinarios y donde se incluye –por cierto– el indicado artículo 15 relativo a las calamidades públicas. En segundo punto, un «estado de prevención», declarado por Decreto y en el que, de nuevo, se amplían las facultades de las autoridades competentes, sin permitirse –en teoría– la suspensión de derechos. Y, en fin, por último, los estados de «alarma» y de «guerra», en los cuales ya cabe proceder a la indicada suspensión, entre los cuales –como recuerda BALLBÉ, *Orden público y militarismo…* (*cit.*), pág. 360– la única diferencia, en palabras del impulsor del proyecto, José SÁNCHEZ CORVISA, estribaba en «la resignación de los poderes de la autoridad civil y la entrega del mando a la autoridad militar». *Cfr.* con CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1984, pág. 43, para quien este primer estado de «normalidad anormal» no puede concebirse como un estado excepcional *stricto sensu*, siendo únicamente la regulación del orden público «tanto en situaciones ordinarias como extraordinarias».

[1225] El artículo 42 permitía suspender ciertos derechos «total o parcialmente» y «en todo el territorio nacional o en parte de él» y durante un máximo de 30 días a través de mero decreto del Gobierno «cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad». Las Cortes debían de pronunciarse inmediatamente sobre el Decreto declaratorio, convocándose al efecto si estuviesen cerradas, y pudiendo además prorrogar la suspensión de los derechos. Mientras se mantuviese ésta, además, «regirá, para el territorio a que se aplique, la ley de Orden público».

[1226] Sobre el desarrollo normativo en la materia –Ley de Defensa de la República y Ley de Orden Público de 1933–, *vid*. BARRERO ORTEGA, A., «La legislación excepcional», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, págs. 375-392.

[1227] Se ha de tener en cuenta la confusión entre poderes que se dio entre el Gobierno y el Presidente de la República, aunque precisamente respecto de estos dos instrumentos de excepción no habría duda de su atribución a uno y a otro separadamente. Al efecto, ALCALÁ-ZAMORA, *op. cit.*, págs. 173 y ss.

Respecto de la primera figura, ésta había sido ampliamente utilizada durante el siglo XIX sin previsión legal ninguna y como sustitutivo temporal del Parlamento para regular materias con cierta urgencia, si bien quedando desprovistas siempre del matiz de institución de Derecho de necesidad. Es decir, que, aunque este instrumento se utilizaba en situaciones no ordinarias, su fin no era proteger la seguridad pública ante una situación de necesidad, sino estatuir una regulación en materia reservada a la Ley.

Esta configuración tradicional comienza a difuminarse desde 1923 –con la Dictadura de Primo de Rivera– y puede afirmarse que es ahora, con su encaje en el artículo 80, cuando termina por romperse del todo. En efecto, el precepto proclamaba que: «Cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República».

Es decir, que se reconocen aquí dos presupuestos de hecho diferenciados: un primero que parece referirse a nuestros tradicionales Decretos leyes decimonónicos –que hacían las veces de Leyes ante situaciones en las que era preciso regular una determinada materia; no habiendo riesgo para la seguridad–; y, en fin, una segunda situación de carácter muy amplio –«la defensa de la República»– ya enmarcada en el plano de la seguridad o el orden. Esta última expresión es, no obstante, bastante ambigua. El mismo sintagma nominal utiliza la Ley «de Defensa de la República», dirigida a apaciguar asonadas o tumultos («orden público»), por lo que sigue sin quedar claro si con esta misma expresión plasmada en el texto constitucional se pretendía desbordar tal encaje para actuar ante catástrofes de origen natural, económico o tecnológico.

Lo cierto es que los rígidos requisitos exigidos por el artículo 80 para su activación[1228], así como el exiguo lapso temporal en el que existió la República, no nos permiten afirmar contundentemente que con este precepto se produzca una quiebra de la tradicional *summa divisio* de nuestro Derecho de necesidad. Y es que la escasísima

[1228] ALCALÁ-ZAMORA, *op. cit*., pág. 304, tilda el quórum exigido para su activación de «prohibitivo», subrayando que «si se mantiene aquél, será inútil, en la práctica, el artículo». En sentido similar, CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado (*cit*.)», pág. 712.

utilización del instrumento durante el citado periodo[1229], unida a la común utilización de la normativa de orden público, nos impide conocer si la expresión «defensa de la República» tenía la aducida pretensión. Lo único que es claro es que es a partir de este momento cuando se consolida la figura del Decreto ley como institución de Derecho de necesidad *stricto sensu*, lo que marcará un antes y un después en la configuración de los «reglamentos de necesidad» como veremos más adelante.

A la segunda de las innovaciones ya nos hemos referido sumariamente en relación con la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Me refiero, claro está, al artículo 76.d) de la Constitución, que nunca llegó a ser utilizado. En este caso, la expresa referencia del precepto «la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación» –que se manifiesta en un aspecto interno y otro externo del presupuesto habilitante[1230]– denota suficiente amplitud para intervenir en otras situaciones que desbordasen la castiza categoría del «orden público». En lo relativo a las medidas que pueden ordenarse, suele entenderse que estamos ante una «cláusula general»[1231] –posición a la que me adhiero– o de «plenos poderes»[1232].

Sea como sea, se ha de tener en cuenta que su configuración como un –prácticamente– *Notverordnungsrecht* en sentido clásico implica también el carácter interino y claudicante de las «medidas» a adoptar, habiéndose tildado por ello de «preparatorias»[1233]. Por lo demás, y ante el silencio constitucional, no queda claro hasta dónde podría llegar su eficacia o el control parlamentario que pudiese hacerse sobre

[1229] Una búsqueda rápida en el Boletín Oficial de la época confirma esta afirmación. Fue utilizado en 1936 para cuestiones de índole muy diversa: concesión de créditos, autorizaciones al Gobierno para la negociación de Deuda del Tesoro, o, incluso, para autorizar la reanudación de las funciones del Parlamento catalán tras el fallido golpe de Companys.

[1230] FERNÁNDEZ SEGADO, «La defensa… (*cit.*)», págs. 123-124. Ahora bien, entiendo que la referencia a la «integridad de la nación» –que el autor encaja como «aspecto externo»– puede tener también carácter interno: sólo hay que atender a la mentada insurrección de Companys. Por lo demás, el levantamiento no fue respondido con este mecanismo constitucional, sino a través de la declaración del estado de guerra. Al efecto, *vid*., NIETO GARCÍA, A., *La rebelión de la Generalidad de Cataluña contra la República. El 6 de octubre de 1934 en Barcelona*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, especialmente págs. 191 y ss.

[1231] CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales…* (*cit.*), pág. 44, aunque subraya que «una interpretación sistemática de la Constitución, sin embargo, conduciría, en nuestra opinión, a una restricción del alcance de dicha cláusula».

[1232] FERNÁNDEZ SEGADO, «La defensa… (*cit.*)», pág. 123 habla de una concesión al Presidente de «plenos poderes». También CRUZ VILLALÓN, en otro lugar, «La protección extraordinaria… (*cit.*)», pág. 716, habla de «dictadura constitucional» y de «plenos poderes» en relación con este precepto.

[1233] ALCALÁ-ZAMORA, *op. cit.*, pág. 303, recuerda que «la intervención del Presidente se debe limitar a aquellos contadísimos casos en que la exige la seguridad, y para ello, la continuidad de una política nacional, y esto por ser la encarnación más imparcial y permanente del poder (...) en resumen, pocas intervenciones *y ellas preparatorias de las graves y excepcionales a que se puede llegar, según el apartado d) y otros preceptos*». La cursiva es mía. En otro punto, el autor –pág. 180– relaciona este inciso con los poderes castrenses de «movilización general».

ellas[1234]. Lo que es evidente es que, de una interpretación sistemática de la Constitución y de los demás preceptos en ella integrados, su carácter no podía ser absoluto, quedando limitado a aquellas medidas provisionales y –en gran medida– previas a la activación de otros instrumentos de carácter excepcional, en su caso[1235].

Por último, no deja de ser curioso que muchos autores de la época –como veremos– configurasen el artículo 80 como habilitante para dictar «ordenanzas de necesidad» al tiempo que pasaban de puntillas sobre el artículo 76.d) que acabamos de analizar y que, como se ha visto, presentaba mayores similitudes con la potestad reglamentaria de necesidad de tradición germana.

B).- EL DERECHO DE NECESIDAD NO CIRCUNSCRITO AL «ORDEN PÚBLICO»

El Derecho de necesidad a nivel local se perpetúa en la posición que se había iniciado bajo la Dictadura de Primo de Rivera. De este modo, el Gobernador sigue manteniendo sus poderes extraordinarios –bajo la técnica de «cláusula general»– en materia de epidemias y enfermedades infecciosas[1236], al tiempo que la nueva Ley municipal de 31 de octubre de 1935 mantiene incólumes las potestades del Alcalde respecto de su antecesora, en una dicción prácticamente idéntica[1237].

[1234] FERNÁNDEZ SEGADO, «La defensa… (*cit.*)», págs. 123-124, opina que las actuaciones a las que alude el texto «no tienen que ser necesariamente las medidas excepcionales del artículo 42, esto es, la suspensión de garantías constitucionales» allí enumeradas y que lo que el Presidente «no habría podido hacer es suspender otros derechos distintos». En lo relativo al papel del Parlamento, sostiene que éste debería de conocer inmediatamente de las medidas adoptadas, aunque sin poder controlarlas efectivamente. Más contundente es ROYO VILLANOVA, *La Constitución Española de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas* (*cit.*), pág. 237, para quien –comentando el artículo 76.d)– el conocimiento a las Cortes se orienta a «exigir las debidas responsabilidades ya que los decretos en que se adopten medidas urgentes habrán de estar refrendados por el Gobierno», no añadiendo mucho más a este sucinto comentario.

[1235] En sentido similar, hemos visto, CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales…* (*cit.*), pág. 44.

[1236] En esta época se deroga el Estatuto Provincial de Calvo Sotelo, volviendo a entrar en vigor la Ley Provincial de 1 de septiembre de 1882. Recordemos que esta norma le habilitaba en su artículo 23 para dictar «las medidas que estime convenientes, para preservar a la salud pública de epidemias, enfermedades contagiosas, focos de infección y otros riesgos análogos, dando cuenta inmediatamente al Gobierno».

[1237] El artículo 83.12 le atribuye –en calidad de «Jefe de la Administración municipal» (artículos 101 y ss. de la Ley)– la competencia para «en los casos de gravedad extraordinaria producida por epidemias; trastornos graves de orden público, guerra, inundación o cualquier otro accidente de análoga entidad, adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad más estrecha, las medidas que juzgue inaplazables, debiendo reunir sin demora a la Corporación municipal y dar cuenta a la autoridad gubernativa, dentro de las veinticuatro horas siguientes, de los acuerdos que se adopten». Es destacable que el artículo 83 *in fine* indicaba que: «El Alcalde podrá delegar parcialmente las anteriores atribuciones en los Concejales y Tenientes de Alcalde», por lo que se ha de entender también incluidos los poderes de necesidad indicados. Sobre el régimen local en la época, *vid*. ESTEVE PARDO, J., «La legislación de régimen local», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, págs. 419-434.

Es decir, que con esta Ley se consolida la unificación de los poderes de necesidad de la autoridad municipal. El binomio tradicional de nuestro Derecho de crisis se mantenía arrumbado en esta esfera, pudiendo los Alcaldes actuar –en términos absolutamente amplios e indeterminados– frente a todo tipo de disrupción de la seguridad pública, implicase ésta alteración del orden público o no.

En el plano estatal, se aprueba alguna norma que permite cubrir lagunas y pulir flecos en el ámbito de la seguridad pública[1238]. Ahora bien, la aportación más importante y decisiva de esta época la vamos a encontrar –paradójicamente– en la Ley de Orden Público de 1933 que, además de regular la noción que le da nombre a través de los estados excepcionales, introduce una importantísima previsión que va a terminar con la tradicional laguna presente en nuestro Derecho de necesidad: la inexistencia de habilitaciones suficientes a favor de las autoridades estatales para hacer frente a las calamidades o catástrofes no reconducibles al orden público.

En efecto, su artículo 15 precisaba que: «En caso de siniestro, incendio, epidemia o calamidad públicas, la Autoridad gubernativa *tomará las disposiciones conducentes* a la protección, auxilio y seguridad de las personas, y a evitar el daño en las cosas, dando cuenta al Gobierno». Con esta referencia no sólo quedaba habilitado el Alcalde para combatir tales males, sino que se permitía actuar a toda «autoridad gubernativa», fuese del nivel territorial que fuese.

La ubicación de una previsión como esta en una Ley de Orden Público puede resultar extraña, si bien es cierto que los hechos naturales como los indicados podrían ser desencadenantes de ulteriores «actos» que llevasen a la alteración del orden público; de ahí que, tal vez, con esta cláusula general se pretendiese evitar una posterior alteración del orden al confrontar directamente la calamidad[1239]. Ahora bien, lo cierto es que el precepto se preveía para situaciones ordinarias –y no en el marco de un estado excepcional *stricto sensu*, dirigido a confrontar alteraciones del orden público, pese a su inclusión en la Ley de Orden Público– por lo que creo que nada impide que se hubiese

[1238] Por ejemplo, el Reglamento Exterior de Sanidad de 1934, que preveía alguna cláusula general, complementado con la normativa aprobada en décadas anteriores.
[1239] Así parece entenderlo MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 125.

utilizado para mantener la seguridad independientemente de que terminase por generar alteraciones del orden público o no[1240].

Sea como sea, el precepto en cuestión es un significativo avance en lo que concierne a dotar de cobertura legal a las actuaciones que –fuera de la esfera local– hayan de dictarse para confrontar situaciones no cubiertas por la normativa de orden público. La previsión –entiendo– debería ponerse en conexión con la normativa especial en materia de aguas, epidemias, etc., con el objeto de recurrirse como *ultima ratio* a esta cláusula general, evitando así la decimonónica tradición de actuar sin habilitación legal alguna lo que, hemos visto, forzó a nuestra literatura jurídica a tratar de darle un encaje lógico-jurídico mediante la doctrina –y la terminología– del «reglamento de necesidad»[1241].

3.- La confusión en torno al «reglamento de necesidad»: Decretos leyes y otras previsiones constitucionales

Bajo el signo de la Constitución de 1931 los tratadistas de Derecho público mantendrían la trilogía de Von Stein, y, en congruencia, la categoría de los «reglamentos» u «ordenanzas» de necesidad. Ello no sólo se circunscribía a los de los administrativistas[1242], sino que llegaba incluso a los cultivadores del Derecho político[1243].

Ahora bien, la situación había cambiado respecto a la presente a principios de siglo. Como hemos visto, la segunda vertiente del Derecho de necesidad –es decir, la

[1240] Téngase en cuenta que el precepto se inserta dentro de la previsión de las «facultades gubernativas ordinarias» y en el marco del estado de «normalidad anormal» antes indicado. Por lo demás, el artículo transcrito es un clarísimo precedente del 17 de la Ley de Orden Público 1959, que la doctrina patria del siglo pasado entendía como habilitante para emitir «reglamentos de necesidad». Sobre esto, *vid. infra*, el punto V.3.C).ii) de este capítulo.

[1241] Las expresiones del artículo 15 («siniestro»; «calamidad pública») son suficientemente indeterminadas como para dar cobertura a todas las situaciones que –hemos visto– acabaron por ser confrontadas a través de reglamentos ilegales durante el siglo XIX y la primera parte del XX.

[1242] Royo Villanova, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1934, págs. 51 y ss. También encontramos la trilogía en Gascón y Marín, *Introducción al estudio del Derecho Administrativo* (*cit*.), pág. 25, y en su posterior *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 6ª ed., C. Bermejo Impresor, Madrid, 1935, págs. 107 y ss., donde además de recoger la aducida clasificación mantiene la distinción entre las ordenanzas de necesidad y los Decretos leyes (pág. 124).

[1243] García Labella, *Derecho Político y Administrativo* (*cit.*), págs. 164 y ss., dice que esta es «la más importante clasificación», añadiendo que hemos de sustituir la expresión ordenanza «por la de Reglamento, como más adecuada a la terminología de nuestra legislación». Recoge también la trilogía Pérez Botija, «Sobre las modalidades de la potestad reglamentaria (*cit.*)», págs. 274 y ss. Para Gallego Anabitarte, *op. cit*., pág. 53, estas referencias doctrinales no hacían nada más «que confirmar el divorcio entre una doctrina y los supuestos de la Constitución vigente».

relativa a la porción no cubierta por el orden público– gozaba de amplia cobertura legal y constitucional. Esto suponía que la emisión de reglamentos –*ilegales*– de necesidad ya no era una exigencia imperante. En otras palabras: la proliferación de instrumentos de crisis hacía innecesaria el recurso a actuaciones no previstas por la legislación y por parte de los órganos de gobierno; lo que desmontaba también la doctrina y la terminología en la que se inspiraban, esto es, los reglamentos de necesidad en el sentido recogido por los autores patrios de principios de siglo.

Así las cosas, la noción se seguía manteniendo por cuestiones de diversa índole (prestigio de los autores; fuerza pedagógica), pero era necesaria adaptarla al contexto constitucional. Susodicha tarea se llevará a cabo por los iuspublicistas de la época que –como no podía ser de otra manera tras la aprobación de un nuevo texto fundamental–, predominaban en el plano del Derecho político en detrimento del administrativo[1244].

La conjunción de los factores aludidos eclosionó en una inmensa confusión respecto de la idea de «reglamento» u «ordenanza» de necesidad. Esto es palmario en el receptor mismo de la doctrina en España: ROYO VILLANOVA, que, tras estudiar la figura en nuestro país replicando los ejemplos señalados desde principios de siglo, finaliza el epígrafe correspondiente a las «ordenanzas de necesidad» transcribiendo el artículo 80 de la Constitución de 1931 –relativo a los Decretos leyes– sin especificar nada más al efecto[1245]. Ya, en otro lugar, termina por claudicar equiparando el producto de esta habilitación a las «ordenanzas de necesidad»[1246].

Ahora bien, el golpe de gracia lo asestarán los tratadistas de Derecho Político. Así, GARCÍA LABELLA, tras recoger la trilogía, define estos reglamentos como aquellos «que dicta el Gobierno en circunstancias excepcionales, suspendiendo la eficacia de las leyes o invadiendo la competencia del Parlamento». Entiende el autor que, pese a que

[1244] Y ello sin perjuicio de que el Derecho administrativo conservase su puesto de relevancia en las facultades de Derecho, como recuerda MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español* (*cit.*), pág. 318. Sobre los cultivadores del Derecho público en esta época, su contexto y su obra, *vid*., SOSA WAGNER, F., *Juristas en la Segunda República*, Vol. 1: Los iuspublicistas, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, especialmente págs. 79 y ss.

[1245] ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo* (*cit.*), en la aducida edición de 1934, págs. 56-57. Como se verá, este es el prolegómeno de lo que terminará por cristalizar –tras la Guerra Civil– en un abandono definitivo de su propia doctrina y su plena equiparación de la figura a normas con rango de Ley. Más difícil de descifrar es la formulación de GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo* (*cit.*), dado que –aunque mantiene la distinción entre las ordenanzas de necesidad de la figura de los Decretos leyes– dice que éstos pueden ser equiparados «en algún caso» con las «ordenanzas de urgencia» dado que «tienen de común el suponer ejercicio por el Poder ejecutivo de función propia del legislativo».

[1246] ROYO VILLANOVA, *La Constitución Española de 1931*... (*cit.*), pág. 244, en el seno de su comentario al precepto y distinguiéndolas nítidamente de la delegación legislativa del artículo 61.

muchos ordenamientos los prohibían en el pasado, ahora las «nuevas Constituciones» los reconocen expresamente. Señala al efecto que el texto de 1931 prevé –en palabras suyas– dos modalidades: «la legislación provisional o Decretos de urgencia y la legislación delegada», refiriéndose, claro está, a los artículos 80 y 61 respectivamente[1247]. Para terminar de completar esta confusión, el autor añade aquí los Decretos que declaran la suspensión de garantías constitucionales[1248].

Por su parte, RUIZ DEL CASTILLO opta por equiparar directamente las «Ordenanzas de necesidad» a los Decretos leyes previstos en el artículo 80 de la Constitución, estableciendo además una conexión con la regulación de esta figura en otros países[1249]. Otros autores de la época prefieren no entrar en esta polémica, haciendo uso de expresiones más asépticas como la de «decretos de urgencia» (ALCALÁ-ZAMORA[1250]) o la de «ordenanzas de urgencia»[1251], como hace PÉREZ SERRANO, si bien este último autor parece distinguir –en otro lugar– las figuras del Decreto ley y los relativos a la suspensión de garantías de las «ordenanzas de necesidad»[1252].

En términos amplios puede decirse que la solución dada por la literatura jurídica a la problemática de los reglamentos de necesidad no es otra que equiparar esta figura a las instituciones de crisis previstas en la Constitución y, especialmente, a los Decretos leyes; instrumentos que bajo tal texto podían utilizarse en situaciones de necesidad o de «defensa de la República». Es también evidente la preferencia en esta época de la expresión «ordenanza» frente a la de «reglamento». El objetivo de todas estas

[1247] GARCÍA LABELLA, *op. cit.*, págs. 166 y ss., añade que estas normas tienen su fundamento «en las circunstancias extraordinarias o estado de necesidad, que determinan la ineficacia práctica de las leyes vigentes para atender la situación creada, o exigen, de manera imperiosa y urgente, la reglamentación de materias no legisladas».

[1248] GARCÍA LABELLA, *op. cit.*, pág. 167. En palabras suyas: «también supone, en otra forma, una autorización del Reglamento de necesidad, la suspensión de garantías constitucionales, en cuyas situaciones excepcionales el Gobierno y las autoridades de orden público quedan facultados para dictar, dentro de ciertos límites, Reglamentos de necesidad, cuya eficacia cesa al levantarse la suspensión de garantías».

[1249] RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, C., *Manual de Derecho Político*, 1ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939, pág. 504. Sorprende la ausencia de referencias al artículo 76.d) de la Constitución cuando estudia los instrumentos de necesidad previstos en la Carta de 1931 (págs. 501 y ss.).

[1250] ALCALÁ-ZAMORA, *op. cit.*, pág. 304.

[1251] PÉREZ SERRANO, «La Constitución Española… (*cit.*)», pág. 269, glosando este artículo 80.

[1252] PÉREZ SERRANO, N., «Carácter de la nueva Constitución Española», en *Revista de Derecho Público*, núm. 1, enero, 1932. Se ha manejado el artículo recogido en la recopilación *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2016, págs. 289 y ss. El autor parece establecer una distinción entre los distintos instrumentos de necesidad reconocidos en el texto constitucional, al proclamar que «sería injusto desconocer que el parlamentarismo de la Constitución resulta atenuado en algún sentido (...) se regula, para evitar abusos, el voto de censura; además, *en lo relativo a suspensión de garantías, ordenanzas de necesidad, decretos leyes*, etc. (...) el ejecutivo queda algo vigorizado». La cursiva es mía.

precisiones era claro: hacer coexistir la tradicional clasificación reglamentaria con el nuevo marco constitucional[1253]. La solución contrastaba con la que años antes habían comenzado a atisbar los administrativistas patrios, que prefirieron reconducir los reglamentos u ordenanzas de necesidad al producto de las habilitaciones previstas en las Leyes sectoriales de policía y de seguridad pública; solución que, por otro lado, será la que termine por instaurarse en Italia pocos años después.

Sea como sea, la práctica equiparación entre los reglamentos de necesidad y los Decretos leyes suponía una transmutación de la figura que nos ocupa –al menos respecto de su configuración originaria en nuestro país, iniciada sólo veinte años antes– al dotarle de rango legal y eficacia jurídica diferenciada. La separación entre ambas categorías jurídicas no volvería a producirse hasta el régimen franquista, sentándose las bases para la configuración definitiva del reglamento de necesidad en nuestro país.

V.- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD EN LA DICTADURA FRANQUISTA

Podría verse el estudio de los «reglamentos de necesidad» bajo el régimen del General Franco como algo meramente superfluo. Y es que, en efecto, el cariz autoritario de su ordenamiento y la aplicación de los instrumentos excepcionales como norma tornan la efectividad jurídico-práctica de la figura en algo anecdótico: si el reglamento de necesidad es una figura excepcional, su utilización en un contexto de concentración de poderes en manos del Jefe del Estado aparecería como redundante. Ahora bien, la importancia de este periodo radica en la evolución teórica de la figura. Es en esta época cuando el reglamento de necesidad termina por configurarse tal y como hoy lo conocemos[1254]. Es decir, como el producto normativo, de rango inferior a la Ley, de las

[1253] Tal vez tuviese algo que ver también el hecho de que el Anteproyecto de la Comisión Jurídica regulase estos Decretos Leyes de forma mucho más contundente en el artículo 48 (mismo precepto en el que se encajaban los *Notverordnungen* en el texto weimariano de 1919). El artículo del Anteproyecto rezaba: «Si en período en que las Cortes estén cerradas necesita el Gobierno, para atender a urgentes e imperiosas necesidades, dictar algún decreto que por contrariar una ley vigente o por cualquier otro motivo deba tener fuerza de ley, lo someterá a consulta del correspondiente Consejo técnico, del organismo a quien competa el asesoramiento jurídico del Gobierno y de la Comisión permanente de las Cámaras. Las consultas serán simultáneas, y para evacuarlas el Gobierno podrá fijar plazo no inferior a quince días. El Gobierno podrá publicar el decreto como ley, sólo en el caso de que obtenga el informe favorable de la Comisión permanente de las Cámaras o el de los otros dos Cuerpos consultados. Publicado el decreto, el Gobierno deberá presentarlo, como proyecto de ley, al Parlamento, en su reunión inmediata». Lo expuesto queda subrayado con el –ya aducido– voto particular de POSADA, solicitando la supresión del precepto al relacionarlo con el «ejercicio de un poder dictatorial».

[1254] En este sentido, BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional...* (*cit.*), pág. 397, indicaba que «[e]l régimen político vigente en España de 1939 a 1975 debería quedar al margen del objeto de este estudio al no definirse como constitucional. Sería un error, sin embargo, porque no es posible adquirir una visión completa de nuestro casi siglo y medio de historia liberal constitucional sin

cláusulas generales de necesidad presentes –por lo general– en las Leyes de seguridad pública.

Es importante destacar también que durante estos años se manifiesta con contundencia extrema la naturaleza proteica, alotrópica, del «reglamento de necesidad». Así las cosas, el sintagma nominal se adapta –como un camaleón– a la evolución del sistema de fuentes durante los cuarenta años de dictadura: desaparece en un primer momento hasta 1942; se reconfigura como Decreto ley desde tal fecha hasta mediados de los sesenta; y, en fin, se desgaja del anterior y se reconduce a las actuaciones de los poderes gubernativos en casos de crisis –sin rango de Ley– desde la Ley Orgánica del Estado de 1967 (en adelante, LOE) hasta la instauración del sistema constitucional[1255].

La evolución de la figura durante este periodo es fundamentalmente doctrinal, habida cuenta de que no nos encontramos en el marco de un Estado constitucional, sino bajo un régimen autoritario. Esto explica que –pese a los avances en la materia y la calidad técnica de los juristas de por entonces– no se lograse solventar la problemática. En efecto, no hacía falta dar respuesta a un tema tan complejo, puesto que, en la práctica, se hacía uso de un instrumento normativo u otro, al no existir separación de poderes *stricto sensu*.

En cualquier caso, es importante destacar para nuestro estudio que es en la última fase del Franquismo cuando la institución adquiere su forma definitiva, de tal suerte que cabe adjetivar el cambio que se produce tras la Constitución de 1978 como superfluo o epidérmico. En efecto, la doctrina tardofranquista –tanto la académica como la del Consejo de Estado– ya había logrado desvincularlo definitivamente del Decreto ley y de investirlo de autonomía, centrando el tiro en las cláusulas generales y en una configuración –un tanto matizable, eso sí– «a la italiana» de la institución.

Así, y pese a que todavía existía cierta confusión sobre la figura, el terreno había quedado abonado para que –bajo la Carta de 1978– la doctrina y la jurisprudencia

contrastar sus instituciones con las del franquismo». La reflexión es aplicable plenamente al tema que nos ocupa.

[1255] Téngase en cuenta que, durante los casi cuarenta años en los que se desarrolla el régimen franquista, se suceden diferentes reformas que implican una transición paulatina de un modelo plenamente totalitario –iniciado en plena Guerra Civil– hacia uno más atenuado en el tardofranquismo. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la 'Revista de Administración Pública'», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 533. *Vid*., también, MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español* (*cit*.), págs. 337 y ss.

pudiesen seguir hablando de «reglamentos de necesidad» con pleno respeto al marco constitucional y a sus principios rectores. Veamos la evolución en las tres etapas indicadas.

1.- La Guerra Civil y los primeros años del franquismo (1936-1942)

El golpe de Estado de 18 de julio de 1936 dio lugar a la Guerra Civil y –además de una España diezmada por el conflicto– dejó un panorama jurídico completamente diferenciado del pretérito: se pasaba de un régimen democrático a uno de corte autoritario, en el que todos los poderes emanaban del Jefe del Estado. Una situación como la indicada no podía sino arrojar un resultado claro para nuestra investigación: la concentración de las atribuciones normativas en su mano, el ejercicio intermitente de los instrumentos de excepción, y, en definitiva, el olvido de la doctrina del «reglamento de necesidad» como consecuencia de lo anterior.

A).- Relaciones entre Ley y reglamento: la unificación de poderes en el Jefe del Estado

Tan sólo seis días después del golpe de Estado, a través del Decreto de 24 de julio de 1936, se constituirá la Junta de Defensa Nacional, atribuyendo al denominado «Generalísimo» en su artículo único «todos los poderes del Estado», lo que, claro está, incluía los de carácter normativo. Esta línea se mantiene en el Decreto de la Presidencia de la Junta de Defensa Nacional de 24 de septiembre de 1936[1256] y en la Ley de 1 de octubre de 1936, que establece ya una cierta organización administrativa, destacando aquí la Presidencia de la Junta Técnica del Estado. Es importante a estos efectos su Reglamento Orgánico y de procedimiento, de 19 de noviembre de 1936. La Junta Técnica concentraba la capacidad de creación de Derecho, pudiendo emanar de ella –de acuerdo con el artículo 3 del aducido Reglamento Orgánico– no sólo disposiciones administrativas, sino también Leyes y Decretos leyes[1257]; entendiéndose éstos últimos como el instrumento común de legislación, habida cuenta de que no volverá a dictarse ninguna otra Ley hasta 1938.

[1256] Su artículo 1 indicaba que el General Franco «asumirá todos los poderes del nuevo Estado».

[1257] Este precepto destacaba cinco figuras normativas: las Leyes, que se dictaban para «regular materias que afecten a la Constitución del Estado»; los Decretos leyes, previstos para «los casos que deba ser modificada la legislación anteriormente establecida por una Ley»; los Decretos, para «cuando se trate de modificar legislación anteriormente establecida por un Decreto»; las Órdenes, «para la ejecución de los Decretos-Leyes o Decretos»; y, en fin, las Órdenes de Comisión, «para resolución, con carácter particular, de los expedientes promovidos en virtud de petición o reclamación y sean tramitados por las Comisiones».

Esta norma no es otra que la Ley de 30 de enero de 1938, de la Administración Central del Estado, la cual, además, reitera la concentración del poder normativo en su artículo 17 al indicar que al Jefe del Estado «corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general». Lo interesante es que elimina la distinción entre Decretos leyes y Leyes; dictándose estas últimas «cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del Ordenamiento jurídico del país». Los Decretos, por su parte, se dictan «en los demás casos», quedando la distinción entre Ley y reglamento subsumida a meros criterios organizativos y alejada de la tradicional delimitación constitucional de la reserva de Ley.

Como se ve, los poderes normativos –tanto legislativos como reglamentarios– se atribuían directamente al Jefe del Estado. Esta idea vuelve a repetirse en el artículo 7 de la Ley de 9 de agosto de 1939, que, de nuevo, se referirá a esa potestad suprema de dictar normas del Jefe del Estado, aunque añadiéndose ahora que éstas, «adopten la forma de Leyes o Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones»[1258].

Este monopolio normativo presente en las Leyes de 1938 y 1939 llevará aparejado el hecho de que todas las categorías y disquisiciones respecto de la Ley y el reglamento[1259] –así como la tradicional clasificación de éste en relación con la Ley– termine por pasar a un segundo plano y, con ellas, también la propia idea del reglamento de necesidad. En efecto, no era necesaria una figura doctrinal como la indicada en un contexto en el que el Jefe del Estado podía –directamente– dictar instrumentos de carácter mucho más contundente, que llegaban incluso hasta las denominadas «Leyes de prerrogativa»[1260].

[1258] En esta Ley hay quien ha querido ver «un tímido intento de limitar los poderes en la Jefatura del Estado», *vid*. SALAS HERNÁNDEZ, J., «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», en *Revista de Administración Pública*, número 15, septiembre/diciembre, 1966, pág. 46.
[1259] Sobre el concepto de Ley bajo estas dos normas, *vid*. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental* (*cit*.), págs. 17 y ss.
[1260] Estas Leyes podían dictarse sin la «colaboración» de las Cortes y que se confirmarían con la misma Ley Orgánica del Estado, como veremos.

B).- LAS DISPOSICIONES DE DERECHO DE NECESIDAD: LA HERENCIA DE LA SEGUNDA REPÚBLICA

Es difícil trazar una línea divisoria entre el Derecho de necesidad y el ordinario *stricto sensu* durante esta época en la que, como se ha visto, los modos de producción normativa no pueden sino adjetivarse todos ellos de «extraordinarios». En la práctica, la declaración del estado de guerra se produce sobre la base de la Ley de Orden Público de 1933, lo que no deja de ser paradójico, haciéndose uso de ella –de forma bastante generosa, todo sea dicho– hasta la publicación de la Ley de Orden Público de 1959[1261].

Por su parte, la figura del Decreto ley se recoge por el Reglamento de la Junta Técnica de 1936, que lo deformará hasta el punto de convertirlo en instrumento común de legislación, evaporándose así su prurito de excepcionalidad. Poco después, con la Ley de 30 de enero de 1938, se elimina la diferencia entre esta institución y los Decretos ordinarios, no recuperándose la distinción hasta la Ley de Cortes de 1942[1262].

C).- LA RELEGACIÓN AL OLVIDO DE LA DOCTRINA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD»

Como no podía ser de otra manera, en esta primera fase, la figura que nos ocupa es relegada al olvido. La concentración de poderes en manos del Jefe del Estado hacía completamente superfluo el reconocimiento de una potestad reglamentaria de necesidad, que sólo residualmente –y por cuestiones de inercia– se mantendría en algunos de los autores que –bajo sistemas pretéritos– se habían hecho eco de la clasificación de VON STEIN, tales como ÁLVAREZ GENDÍN[1263]. En efecto: ¿para qué

[1261] BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional*... (*cit.*), pág. 402.

[1262] Un resumen puede verse en SALAS HERNÁNDEZ, «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia (*cit.*)», págs. 44 y ss. El autor indica que, durante esta época, el Decreto ley «no hace referencia a situaciones de necesidad o urgencia, sino que se concreta como técnica derogatoria o modificativa de disposiciones anteriores con rango de Ley o precisadas de ésta 'con arreglo a la legislación vigente'».

[1263] ÁLVAREZ GENDÍN, S., *Manual de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Librería General (Biblioteca de Iniciación Jurídica), Madrid-Aragón, 1941, pág. 139, aunque la recoge junto con otras muchas, sin dotarle de la centralidad que el autor le otorgaba en 1925. Lo interesante es que parece superar la delimitación tradicional de los «reglamentos de necesidad» hablando en otro punto de su obra –dedicándole un epígrafe completo en las págs. 142 y ss.– a los «Decretos de urgencia»; rúbrica bajo la cual realiza un intento de organizar bajo un mismo epígrafe las diferentes actuaciones de necesidad llevadas a cabo por las potencias europeas antes y después de la Primera Guerra Mundial (Decretos leyes, Leyes de habilitación, o, incluso, la teoría jurisprudencial francesa de las circunstancias excepcionales).

discutir o estudiar la configuración de una figura tan compleja cuando el modelo normativo es aquel que depende realmente de la mera voluntad del General Franco?[1264]

Es especialmente interesante que sean los propios receptores de la doctrina del reglamento de necesidad en nuestro país quienes –en esta época– terminen por repudiarlo. Es el caso de ROYO VILLANOVA, que no sólo extrae la figura de la tradicional clasificación, sino que, además, le atribuye rango legal[1265]; o, también el de GASCÓN Y MARÍN, que –de acuerdo con la situación de monopolio normativo– directamente dirá que «la plenitud de potestad legal del Jefe del Estado para dictar normas jurídicas de carácter general (...) hace innecesario tratar actualmente la ordenanza de necesidad»[1266].

2.- DEL BLANQUEAMIENTO DEL RÉGIMEN EN LA LEY DE CORTES DE 1942 A LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO DE 1967

Terminada la Guerra Civil, el régimen del General Franco intentaría consolidarse como sistema político. Una herramienta fundamental en la búsqueda de una aparente legitimidad fue la creación de las Cortes franquistas en 1942; institución a la que le seguiría una miríada de Leyes en los años subsiguientes que –con cierta presión doctrinal– buscarían dulcificar los excesos del autoritarismo mediante el reconocimiento de garantías en favor de los administrados.

[1264] Como señalaba GASCÓN HERNÁNDEZ, J., «Problemas actuales del Decreto-ley», en *Revista de Administración Pública*, número 15, septiembre/diciembre 1954, pág. 104, «el Decreto-ley no tiene sentido ni significación cuando el poder legislativo y el ejecutivo aparecen reunidos en una sola persona, y existe unión institucional entre el órgano legislativo y el órgano de Gobierno». Lo mismo puede aplicarse a los reglamentos de necesidad.

[1265] ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 17ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1942, pág. 42. Me tomo la libertad de transcribir sus expresivas palabras: «las ordenanzas de necesidad o urgencia son actos con fuerza de ley, esto es, análogos por sus efectos a las leyes formales, aunque tengan un carácter provisional. No puede, pues, decirse que sean reglamentos, puesto que no emanan de la potestad propia de la Administración, sino de las facultades extraordinarias concedidas al Poder ejecutivo que, en esos momentos de urgencia, sustituye material y formalmente al Poder legislativo. Son, repetimos, verdaderas leyes formales dictadas por el Poder ejecutivo, quien en tales circunstancias obra en calidad de legislador (...) por eso creemos que en una clasificación de los reglamentos con relación a la ley, deben excluirse las llamadas ordenanzas de necesidad». De hecho, en páginas anteriores –39 y ss.– encaja los «decretos u ordenanzas de necesidad» bajo la rúbrica de «otros actos del Estado con fuerza de ley», incluyendo aquí todos los ejemplos que en anteriores ediciones tildaba de reglamentos de necesidad (las disposiciones de 1898, 1899 y las de 1914), añadiendo además que «[l]as Constituciones que siguieron a la guerra de 1914 procuraron regular esta legislación provisional estableciendo los casos en que podían ser dictados estos decretos de urgencia (caso de estar disuelto el Parlamento), los motivos o la causa (la salvaguardia del Orden público), las materias sustraídas a los mismos y aun su duración», poniendo el ejemplo de la Constitución austriaca de 1935 o la polaca de 1935 (que contenían preceptos inspirados en el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar).

[1266] GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, C. Bermejo Impresor, 8ª ed., Madrid, 1943, pág. 111.

Ahora bien, estas normas administrativas –donde destacan la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 o las de Régimen jurídico y Procedimiento administrativo de 1957 y 1958, respectivamente– se han de añadir otras relativas al Derecho de necesidad. Me refiero, claro está, a la Ley de Orden Público de 1959, así como a la configuración de un sistema de protección civil a partir de los años sesenta.

Este contexto permitía mantener la tradicional *summa divisio* de nuestro Derecho de necesidad: «actos» de los hombres reconducidos al orden público, como alteraciones político-sociales; «hechos» de la naturaleza regulados por las normas de seguridad pública y, ahora, también de protección civil. Esta sofisticación jurídica permitía rescatar la doctrina de los reglamentos u ordenanzas de necesidad, que estaban aún recuperándose de un contexto en el que no habían sido necesarias pero que, sin embargo, se habían perpetuado por los distintos tratadistas por inercia, así como por la autoridad de los iuspublicistas de principios de siglo.

Sin embargo, el mantenimiento del Decreto ley como institución de Derecho de crisis, y su extenso ejercicio durante la época que nos ocupa, forzaría a la doctrina de los años cuarenta y cincuenta a recoger las tesis italianas del *Decreto legge*; tesis que, en muchos casos, terminaban por reconducir a la figura de las ordenanzas de necesidad. Esta situación, anudada al mantenimiento de la trilogía de VON STEIN en los tratadistas de la época, llevaría a su equiparación plena. La solución era inteligente: se seguía manteniendo la aducida clasificación reglamentaria –con toda su potencia pedagógica– en un contexto político en el que el recurso a una norma de rango inferior a la Ley que permitiese contradecir a la anterior tenía escasa utilidad.

A).- UNA «NUEVA» –Y TÍMIDA– DISTRIBUCIÓN DEL PODER NORMATIVO: LA LEY DE CORTES

La llegada de la Ley de Cortes, de 17 de julio de 1942 –segunda de las Leyes Fundamentales del Régimen; en adelante LC–, va a suponer una aparente quiebra del monopolio normativo iniciado con la Guerra Civil. Se usa la expresión «aparente» porque la tradicional configuración estaba tan enquistada que, incluso, a raíz de la promulgación de esta norma, la doctrina discutiría si la potestad legislativa seguía

encuadrada en el Jefe del Estado o si, por el contrario, ahora quedaba compartida entre éste y las Cortes[1267].

Y es que, en efecto, la norma no derogó las Leyes de 1938 y 1939. Así, formalmente, el Jefe del Estado seguía manteniendo sus poderes legislativos, dejando de hacer uso de ellos sólo «en el terreno de los hechos»[1268]. Es más, las Leyes se seguían entendiendo como una mera propuesta del Jefe del Estado, que sólo llegaban a la vida tras su promulgación por éste (por lo que, en congruencia, podían ser también vetadas por él[1269]). Los poderes normativos del Ejecutivo se complementaban además con un generoso reconocimiento del Decreto ley, en el sentido que analizaremos posteriormente. En otras palabras: el monopolio del poder legislativo seguía estando en manos del «Generalísimo», que –por cuestiones de apariencia– lo ejercía a través de las recién estatuidas Cortes[1270] y, en su caso, por medio de la figura del Decreto ley, reverdecida por la Ley de Cortes en su artículo 13, en calidad de sustitutivo menos evidente de las castizas «Leyes de prerrogativa»[1271].

[1267] El artículo 1 LC decía que «las Cortes son el órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado. Es misión principal de las Cortes la preparación y elaboración de las Leyes, sin perjuicio de la sanción, que corresponde al Jefe del Estado». De la falta de contundencia en afirmar que la potestad legislativa radicaba en las Cortes, la mayoría de la doctrina de la época, y en base a la Exposición de Motivos de la propia norma, entendieron que tal potestad de hacer Leyes pertenecía en exclusiva al Jefe del Estado (así Federico DE CASTRO, ROYO-VILLANOVA, GARCÍA OVIEDO, MARTÍNEZ USEROS, GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA, etc.). Clara es a este respecto la afirmación de GASCÓN HERNÁNDEZ, «Problemas actuales del Decreto-ley (*cit*.)», pág. 95, de que «[e]n España es, pues, Ley la expresión de la voluntad del Caudillo, sin duda el supremo órgano legislativo». En contra de esta posición minoritaria se alzaron algunos unos pocos autores como SALAS HERNÁNDEZ, o ÁLVAREZ GENDÍN, quienes entenderían que más bien la potestad legislativa era compartida entre las Cortes y el Jefe del Estado. Al respecto, *vid*. un resumen en SALAS HERNÁNDEZ, *op. cit*., págs. 47-48, en donde nutre esta problemática con extensa bibliografía y recuerda que, en la práctica, las Cortes no dictaron Ley alguna –por cuestiones organizativas– hasta julio de 1943.

[1268] SANTAMARÍA PASTOR, «El sistema de fuentes del Derecho… (*cit*.)», pág. 537-538, añade que sólo se ejerció tal poder «en contadísimas ocasiones».

[1269] SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit*., pág. 537-538, aunque matiza el autor que «es cierto que este poder de veto nunca fue utilizado».

[1270] *Cfr*. con GALLEGO ANABITARTE, *op. cit*., pág. 19, para quien con la Ley de Cortes de 1942 se produce una «distribución del poder normativo», entendiendo que la potestad de emitir Leyes por el Jefe del Estado –como, por ejemplo, la Ley de Referéndum de 1945– ha de entenderse como «excepcional» y estudiarse al margen.

[1271] Como indica SALAS HERNÁNDEZ, J., «Los Decretos-leyes en la Constitución de 1978», en la obra colectiva *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Vol. III, 1ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág. 1800, los Decretos leyes en este periodo «venían a ser, en realidad, Leyes de prerrogativa 'camufladas', no siendo, por lo demás, infrecuentes los supuestos en que de tales sólo tenían el nombre». En sentido similar, resalta SANTAMARÍA PASTOR, «El sistema de fuentes del Derecho… (*cit*.)», pág. 539, que «puede decirse que la técnica del Decreto-ley fue empleada, de hecho y en muchas ocasiones, como la forma disimulada (seguramente por razones de imagen exterior del régimen) a través de la cual el Jefe del Estado continuaba ejerciendo su originaria potestad legislativa».

Respecto de la idea de Ley, se parte del concepto que nos da la Ley de 1938: como «disposiciones y resoluciones» que «afecten a la estructura orgánica del Estado» o «constituyen las normas principales del Ordenamiento jurídico del país»; configuración que se complementa con el artículo 10 de la Ley de Cortes de 1942 que enumera tales materias «principales» y «estructurales» (presupuesto, tributos, etc.)[1272].

La situación expuesta –tanto respecto de la producción normativa de las Cortes como de la normalización del Decreto ley– provocará que la literatura jurídica –unida a la práctica administrativa y jurisprudencial– se viese obligada a realizar un esfuerzo interpretativo, con el objeto de recuperar, paulatinamente, una cierta delimitación entre las categorías de Ley, Decreto ley y reglamento. A tal efecto, y desde principios de los años cincuenta –siendo especialmente destacable las aportaciones de la denominada «generación de la RAP»[1273]– la doctrina fue construyendo un ordenamiento jurídico en el que se daban cita los esquemas democráticos de la configuración del poder, pese a su expresa contradicción con los fundamentos del Régimen. Es así como se insertan en la configuración de las fuentes del Derecho principios tradicionales que, en lo que a nosotros interesa, se plasman en el de la jerarquía normativa y primacía de la Ley respecto del reglamento o la idea misma de reserva de Ley[1274].

La «presión» doctrinal –recuerda SANTAMARÍA PASTOR– tuvo efectos desiguales. El Régimen terminaría por aceptar algunos estos principios, siempre y cuando fueran compatibles con la esencia del Movimiento, al tiempo que neutralizaba –en la vía de las garantías procesales– su activación en defensa del administrado[1275]. Esto hacía que la potestad reglamentaria –por cierto, entendida como originaria[1276]– se configurase en su relación con la Ley de modo que, en términos amplios, no distaba

[1272] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 75 y ss.
[1273] Un resumen sobre el origen, evolución y significación de la *Revista de Administración Pública* y su generación puede verse en MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, págs. 439 y ss.
[1274] La doctrina partía de una tremenda desconfianza respecto del poder reglamentario, hasta el punto hablarse de un «mortífero y penetrante (mucho más que cualquier otro) poder de hacer normas» por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, septiembre/diciembre 1959, pág. 166.
[1275] SANTAMARÍA PASTOR, «El sistema de fuentes del Derecho… (*cit.*)», págs. 540 y ss. Es un ejemplo claro el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957, en cuanto rezaba: «[l]a Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes». Este precepto puede entenderse como continuación de la lógica de la primacía y de la reserva de Ley iniciada por el artículo 10 LC, como defiende GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 22 y ss., aunque entendida ésta no en el sentido liberal tradicional –como esfera intangible para el Ejecutivo de incidir sobre la libertad y propiedad– sino, más bien, en el competencial, es decir, de la existencia de ciertas materias que sólo pueden ser reguladas por Ley.
[1276] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 28. Puede decirse que así lo fue durante toda la dictadura.

demasiado del encaje tradicional en nuestro país. Y es que esta potestad se entendía prácticamente por exclusión: si el artículo 10 LC se refería a las «materias» que habían de ser reguladas a través de Ley, entonces las demás materias podrían regularse a través de reglamento, aunque con excepciones[1277]. Y ello pese a que ninguna de las Leyes Fundamentales proclamase con contundencia la potestad reglamentaria hasta que así lo hiciese la Ley Orgánica del Estado en 1967.

Bajo este marco de relación Ley-reglamento, no era posible dictar reglamentos ilegales, entendidos éstos como emitidos sin habilitación previa por una Ley o creados al margen, pero sin producir injerencia en su ámbito material. La dinámica expuesta arrojaba los reglamentos ejecutivos –y de complemento de la Ley–, así como los de carácter independiente. No era posible –se insiste– emitir reglamentos *contra legem* en el sentido clásico, ni siquiera en casos de necesidad, sino que la posibilidad de actuar dictando «todas las medidas necesarias» debía de estar prevista en las Leyes bajo una cláusula habilitante *ad hoc*.

Pese a ello, la trilogía de VON STEIN se mantenía. Y es que seguía siendo útil y explicando la realidad jurídica: una realidad en la que el tradicional reglamento de necesidad seguía sin tener demasiado sentido en este contexto. Esto explica que – como no podía ser de otra manera– terminase por reconducirse a la figura del Decreto ley; institución que todavía gozaba de una cierta pátina de instrumento de Derecho de necesidad, especialmente durante los años cuarenta y cincuenta.

B).- LA EVOLUCIÓN DE LOS PODERES DE NECESIDAD: EL MANTENIMIENTO DE LA *SUMMA DIVISIO* ENTRE ORDEN PÚBLICO Y POLICÍA

El Derecho de necesidad presente durante todo el periodo franquista es prolífico en cuanto a las categorías y formas y exorbitante en cuanto a sus manifestaciones. Ahora bien, puede decirse que, en cuanto al fondo, no se produce alteración sustancial alguna respecto de nuestra configuración tradicional, que hunde sus raíces en el siglo

[1277] *Cfr*., con GALLEGO ANABITARTE, *op*. *cit*., págs. 53 y ss., quien trata de configurar los límites del reglamento, entendiendo que el Consejo de Ministros «no tiene un poder normativo residual y absorbente (todo lo que no es Ley, es competente el Consejo de Ministros), sino que las materias o asuntos de los que conocen le tiene que corresponder 'por precepto legal o reglamentario' o en virtud de su 'importancia'»; esfuerzo que –entiendo– terminaba por tornar estéril bajo un régimen autoritario.

XIX y establece una marcada delimitación entre orden público y el resto de las situaciones de crisis[1278].

Esto se hace patente en la tradicional configuración de la «suspensión» de derechos, que se plasma en el artículo 35 del Fuero de los Españoles –prevista sólo para situaciones de alteración del orden público[1279]–, o, también, en las reformas que se producirán en la materia a finales de los años cincuenta y principios de los sesenta de las instituciones de orden público, destinadas a reprimir las «actuaciones» de los hombres. El caso más evidente es la creación del Tribunal de Orden Público en 1963, destinado a perseguir delitos de carácter político[1280].

El esquema se complementa con otros instrumentos extraordinarios que excederían del indicado «orden público» y que irían desde un conjunto heterogéneo de normas de policía en las más diversas materias –salud pública, incendios u otras calamidades; todas ellas destinadas a confrontar los «hechos» de la naturaleza o de la tecnología–, hasta otras figuras con reconocimiento «constitucional», como el Decreto ley.

Ahora bien, y pese al arsenal normativo aducido y al contexto autoritario, la doctrina de la época tiene claro que «la necesidad debe tener ley; una ley peculiar». Atrás quedan las justificaciones de los reglamentos ilegales –dictados ante situaciones de crisis– de principios de siglo, terminando por consolidarse la idea de que la exigencia anterior es fundamento del Estado de Derecho[1281]. Se precisaba entonces –al menos en teoría– una habilitación legal para activar las disposiciones de Derecho de necesidad,

[1278] En este sentido, BALLBÉ, *op. cit.*, págs. 399-400, subraya que el llamado «nuevo Estado» no es tal «si nos ceñimos al conjunto de aparatos y técnicas jurídicas relacionadas con el orden público. Aspecto institucional, éste, que no es baladí porque las instituciones de orden público no son unas más en el conjunto del Estado franquista, sino que constituyen la médula de la dictadura (...) el esquema institucional franquista, en cuanto al orden público, no toma una nueva senda, sino que simplemente acomete, aunque con mayor decisión, la ya trazada durante los siglos XIX y XX».

[1279] Al igual que las Constituciones de 1876 (artículo 17) y 1931 (artículo 42), el Fuero de los Españoles habla de «suspender» ciertos derechos y libertades: libertad de expresión, libertad y secreto de la correspondencia –garantía sólo suspendible bajo el Fuero y no en los dos textos anteriores–, libre fijación de residencia, inviolabilidad del domicilio, derechos de reunión y asociación, inviolabilidad personal y, en fin, garantía del «habeas corpus». Como puede verse fácilmente estamos ante derechos cuya suspensión puede ser útil para apagar una asonada o un tumulto, pero que de poco serviría para hacer frente a una catástrofe natural u otros «hechos» de la naturaleza o la técnica.

[1280] Sobre los motivos de este replanteamiento de las instituciones de orden público que suponían «un cierto intento de administrativización de la represión», desgajándose –muy tímidamente, eso sí– de lo militar, *vid*. BALLBÉ, *op. cit.*, págs. 419 y ss. Y sobre la institución en sí, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), págs. 276 y ss.

[1281] BOQUERA OLIVER, «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales (*cit.*)», pág. 186 y ss.

bien de orden público, bien de policía o seguridad pública. La separación tradicional se mantenía, si bien de las aproximaciones doctrinales –así como del empeño de los autores por reconducir estas actuaciones a la legalidad– terminará por alumbrarse la configuración definitiva del «reglamento de necesidad»[1282].

i).- LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE CATÁSTROFES, CALAMIDADES Y DESGRACIAS PÚBLICAS EN LA LEY DE ORDEN PÚBLICO DE 1959

La Ley de Orden Público de 1933 se mantuvo vigente durante toda la primera mitad del periodo franquista, aplicándose con mayor asiduidad de lo debido y de modo complementario a otras normas de cariz excepcional[1283], destacando especialmente el artículo 35 del Fuero de los Españoles de 1945, que permitía suspender los derechos en él enumerados a través de Decreto ley[1284].

Su sustitución por la nueva Ley de Orden Público de 1959 continúa la línea histórica tradicional: enumeración de una serie de estados excepcionales vinculados al orden público y cuya activación permitía –en determinados supuestos– «suspender» los derechos reconocidos en el texto constitucional (ahora Leyes Fundamentales y, singularmente, el Fuero de los Españoles). Ahora bien, esta realidad jurídica contrastaba fuertemente con la de cariz práctico: el uso –y abuso– de los poderes de orden público fueron la moneda de cambio corriente durante la época, incluso bajo situaciones de la más absoluta normalidad.

De ahí que se haya afirmado de esta nueva Ley de Orden Público (en adelante, LOP) que «lo más destacable de ella no son los diferentes estados excepcionales que prevé, que no son más que una sistematización puramente formal, pues, como venimos demostrando, la excepcionalidad en todo el ámbito jurídico del régimen de libertades y

[1282] Durante la época se llegó incluso a llamar la atención sobre esta atomización de las disposiciones de crisis del ordenamiento jurídico español, dejando dilucidar tal preocupación, aunque, en este caso, sólo respecto de la disociación de la normativa de orden público y las habilitaciones de necesidad a favor del Alcalde. Son expresivas, al efecto, las palabras de BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 189-190, en cuanto indicaba que «la falta de una teoría general sobre las consecuencias jurídicas de las circunstancias excepcionales y la dificultad de su regulación conjunta, quizá sean las razones que expliquen en que nuestro derecho positivo se hayan regulado en disposiciones independientes distintos tipos de circunstancias excepcionales y las atribuciones que en cada caso correspondían a las autoridades locales».
[1283] Me refiero, entre otras muchas, a la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939; a la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo de 1 de marzo de 1940; a la Ley de Seguridad del Estado de 1941; o al Decreto de Bandidaje y Terrorismo de 1960. Sobre el tema, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción...* (*cit.*), págs.157 y ss.; BALLBÉ, *op. cit.*, págs. 410 y ss.
[1284] Sobre el tema, FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, págs. 181 y ss. Téngase en cuenta también que la Ley de Orden Público de 1933 fue adaptada a las previsiones del Fuero de los Españoles a través de Decreto de 18 de octubre de 1945.

Orden Público es una realidad cotidiana»[1285]. Sea como sea, la nueva norma sustituye el sistema tripartito presente en la Ley de 1933, volviendo al sistema clásico de los estados de excepción y guerra. Es destacable para nuestra investigación destacar la configuración del «orden público» en su artículo 1[1286], y, especialmente, la enumeración que realiza en su artículo 2 al aludir a los «*actos* contrarios al orden público»[1287].

En otras palabras: se explicita la *summa divisio* de nuestro Derecho de necesidad. Los «actos» de los hombres entran en el plano del orden público y los «hechos» naturales quedan en el terreno de la seguridad pública[1288]. Ahora bien, y pese a esta afirmación, hay dos disposiciones en la nueva LOP que generan –aparentemente– una cierta quiebra en esta tradicional dicotomía. El primero de ellos es el artículo 17. El precepto –ubicado dentro del Capítulo II de la Ley, que lleva por rúbrica «De las facultades gubernativas ordinarias»– se erigía como una habilitación a aplicar en situaciones de normalidad, sin necesidad de declaración de los estados excepcionales previstos en la LOP. Concretamente, destacaba:

«Uno. En los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia pública, las Autoridades gubernativas deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectables y darán inmediata cuenta al Gobierno para que éste resuelva lo procedente.

[1285] BALLBÉ, *op. cit.*, pág. 420. Añade el autor que «no se utilizó nunca el recurso del estado de guerra, no porque en ningún momento fuera necesario, sino porque el control y la represión reales se hallaban en diferentes medidas utilizables en cualquier momento de 'normalidad' institucional» y, más adelante –pág. 453– reitera en la cuestión al indicar que «el franquismo se movió en todo momento bajo dos planos normativos, ninguno de ellos en la reserva, sino aplicables sin necesidad de la previa declaración del estado de excepción o suspensión de garantía alguna». Un análisis pormenorizado de esta norma lo encontramos en FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, págs. 225 y ss., y ya, *in extenso*, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Orden Público*, 1ª ed., Publicaciones Abella, Madrid, 1971; JIMÉNEZ ASENJO, E., *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

[1286] El precepto daba una configuración del orden público muy similar a la presente en la LOP de 1933, al precisar que «[e]l normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes, constituyen el fundamento del orden público».

[1287] Como recuerda MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 125, los nueve apartados del precepto –que no vamos a reproducir por su extensión– se refieren a sucesos provocados por la mano del hombre, y no naturales, industriales, tecnológicos o de otra índole. Esto puede constatarse también del análisis del precepto que realiza GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Orden Público* (*cit.*), págs. 61 y ss.

[1288] La LOP de 1959 fue reformada en dos ocasiones: por Ley de 21 de julio de 1971 y por Real Decreto Ley de 25 de enero de 1977. Ninguna de estas dos reformas altera la tesis aquí expuesta. Sobre ellas, *vid*. FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, págs. 346 y ss., y 447 y ss., respectivamente.

Dos. En todo caso, la Autoridad y sus Agentes podrán requerir la ayuda y colaboración de otras personas y disponer de lo necesario en auxilio de las víctimas. Las resoluciones que adopten serán ejecutivas».

Este precepto trae causa del artículo 15 de la LOP de 1933 que hemos visto en un momento anterior. Son aplicables los mismos razonamientos entonces esgrimidos: estamos ante una habilitación genérica que permite no sólo a las autoridades locales actuar tomando cualesquiera medidas para hacer frente a la calamidad concreta –seguridad pública–, explicándose su ubicación en una Ley de Orden Público en las posibles alteraciones de éste que puedan producirse a raíz de la misma catástrofe[1289]. No vamos a insistir más en este punto.

Más interesante resulta el artículo 25 de la nueva LOP de 1959, en tanto en cuanto –regulando la activación del estado de excepción– indicaba:

«Uno. Cuando, alterado el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo, podrá el Gobierno, mediante Decreto-ley, declarar el estado de excepción en todo o parte del territorio nacional, asumiendo los poderes extraordinarios que en este capítulo se determinan. De igual modo podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare.

Dos. El Decreto-ley que se dicte determinará qué garantías jurídicas de las reconocidas por el Fuero de los Españoles quedan suspendidas con arreglo a su artículo treinta y cinco y si no lo fueran todas, podrá acordarlo en Decretos-leyes sucesivos dictados en los casos y momentos que estime pertinentes».

Es decir, que el precepto permitía declarar el estado de excepción partiendo de dos presupuestos de hecho diferenciados: por un lado, cuando hubiese alteración del orden público y los poderes ordinarios no fuesen suficientes para restaurarlo; y,

[1289] En este sentido, también MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 125. Una exégesis del precepto en sí puede verse en GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, págs. 201 y ss., quien subraya que en estos supuestos «podrá adoptarse cualquier tipo de medida. Prácticamente podrá hacerse todo lo que conduzca a evitar, reparar, atenuar o mitigar los daños» llegando la discrecionalidad «a su máxima expresión» dado que las medidas «no pueden previamente limitarse o especificarse. No cabe la determinación. Podrán adoptarse todas las que sean, no ya necesarias, sino simplemente convenientes» puesto que en estas circunstancias «todo es lícito, incluso sin sujeción a trámites o procedimientos» (pág. 204). De forma similar, JIMÉNEZ ASENJO, *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959* (*cit.*), pág. 70, entiende que una catástrofe de esta índole supone «una derogación de las Leyes promulgadas para situaciones controladas» pasando a regir la «Ley del estado de necesidad» y siendo posible exigir la colaboración de las personas y las cosas «sin más límites que el que la propia calamidad impone».

alternativamente –o, en su caso, solapándose con el anterior supuesto– cuando «la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare»[1290]. Esta última referencia hace de esta Ley de Orden Público –dice BOQUERA OLIVER– «la primera de este nombre que, desbordándolo ha regulado las alteraciones de orden público y otras circunstancias excepcionales», sin perjuicio de que, añade, los poderes previstos en su capítulo regulador «están pensados para el caso de desórdenes públicos o alteración de la tranquilidad ciudadana, y no para enfrentarse con calamidades de origen, pudiéramos decir, natural»[1291]. Aunque el autor tiene razón en este punto, no puede negarse la hipotética utilidad de poder proceder a la suspensión de derechos bajo el manto del estado de excepción, como la experiencia reciente ha demostrado en nuestro país.

Por ello –y aunque la referencia es más o menos residual y con las limitaciones indicadas– la LOP de 1959 llevó a cabo un cierto acercamiento regulatorio entre las situaciones naturales de necesidad y las de corte político-social, sin que ello ensombrezca el hecho de que esta norma reconocía potestades e instrumentos diversos para combatir efectivamente los «actos» de los hombres y no los «hechos» de la naturaleza, de la industria o la tecnología, manteniendo así la tradicional división de nuestro Derecho de necesidad[1292].

ii).- LA SEGURIDAD PÚBLICA FRENTE A «HECHOS» NATURALES E INDUSTRIALES: EL SISTEMA DE PROTECCIÓN CIVIL COMO MECANISMO DE CENTRALIZACIÓN DE LOS PODERES DE NECESIDAD

Un breve vistazo a las normas de régimen local y a las de policía especial vigentes durante la época franquista permite afirmar –sin ambages– un marcado continuismo en lo relativo a los poderes de necesidad de las autoridades locales.

[1290] Así lo entienden también GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, págs. 295 y ss. –especialmente 299-300– y JIMÉNEZ ASENJO, *op. cit.*, págs. 107 y ss.
[1291] BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 196, nota 17.
[1292] En este sentido, destaca OCHOA MONZÓ, *El régimen jurídico de los riesgos mayores: la protección civil* (*cit.*), págs. 173 y ss., que este artículo 17 de la LOP supondrá que «las potestades en materia de protección civil comienzan a fundamentarse entonces en el concepto de orden público, lo que hizo más tarde que la protección civil fuera un desarrollo genérico de este título o un aspecto del mismo» puesto que «'lo policial' no es extraño a la protección civil, sino antes un precedente importante». Al efecto, *vid.*, también, IZU BELLOSO, «De la protección civil a la gestión de emergencias. La evolución del marco normativo (*cit.*)», págs. 317-318.

En efecto –y en sentido prácticamente idéntico al Estatuto Municipal– encontramos la clásica habilitación genérica a favor del Alcalde en la Ley de Bases de Régimen Local de 19 de julio de 1945, concretamente en la Base 14ª, II, d), que indicaba que: «corresponde al Alcalde, como Delegado del Gobierno en el término municipal (…) adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de gravedad producida por epidemia, trastornos de orden público, guerra, inundación o cualquier otro accidente análogo, las medidas que juzgue necesarias, dando cuenta al Gobernador civil y al Ayuntamiento».

Y en sentido similar se pronunciará después el Texto Articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1950, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 (en adelante, LRL) que en su artículo 117.d) disponía que: «corresponderá al Alcalde como delegado del Gobierno en el término municipal (…) adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de gravedad producida por epidemia, trastornos de orden público, guerra, inundación o cualquier otro accidente análogo, las medidas que juzgue necesarias, dando cuenta inmediata al Gobernador civil y al Ayuntamiento».

Por su parte, para el Gobernador Civil se disponía de una cláusula general similar a la edilicia, pero de carácter más limitado, al circunscribirse únicamente al plano sanitario. En efecto, mientras la Ley de Bases de 1945 omitía estos poderes a su favor[1293], el artículo 264.1 de la LRL de 1950 disponía que: «Como representante del Gobierno en cada Provincia, el Gobernador civil tendrá, entre las facultades inherentes a su cargo la de velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones sanitarias, adoptando en casos urgentes, y bajo su responsabilidad, las medidas que estime necesarias para preservar la salud pública de epidemias, enfermedades contagiosas, focos de infección y otros riesgos análogos, dando cuenta inmediata al Ministro de la Gobernación. En estos casos y en toda intervención sanitaria reclamará el asesoramiento del Jefe provincial de Sanidad, y, si lo creyera necesario, el del Consejo provincial de este Ramo»[1294].

[1293] Aunque es cierto que la base 36 –relativa a las atribuciones de los Gobernadores Civiles– indicaba que les corresponde a ellos «[e]jercer las funciones que la legislación vigente le confiere en materia de sanidad» y, como veremos, la Ley de Sanidad de 1944 habilitaba a «las autoridades» para tomar «las medidas que estimen oportunas», habiendo de incluirse aquí –claro está– a los Gobernadores Civiles.

[1294] El precepto se complementaba con un inciso segundo, que añadía que: «[l]os Gobernadores civiles podrán revocar los acuerdos o desestimar las propuestas de los Jefes provinciales de Sanidad, pero habrán

Además de estas previsiones genéricas, encontramos otras disposiciones complementarias[1295], siendo destacables las presentes a favor de los Gobernadores en el Decreto de 10 de octubre de 1958, por el que se regulan sus atribuciones y deberes; norma en la que se prevén algunas cláusulas generales de necesidad tradicionales en nuestro Derecho histórico, aunque –eso sí– ahora previstas en una mera norma de carácter reglamentario[1296].

Ahora bien, serán los poderes insertos en el artículo 117.d) LRL los que suscitaron realmente algún tipo de interés doctrinal[1297], discutiéndose cuestiones que recuerdan a las presentes en la doctrina italiana, como las relativas a las actuaciones del

de hacerlo bajo su responsabilidad en providencia escrita, de acuerdo con la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944».

[1295] En sentido similar, el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, destacaba que los Ayuntamientos «podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos (…) 1.º En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas». No obstante, y como bien advierte BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 196, este criterio –que se aparta del presente en el artículo 117 LRL– «no tiene ninguna virtualidad jurídica». Disposiciones similares a la aquí presente las encontramos en el artículo 11 de la Ley 8/1968, de Incendios Forestales; la Base 4ª de la Ley de Sanidad de 1944; o, en fin, el propio artículo 17 de la LOP. En todos estos casos estamos ante cláusulas generales de necesidad que pueden ser activadas por el Alcalde –o el Gobernador Civil, en su caso– en sentido idéntico a la previsión de la LRL que aquí se anota.

[1296] Artículos 23.d), 25, 28, 31 y 33. Destaca el artículo 25, que contiene la clásica cláusula general para casos de epidemia: «Los Gobernadores civiles tendrán a su cargo velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones sanitarias, adoptando en casos urgentes, y bajo su responsabilidad *las medidas que estimen necesarias* para preservar la salud pública de epidemias, enfermedades contagiosas focos de infección y otros riesgos análogos dando cuenta inmediata al Ministerio de la Gobernación. En estos casos reclamarán el asesoramiento del Jefe provincial de Sanidad»; así como los artículos 31 y 33.3º que –parece– hacen lo propio para casos de desabastecimientos –«adoptarán las medidas y dictarán las instrucciones necesarias»– y de industrias, electricidad y gas –«las medidas extraordinarias que requieran el disfrute de estos servicios»–, respectivamente. Otros ejemplos –también en normas de carácter reglamentario– se encuentran en el artículo 17.5º del Decreto de 26 de julio de 1956, por el que se dictan las normas generales sobre organización y funcionamiento del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales, que proclamaba que: «En los casos graves y urgentes, y bajo su responsabilidad, el Asesor-Inspector podrá suspender del ejercicio del cargo a los funcionarios que considere perjudiciales al servicio *y adoptar las medidas extraordinarias que juzgue oportunas* para garantizar los intereses de la Provincia o del Municipio, dando cuenta inmediata de todo ello al Presidente de la Corporación respectiva, al Gobernador civil, al Jefe del Servicio Central y al Delegado regional». Es destacable también el artículo 6.1 de la LOP de 1959, en tanto en cuanto indica que: «Los Gobernadores civiles, a los efectos de esta Ley, asumirán, subordinados al Ministro de la Gobernación el ejercicio de la Autoridad gubernativa en el territorio de su respectiva provincia y adoptarán las medidas adecuadas para la conservación y restauración del orden público (...)», aunque –como indica el propio precepto– la adopción de estas «medidas adecuadas» queda supeditada a lo previsto en la misma Ley.

[1297] Al efecto, *vid*., el ya citado estudio de BOQUERA OLIVER, «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales (*cit*.)», págs. 179 y ss.; también, del mismo año, GONZÁLEZ-BERENGER URRUTIA, J. L., «Algunos problemas que plantea el artículo 117 de la Ley de Régimen Local», en *Revista de estudios de la vida local*, núm. 128, marzo-abril 1963, págs. 161 y ss.; y, en fin, SALAS HERNÁNDEZ, «Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración (*cit*.)», págs. 456 y ss.

Alcalde en materia de imputación o de responsabilidad[1298]. En términos generales, se aplaudió la previsión –por entenderse que permitía conjugar la imprevisibilidad propia de la necesidad con el reconocimiento o la habilitación legal, habida cuenta de la posibilidad, en todo caso, de intervención judicial *a posteriori*[1299]– si bien existieron algunas voces discordantes que criticaron su indeterminación y sostuvieron la supresión del precepto y la sustitución de tales poderes por otros insertos en el marco de la declaración del estado de excepción[1300].

Por lo demás, buena parte de la doctrina tardofranquista –como veremos– optó por incluir estos preceptos como habilitantes para dictar reglamentos u ordenanzas de necesidad[1301], siguiendo la línea histórica citada, al tiempo que el Tribunal Supremo de

[1298] La referencia –por otro lado, también presente en nuestra actual LRBRL– de que tales actuaciones se realizan «bajo su responsabilidad» anudada a la tradicional dicotomía entre competencias ejercidas en calidad de jefe municipal o delegado del Gobierno planteó alguna que otra discusión. Así, BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, págs. 201 y ss.; GONZÁLEZ-BERENGER URRUTIA, «Algunos problemas que plantea el artículo 117 de la Ley de Régimen Local (*cit.*)», págs. 171 y ss.; y, en fin, SALAS HERNÁNDEZ, «Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración (*cit.*)», págs. 465 y ss.

[1299] GONZÁLEZ-BERENGER URRUTIA, *op. cit.*, págs. 162-164, subrayando además que –en el diálogo posterior a la conferencia pronunciada por BOQUERA OLIVER– otros autores como ENTRENA CUESTA o PÉREZ OLEA mantenían esta posición favorable en relación con el precepto en cuestión que, además, encaja dentro de las «cláusulas residuales», tildándolas de «cláusulas de amplísimo contenido, verdaderos cheques en blanco». Entiende que, aunque estas previsiones puedan entenderse como atentatorias respecto de los intereses ciudadanos, más lo sería el que «el Ayuntamiento, ante un evidente e inminente peligro público, tuviera que cruzarse de brazos por falta de norma que aplicar, o insuficiencia en las precisiones de aquélla, o por la imposibilidad de atentar derechos o intereses legítimos» y que su sola presencia en las Leyes implica cumplir las exigencias del principio de legalidad, aunque, en la práctica, terminan por colocar a la Administración «exactamente en la acera opuesta de aquello que se ha considerado como la máxima aspiración del Estado de Derecho: convertir a la Administración en una simple ejecutora de los mandatos del Legislativo». Además, parece también justificar esta técnica en «el interés general al que la Administración sirve», puesto que la norma no puede prever todos los supuestos posibles, siendo necesario que la Administración actúe siempre ante tales situaciones excepcionales (pág. 162) y en el hecho de que «toda extralimitación del Alcalde (…) podrá ser corregida, sin el peligro de las antiguas inmunidades, por el órgano jurisdiccional» (pág. 164).

[1300] Es el caso de BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 195, que critica estas cláusulas generales abogando por una tipicidad absoluta de las medidas a adoptar, indicando que del precepto «aflora el convencimiento de que en circunstancias excepcionales la autoridad puede hacer lo que estime necesario», tildando esta configuración de «evidente y lamentable paso atrás». Sostiene que, dado que la LOP de 1959 afecta muy poco a las atribuciones de los Alcaldes –puesto que aunque la declaración del estado de excepción podía producirse, hemos visto, como consecuencia de una calamidad pública, lo cierto es que el Gobierno no actuará de tal modo y simplemente porque se haya producido una catástrofe a nivel municipal– sería conveniente –defiende– una reforma de la Ley de Régimen local en la que «con las necesarias adaptaciones (…) se obligara a los Alcaldes a declarar el estado de excepción mediante bandos, cuando una calamidad alterara el vivir en el término municipal, y, simultáneamente, a publicar medidas generales que hubiera inicialmente adoptado en virtud de su potestad reglamentaria» (págs. 203 y ss.).

[1301] Excepciones a esta catalogación son BOQUERA OLIVER y GONZÁLEZ-BERENGUER en sus artículos citados. Con contundencia, SALAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 457 y 459, habla de «ordenanzas de necesidad».

la época fraguó una importante jurisprudencia en torno a tales poderes; resoluciones de capital importancia por ser muchos de sus razonamientos aplicables hoy en día[1302].

Sin embargo, es importante destacar que el artículo 117.d) LRL fue visto por algún autor como una quiebra respecto a la evolución histórica de estos poderes edilicios. En este sentido, se destacó que –pese a la similitud en la redacción del precepto frente a sus predecesores– se atribuye por primera vez al Alcalde un poder para resolver por sí mismo la situación –aunque dando cuenta inmediata al Gobernador Civil y al Ayuntamiento– en contraposición al presente en el Estatuto de Calvo Sotelo o en la Ley republicana, que, meramente, atribuían una potestad de dictar «medidas inaplazables», en expresión de ambas normas[1303]. Aunque no puedo compartir esta tesis[1304], sí creo que se produce en esta época un cambio sustancial. La tradicional preeminencia de las autoridades locales ante situaciones excepcionales iba a verse dulcificada con la creación, en los años sesenta, del sistema nacional de protección civil, con el que se dotaría a los poderes centrales de cierta capacidad de intervención en estas situaciones de riesgo para la seguridad pública[1305].

En efecto, puede fijarse el acta fundacional de nuestro sistema de protección civil –sin perjuicio de los antecedentes en la «defensa pasiva» del modelo de 1941– en el Decreto de 4 de mayo de 1960, por el que se crea la Dirección General de Protección

[1302] SSTS de 20 de octubre de 1951; de 10 de octubre de 1957; de 10 de febrero de 1958; y, en fin, de 2 de septiembre de 1959 todas ellas citadas por BOQUERA OLIVER en su indicado escrito. A ellas debemos añadir la STS de 26 de enero de 1978 que admite, incluso, la legalidad de la inejecución de una sentencia sobre la base de las actuaciones excepcionales del Alcalde con motivo de un brote pandémico –la sentencia cita expresamente los artículos 117.d) LRL y 162 de la Ley de aguas de 1879–; resolución comentada por SALAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 456 y ss., quien, tras aludir a las anteriores, destaca que «no he encontrado Sentencias posteriores a aquéllas que aborden el problema gasta la muy reciente que ha dado pie a este trabajo» (pág. 462). La sentencia en cuestión –subrayando así la doctrina anterior– exige la existencia real de un peligro y, en fin, que las medidas duren el tiempo que dure la propia situación que les dio causa. Por su parte, BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, págs. 197 y ss., subraya otros límites a esta potestad extraordinaria, poniendo especial acento en que «los derechos fundamentales de los españoles, reconocidos por Leyes de este rango, estarán a salvo de la potestad que a los Alcaldes reconoce el artículo 117 de una Ley ordinaria» (pág. 200).

[1303] BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 195, proclamaba que: «no se trata, como en el Estatuto y en la Ley municipal de 1935, de una habilitación transitoria al Alcalde para adoptar medidas inaplazables. Ahora se le inviste permanentemente de competencia para resolver por sí mismo la situación».

[1304] Formulaciones similares encontramos a lo largo del siglo XIX –en materia de epidemias– y ya en el XX («medidas que la necesidad reclamare»; «medidas que estime convenientes»; etc.). No creo que la utilización de una u otra expresión cambie la finalidad de la norma. El espíritu de todas ellas es el mismo: confrontar –desde los poderes locales– una situación extraordinaria, recogiéndose para ello una cláusula general a favor de la autoridad competente.

[1305] BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 195, entiende que estamos ante el «comienzo de un cambio de orientación», iniciándose «un camino hacia la disminución de la libertad de actuación de los Alcaldes en circunstancias excepcionales».

Civil; centro directivo desarrollado por Orden de 5 de mayo de 1962[1306]. Ahora bien, pese a este nuevo encaje, las competencias en la materia a favor del Alcalde no sufrirán excesiva alteración[1307].

Y ello también puede afirmarse respecto de la LOP de 1959. Así, y pese a las referencias que hace esta norma a las catástrofes naturales, poco iban a afectar sus preceptos a las atribuciones de las autoridades locales, puesto que «cuando las aguas inunden un término municipal, ardan unos montes en tal o cual municipio, o se derrumbe una casa» no se procederá a la declaración del estado de excepción, dado que «visto desde las alturas del Gobierno, no parece una calamidad de gran magnitud, aunque a sus vecinos les parezca de proporciones insuperables»[1308].

A pesar de todo lo indicado, lo cierto es que con todas estas previsiones se daba un importantísimo paso a la hora de cubrir lagunas legales en lo relativo a las catástrofes, calamidades y desgracias públicas no reconducibles al orden público, habilitando al Gobierno central para actuar en tales situaciones; situaciones que, recordemos, precisamente por no estar previstas durante buena parte de nuestra Historia reciente terminaron por forzar la recepción de la doctrina del «reglamento de necesidad» en nuestro país.

iii).- EL DECRETO LEY: LOS ÚLTIMOS COLETAZOS COMO INSTRUMENTO DE EXCEPCIÓN

La regulación del Decreto ley en el artículo 13 de la Ley de Cortes de 1942 supondrá su consagración como instrumento de Derecho de necesidad –configuración iniciada en 1923 y mantenida durante el periodo republicano– al establecer dos presupuestos de activación. Así el precepto, en su redacción originaria, proclamaba: «*En caso de guerra* o *por razones de urgencia,* el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-Ley, las materias enunciadas en los artículos 10 y 12. Acto continuo de la promulgación del Decreto-Ley, se dará cuenta del mismo a las Cortes para su estudio y

[1306] Sobre el tema, *vid*. MARTÍNEZ OVEJERO, «La protección civil en perspectiva (*cit.*)», págs. 5 y ss.; OCHOA MONZÓ, *El régimen jurídico de los riesgos mayores: la protección civil* (*cit.*), págs. 166 y ss.; y, en fin, IZU BELLOSO, «De la protección civil a la gestión de emergencias. La evolución del marco normativo (*cit*.)», págs. 317 y ss.

[1307] Como recuerda BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 195, la citada Orden de 1962 preveía en su artículo 31 que «en los casos en que el siniestro afecte exclusivamente al término municipal, la Protección Civil actuará a las órdenes del Alcalde Jefe local».

[1308] BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pág. 196-197. El razonamiento –entiendo– es extensible a otro tipo de catástrofes, calamidades o desgracias públicas.

elevación a la ley con las propuestas de modificación que, en su caso, se estimen necesarias».

La redacción dada al artículo por la reforma de 1946 mantiene este carácter, reduciendo los controles en el ejercicio de esta figura al cercenar la función de las Cortes y pasar a exigir un mero «conocimiento» por su parte[1309], repitiéndose su configuración y presupuesto de hecho en el artículo 10.3 de la Ley de Régimen jurídico de 1957 (en adelante, LRJ)[1310]. Ahora bien, pese a esta configuración teórica –tal y como se ha indicado en un epígrafe precedente– el Decreto ley se utilizó como instrumento común de legislación; en muchos casos, como sustitutivo de las Leyes de prerrogativa. Ello no es óbice para que, de su letra, se pueda entrever un mantenimiento –parcial, eso sí, y en gran parte debido a la inercia histórica– como institución de Derecho de necesidad; configuración, recordemos, sólo iniciada veinte años atrás.

Es importante recordar que la LOP de 1959 mantiene esta inercia al señalar que los estados de excepción y de guerra habrán de ser declarados a través de Decreto ley (artículos 25 y 36, respectivamente); situación que se irá difuminando a lo largo de los años al consolidarse paulatinamente esta figura como instrumento normativo ordinario y terminando de perder esta pátina de instituto de necesidad con la publicación de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

C).- La confusión del «Reglamento» u «Ordenanza de necesidad» con el Decreto ley

El indicado contexto de la configuración normativa y de los diferentes poderes de necesidad durante el periodo 1942-1967 es determinante para que en el citado lapso temporal se termine por consolidar el ejercicio del Decreto ley como elemento común y ordinario de legislación al tiempo que –sea por inercia, sea por necesidades doctrinales– mantenga todavía un regusto de Derecho de necesidad al contener, como presupuesto

[1309] Salas Hernández, «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia (*cit.*)», pág. 54. La redacción del precepto quedaba de la siguiente manera: «En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-Ley, las materias enunciadas en los artículos 10 y 12. Acto continuo de la promulgación del Decreto-Ley, se dará cuenta del mismo a las Cortes». Por lo demás, estos Decretos leyes no eran objeto de convalidación por las Cortes, sino que, con carácter meramente formal, una Comisión de las Cortes se limitaba a la apreciación de la «urgencia» en su emisión.

[1310] El precepto indicaba que: «Es de la competencia del Consejo de Ministros (...) Proponer al Jefe del Estado la sanción de Decretos-leyes *en caso de guerra o por razones de urgencia*. Esta será apreciada por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que hace referencia el artículo doce de la Ley de Cortes».

habilitante, no sólo una situación de urgencia, sino también la de «guerra»[1311]. Y es que el mantenimiento por la literatura jurídica de la clasificación de reglamentos por su relación con la Ley en los años cincuenta y sesenta obligaría a algunos autores a llenar el vacío de la tercera de sus categorías: el «reglamento» u «ordenanza» de necesidad. Tal situación mixta provocaría, respecto de la figura que nos ocupa, dos reacciones diferenciadas en la doctrina[1312].

La primera de ellas optará por seguir la inercia anterior, manteniendo la tradicional trilogía reglamentaria, replicando estos autores los ejemplos dados en ediciones anteriores de sus obras. Conservaban así la categoría sin dar ulterior explicación o matizando mínimamente su configuración: es el caso de GARCÍA OVIEDO[1313], de CORDERO TORRES[1314] o de ROYO VILLANOVA. Este último se separa un

[1311] Los citados trabajos de GÓMEZ-ACEBO –*cit. infra*– y de SALAS HERNÁNDEZ en la época ponen de manifiesto esta cuestión. Destaca la utilización de estos Decretos para la mera reorganización ministerial (ej. Decretos Leyes de 19 de julio de 1951 y de 25 de febrero de 1957, que crean los Ministerios de Información y Turismo, así como el de Comercio, en el primer caso, y el de Vivienda en el segundo) o incluso administrativa (ej. Decreto ley de 20 de diciembre de 1956, que crea la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno), así como otros de variada índole y de difícil justificación, *vid*. SALAS, Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español... (*cit*.)», págs. 88-89, así como pág. 60, nota 63, en la que demuestra cómo esta figura se utilizaba, directamente, para derogar otras normas. Téngase también en cuenta que el Consejo de Estado informaba sobre los proyectos de Decretos leyes en la época –con la salvedad de los emitidos por razón de la LOP–, lo que contrasta con la pretendida «urgencia» de la figura y la situación actual.

[1312] Una posición más minoritaria decidiría no pronunciarse sobre la figura, siendo el caso de CLAVERO ARÉVALO, M. F., «Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 10, 1953, págs. 25 y ss., que habla de Decretos leyes y otras figuras –como el artículo 264 LRL, que luego veremos– sin hacer uso de la expresión que nos ocupa.

[1313] El autor no sólo recoge la clasificación de STEIN, replicando los ejemplos de «reglamentos de necesidad» que exponía en ediciones anteriores, sino que la distingue de la figura de los Decretos leyes hasta la última de sus ediciones. Esto puede verse en las de los años cuarenta: GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1943, págs. 76 y ss.; GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1948, págs. 73 y ss. También en la década de los cincuenta –en la que su obra es actualizada por MARTÍNEZ USEROS– mantiene la trilogía y la distinción de la figura para con los Decretos leyes: GARCÍA OVIEDO, C., y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Imprenta Provincial, Murcia, 1957, págs. 163 y ss.; GARCÍA OVIEDO, C., y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo*, Vol. I, 7ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1959, págs. 186 y ss.; GARCÍA OVIEDO, C., y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo*, Vol. I, 8ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1962, págs. 234 y ss., aunque esta edición están ya más ordenados los conceptos, dedicándole un epígrafe a la «legislación delegada», otro a los «decretos leyes» –los que, por cierto, entiende «paralelos» a los reglamentos de necesidad, aunque «de superior rango», pág. 246– y, claro está, otro concreto a los «reglamentos de necesidad», añadiendo referencias a autores como HAURIOU, LAMARQUE o BIELSA; referencias todas relativas a la noción del estado de necesidad. Este último encaje se repite posteriormente, así también en GARCÍA OVIEDO, C., y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo*, 9ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1968, págs. 222 y ss.

[1314] CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado, su trayectoria y perspectivas en España* (*cit.*), pág. 179. Tras recalcar que al Consejo de Estado le corresponde el control de todo reglamento, indica que «cabría estudiar la posibilidad de autorizar la omisión del dictamen en los de *necesidad* (*Notordnung*, de Stein)» (la cursiva es suya). El autor alude en la misma página al artículo 17.7 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944, que establecía la previsión de que el Alto Cuerpo Consultivo no se pronunciase sobre un determinado reglamento, sino que únicamente fuese oída su Comisión Permanente,

poco más de los anteriores al mantener la tesis –iniciada años antes– de que las ordenanzas de necesidad ostentan rango de Ley (aunque parece distinguirlas, de algún modo, de los Decretos leyes)[1315].

En el segundo grupo encontramos la posición dominante. Este sector doctrinal –siguiendo la línea iniciada a finales de los años veinte y principios de los treinta– decidirá equiparar el reglamento de necesidad con el Decreto ley, que, recordemos, mantenía aún, aunque no por mucho tiempo, esa pátina de institución de Derecho de necesidad. En este sentido, considero fundamental reproducir las palabras de GASCÓN HERNÁNDEZ allá por 1954: «Cuando se emprende el estudio del Decreto-ley, lo primero que llama la atención es la enorme variedad terminológica. Así, unos autores hablan de Decretos-leyes, otros de Leyes-decretos. Se mencionan por algunos las Leyes delegadas como forma de Decreto-ley, *y no faltan, por último, alusiones a la postura que sostiene que sólo los Decretos de urgencia o de necesidad son verdaderos Decretos-leyes*».

Y continúa en otra parte de su trabajo: «aunque la doctrina no es unánime, *parece con mucho predominar la posición que sostiene que debe reservarse la expresión Decreto-ley para designar los Decretos de urgencia o de necesidad* mientras que los Decretos-leyes dictados en virtud de autorización legislativa deben ser denominados Decretos legislativos»[1316].

En este grupo puede incluirse –además de al precitado autor– a otros como ÁLVAREZ GENDÍN[1317] –que continúa una línea similar a la mantenida en los años

en relación con «reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las leyes, aunque por razón de la urgencia se hubieran puesto en vigor con carácter provisional», si bien no termina por conectar ambas ideas, a diferencia de –como hemos visto en un capítulo precedente– otros autores que sí trataron de vincular esta excepción contenida en la Ley de 1904 a la figura que nos ocupa.

[1315] ROYO VILLANOVA, *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 18ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1943, págs. 44-45 y 48 y ss.; *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 19ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1944, págs. 46-47, y 50 y ss.; *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 20ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1946, págs. 47-48 y 51 y ss.; *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 21ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1948, págs. 47-48 y 51 y ss.; *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 23ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1952, págs.47-48 y 52 y ss.; *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 24ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1955, págs. 47-48 y 52 y ss.; *Elementos...* (*cit.*), Tomo I, 26ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1964, págs. 50-51 y 55 y ss. Como se ha subrayado, el autor no equipara ambas figuras por lo que puede decirse que –al menos tácitamente– quiere distinguir entre ellas: mientras en los Decretos leyes hay un reconocimiento para dictarlos, éste no existe en el caso de los reglamentos de necesidad, sino que se dictan por el Ejecutivo ante situaciones de necesidad.

[1316] GASCÓN HERNÁNDEZ, «Problemas actuales del Decreto-ley (*cit.*)», págs. 91 y 98, respectivamente; *vid*., también, la página 101 (la cursiva es mía). Por cierto, en esta última página habla de «ordenanzas de urgencia o de necesidad» en este contexto.

[1317] ÁLVAREZ GENDÍN, S., *Tratado General de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Bosch-Casa Editorial, Barcelona, 1958, págs. 211 y ss., habla de «Decretos de urgencia» en sentido amplio,

cuarenta, aunque desligándose de la trilogía del jurista prusiano[1318]–; César QUINTERO[1319]; SERRANO GUIRADO[1320]; GARRIDO FALLA[1321], o, en fin, también a GÓMEZ-ACEBO[1322]. Todos estos autores están fuertemente influidos por la doctrina italiana de la «ordenanza de urgencia» (*ordinanza d'urgenza*), como trasunto de los Decretos leyes dictados sin habilitación durante la vigencia del Estatuto Albertino y antes de la Constitución de 1947; expresión que termina por conectarse con la española de «Decreto de urgencia».

En este punto considero también fundamental destacar que la gran mayoría de los autores de la época prefiere utilizar la denominación de «ordenanza de necesidad» frente a la de «reglamento de necesidad». Tanto esta última cuestión terminológica como el hecho de su confusión con la del Decreto ley se debe –fundamentalmente– al influjo de Santi ROMANO y su catalogación de las anteriores. Todo ello explica que la doctrina patria de por entonces aluda constantemente a la italiana para glosar las referencias a los «Decretos de urgencia», a los «Decretos leyes» y, claro está, a los «reglamentos» u «ordenanzas de necesidad».

incluyendo los Decretos leyes de la Ley de Cortes de 1942 y relacionándolos con los presentes en el artículo 80 de la Constitución de 1931.

[1318] ÁLVAREZ GENDÍN, *Tratado General de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 217, puesto que al recogerla indica que hay «otros autores» –citando al efecto a ROYO VILLANOVA y a VON STEIN– que establecen esta clasificación en *secundum*, *praeter* y *contra legem*.

[1319] QUINTERO, C. A., *Los Decretos con valor de Ley*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 69 y ss., indica –con motivo de los tipos de reglamentos– que «hay, por último, algunos autores que hablan de *reglamentos de necesidad*. Equiparan esta supuesta especie reglamentaria a las llamadas *ordenanzas de necesidad* del derecho germánico. Serían por ello los actos que el ejecutivo dicta sobre asuntos reservados a la ley, en casos de guerra, de graves calamidades generales o de urgentes necesidades públicas. Pero tales actos, aun cuando estén previstos en textos fundamentales, como ocurre en España y en algunos países hispanoamericanos, no son reglamentos, toda vez que tienen fuerza para contrariar e incluso derogar leyes establecidas (...) por ello, no el nombre de reglamentos, sino el de decretos-leyes (de urgencia) –que le da el derecho constitucional español– es el correcto». La cursiva es suya.

[1320] SERRANO GUIRADO, voz «Bandos (*cit.*)», pág. 277 y, también, en la nota 9, y es que, tras enumerar la trilogía de VON STEIN, indica que las «Ordenanzas de necesidad (...) son las ordenanzas que modernamente toman el nombre de Decretos-leyes». Y añade en la nota 9 –citando a Santi ROMANO– que «los Decretos-leyes son una de las formas que pueden asumir las Ordenanzas de necesidad».

[1321] GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, págs. 256 y ss., aunque no sigue la clasificación de VON STEIN, sí reconoce su existencia, señalando que «la doctrina ha advertido cómo estas últimas ordenanzas de necesidad no pertenecen a la teoría de la potestad reglamentaria, sino que debe ser estudiadas al encararse con la posibilidad de los decretos-leyes», encajándose así en esta línea de autores.

[1322] GÓMEZ-ACEBO SANTOS, «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno. Leyes delegadas y Decretos-Leyes (*cit.*)», págs. 101-102, en relación con los Decretos leyes, habla de «normas dictadas por la Administración, pero que, a diferencia de los Reglamentos, tienen la misma eficacia que las leyes formales, y pueden, por consiguiente, contener disposiciones *contra legem* y derogar las propias leyes» (la cursiva es suya). El autor se cuida de no aludir a la noción de reglamentos u ordenanzas de necesidad y, cuando lo hace, es para ponerlos en boca de Santi ROMANO –que los confunde con diversas figuras– y haciendo suya su teoría (págs. 103-104, nota 4), o para referirse al artículo 48 de la Constitución de Weimar (pág. 116).

Pese a ello, no recogen la terminología italiana más moderna[1323]. Sólo unos pocos autores españoles aludieron a esta nueva configuración en los años sesenta, siendo claros los ejemplos de SALAS HERNÁNDEZ[1324] o de GARCÍA-TREVIJANO, aunque, sin embargo, no terminaron por aplicarla plenamente al supuesto que nos ocupa[1325]. Y es que este último autor –desligándose de la tradicional categoría de los reglamentos u ordenanzas de necesidad y bajo la rúbrica de «medidas imprevistas»– destaca que «la potestad administrativa en momentos extraordinarios se ha denominado *potestad de ordenanza* (Giannini). Pero como quiera que la palabra «ordenanza» en nuestro derecho puede dar pie a interpretaciones erróneas, puesto que es una terminología tradicional, podemos hablar de *potestad normativa excepcional* o *potestad normativa extraordinaria*». Añade, además, que los actos realizables en estas circunstancias «pueden ser normativos (y es lo corriente), pero pueden ser individuales. Son *normativos* cuando actúan in abstracto (una disposición de un Gobernador Civil sobre alojamientos en caso de un incendio, sobre el exterminio de animales dañinos, un Bando militar). Pero puede ser *individual*. (Por ejemplo, la expulsión de un extranjero en un momento determinado, el arresto de una persona peligrosa)»[1326].

En definitiva, el furor y las disquisiciones académicas sobre los reglamentos de necesidad –tan comunes en nuestro país durante el primer tercio del siglo XX– quedarán sepultadas hasta buena parte de los años sesenta en nuestro país como consecuencia de la consolidación de los Decretos leyes y la dinámica normativa del Estado franquista.

[1323] Recordemos que ROMANO, en sus escritos, agrupaba bajo el concepto de «ordenanza de necesidad» actuaciones de muy diversa índole, que iban desde los Decretos leyes hasta la declaración del estado de guerra. Será posteriormente GIANNINI (1948) y la propia *Corte Costituzionale*, quienes terminaron por darle la configuración definitiva a la figura de las *ordinanze di necessità* como producto del «poder de ordenanza». *Vid*. *infra*, el capítulo cuarto, primera parte, epígrafe III.2 de presente la obra.

[1324] SALAS HERNÁNDEZ, «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español... (*cit*.)», págs. 67-68, nota 97, cita los estudios de GALATERIA y GARCIULO sobre esta configuración, así como habla –muy tangencialmente, eso sí– de las «ordenanzas de necesidad» en el sentido moderno italiano ya en 1966, año de publicación de su artículo. Como veremos, este mismo autor desarrollará la noción años más tarde.

[1325] Es destacable que el autor no recoge la trilogía del Barón prusiano, sino que elabora su propia clasificación, así GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Vol. 1, Sección de Publicaciones del S.E.U. de Salamanca, Salamanca, 1961, págs. 177 y ss.

[1326] GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), págs. 285 y ss. (la cursiva es suya). Es de notar que separa estas «medidas» de los Decretos leyes y que, además, llega a admitir «hay veces que es preciso que un órgano inferior (un Gobernador Civil, un Alcalde), pueda de manera inmediata actuar 'contra-legem'». Idénticas reflexiones encontramos en su posterior *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 272 y ss., págs. 420 y ss., que reproducen, en esencia, lo indicado en su *Curso* respecto de las situaciones de anormalidad; cuestiones replicadas en la segunda y tercera edición de esta última obra (de 1968 y 1974, respectivamente).

3.- DE LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

A finales de la década de los sesenta, el régimen trataría de perpetuarse con una nueva Ley Fundamental: la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (en adelante, LOE). Con ella se terminaban de perfilar las relaciones entre Ley y reglamento, al tiempo que se configuraban los poderes de necesidad en un sentido mucho más moderno.

Y es que, en efecto, el Decreto ley terminaba por perder definitivamente su aroma de excepcionalidad bajo el nuevo marco normativo. Esta nueva configuración llevaría a reverdecer la idea de los reglamentos u ordenanzas de necesidad bajo la cláusula de las «medidas excepcionales» del artículo 10.d) LOE. El mentado caldo de cultivo se erigía como una situación óptima para que la doctrina del Consejo de Estado y, posteriormente, la académica, terminasen por moldear definitivamente a la figura que nos ocupa.

A).- LEY Y REGLAMENTO BAJO LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO

Con la aprobación de la LOE en 1967 se produce –de nuevo en apariencia– un salto cualitativo en las relaciones entre poderes. Si bajo la norma de 1942 eran las Cortes quienes «proponían» al Jefe del Estado la aprobación de las Leyes, con la LOE serán aquéllas quienes procedan a su aprobación formal[1327].

Ahora bien, esta «nueva» conformación del poder seguía manteniendo un regusto simbólico, en tanto en cuanto la disposición transitoria primera de la LOE mantenía incólume la vigencia de las Leyes de 1938 y 1939 y, con ellas, las prerrogativas legislativas del «Generalísimo»[1328]. Es decir, que, aunque estábamos ante un régimen mucho más depurado, con una cierta claridad categorial entre los modos de producción normativa, el Jefe del Estado se seguía reservando el poder legislativo[1329]. También se mantenían otros instrumentos normativos ya presentes en la Ley de Cortes de 1942, esto es, la técnica de la delegación legislativa –que se reconocía en el artículo 51 LOE– y el Decreto ley –en la nueva redacción dada por la LOE al citado artículo 13 LC–, pasando la última figura a consolidar su encaje como legislación de urgencia y, en

[1327] Sobre el tema, GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 21 y ss.
[1328] SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 537.
[1329] El artículo 6 de la LOE indicaba que el Jefe del Estado «es el representante supremo de la Nación; *personifica la soberanía nacional*; ejerce el poder supremo político (...)».

consecuencia, a desconectarse definitivamente de los reglamentos u ordenanzas de necesidad.

En lo relativo a la potestad reglamentaria, ésta mantenía su carácter originario, perteneciendo al Gobierno y, en su caso, a los Ministros. El artículo 13.2 LOE la reconoce –finalmente– de forma explícita, atribuyendo su ejercicio al Consejo de Ministros[1330], manteniéndose su configuración y ámbito de actuación tradicional: es decir, abarcando el reglamento todo aquello que no comprendan las materias contenidas en el artículo 10 LC[1331]; materias en las que el Gobierno actuará a través de Decreto cuando emanen del Consejo de Ministros, y de Orden cuando se dicten por uno de sus miembros «en las materias propias de su Departamento» (arts. 14.3, 24 y 25 LRJ)[1332].

Además, la LOE vuelve a insistir en las ideas de primacía y reserva de Ley en su artículo 41.1 en cuanto decía que «[l]a Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes», estableciendo los instrumentos –de dudosa eficacia– del recurso de contrafuero (artículos 59 y siguientes de la LOE) y la inclusión de un apartado segundo al artículo 12 de la Ley de Cortes para establecer un control a su propia competencia[1333].

Por su parte, aunque no existía un poder reglamentario atribuido directamente al Jefe del Estado, puede éste dilucidarse de la propia LOE de 1967. Es cierto que un poder reglamentario resultaba superfluo cuando se ostentaba capacidad para emitir Leyes a placer, pero, desde un prisma doctrinal, no hay que olvidar la presencia del artículo 10.d) LOE, que le habilitaba para «adoptar medidas excepcionales» bajo

[1330] El precepto indicaba que «El Consejo de Ministros (...) ejerce la potestad reglamentaria».

[1331] Esta dinámica se mantiene aquí también, con la publicación de la LOE, como recuerda GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 54, partiéndose del principio contrario al existente bajo la Constitución de 1931: en el sistema franquista la Ley regula ciertas materias (y sólo esas) pudiéndose intervenir a través del reglamento en las demás; mientras que en el republicano no hay un ámbito definido de la Ley, sino que ésta actúa ilimitadamente donde ella quiere, quedando el reglamento relegado a su ejecución o complemento. Así las cosas –pág. 66– la Administración «es libre de regular y tomar decisiones donde quiere y como quiera, sin tener que preocuparse en absoluto de si tiene o no poder, potestad, atribución o lo que se quiera», quedando únicamente prohibido el dictar disposiciones contrarias a las Leyes y regular materias de exclusiva competencia de las Cortes, salvando el caso de la autorización o delegación legislativa.

[1332] Esto quedaba complementado con las circulares e instrucciones emitidas por las «autoridades y órganos inferiores» (artículo 23. 2 LRJ), que, no obstante, no disponían de un poder reglamentario originario, sino derivado, así GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 59.

[1333] Sobre el tema, GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 61 y ss., que recuerda cómo este artículo 41 LOE replicaba el artículo 26 LRJ –transcrito *supra*– y el artículo 52 LOE que, veremos, indicaba la prohibición al Gobierno de dictar disposiciones que «deban revestir forma de Ley». La innovación en este sentido no es otra que su reconocimiento en una de las Leyes Fundamentales.

determinados supuestos, como veremos[1334]. Como se ha explicado en puntos anteriores de este trabajo, la idea de «medida» puede adoptar la forma de acto o de reglamento, siendo por ello posible afirmar que en esta previsión encontramos la manifestación de una «potestad reglamentaria de necesidad» atribuida al Jefe del Estado.

Así, se ha dicho que las relaciones entre Ley y reglamento tras la aprobación de la LOE recuerdan al reparto competencial existente bajo las Monarquías alemanas del siglo XIX con matices: mientras la reserva de Ley española implica todo el orden jurídico en sus principios básicos, la alemana suponía una reserva parcial del susodicho orden (libertad y propiedad). Esto implicaba que la potestad reglamentaria se podía ejercer no sólo para la ejecución de la Ley, sino también en ámbitos en los que la Ley dejaba libertad de actuación[1335].

B).- El Derecho de necesidad: del Decreto ley a las «medidas excepcionales» del artículo 10.d) de la Ley Orgánica del Estado

El acervo normativo frente a situaciones excepcionales durante esta época se mantiene más o menos incólume[1336], siendo destacable –para el tema que nos ocupa– la importante reforma del artículo 13 de la Ley de Cortes operada por la LOE de 1967. Y es que esta modificación subraya la evolución antes indicada: se produce un tránsito del Decreto ley desde su encaje como instrumento de Derecho de necesidad hacia su configuración como instrumento común de normación[1337].

[1334] *Cfr*. con Gallego Anabitarte, *op. cit*., págs. 53 y ss., especialmente 57-59, para quien la potestad reglamentaria queda en manos del Consejo de Ministros y de éstos últimos, no configurando a las aducidas «medidas» nada más que como esto mismo, sin especificar su naturaleza, y encajándolas como manifestación del «liderazgo del Jefe del Estado» (pág. 80).

[1335] Gallego Anabitarte, *op. cit*., págs. 77 y ss., especialmente 79-80, resaltando, por cierto, las similitudes con el orden normativo de los Proyectos de 1929 de Primo de Rivera analizados anteriormente.

[1336] En el plano organizativo, destaca la supresión de la Dirección General de Protección Civil por Decreto 2764/1967, de 24 de noviembre, y la asunción de sus funciones por una mera Subdirección General dentro de la Dirección General de la Guardia Civil, pasando ulteriormente –a través de Real Decreto 2614/1976, de 30 de octubre– a encajarse como Subdirección General en el seno de la Dirección General de Policía Interior. Desde lo normativo, encontramos la Ley 8/1968, de Incendios Forestales –y su reglamento, aprobado por Decreto 3769/1972– o la Ley 38/1972, de 22 de diciembre de protección del ambiente atmosférico, normas que preveían una serie de poderes de necesidad que terminaban por solaparse con los previstos en la LOP de 1959 y en la normativa de régimen local.

[1337] La nueva redacción del artículo 13 indicaba: «Por razones de urgencia, el Gobierno podrá proponer al Jefe del Estado la sanción de decretos-leyes para regular materias enunciadas en los artículos diez y doce. La urgencia será apreciada por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que se refiere el artículo anterior, la cual podrá llamar la atención de la Comisión Permanente si advirtiera materia de contrafuero. Acto continuo de la promulgación de un decreto-ley se dará cuenta de él a las Cortes».

En efecto, con esta norma se elimina el primero de los presupuestos de hecho de activación del Decreto ley: el «caso de guerra». Pasaba a configurarse el Decreto ley como un mero instrumento legislativo del Gobierno, a utilizar en situaciones ordinarias que requieren la aprobación urgente de normativa con rango de Ley; quedando a salvo eso sí –tal vez por cuestiones de inercia– la declaración de los estados excepcionales, que seguía produciéndose por medio de este instrumento, de conformidad con la LOP de 1959.

Tal encaje explica que el Decreto ley se sustituya en la época –en lo relativo a las actuaciones extraordinarias– por el recién introducido artículo 10.d) LOE[1338]; lo que se extiende también a la misma expresión de los «reglamentos» u «ordenanzas de necesidad», que pasará a adjudicarse al nuevo precepto de la LOE, seguramente por influencia de la doctrina francesa[1339].

El artículo indicaba que: «El Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del Reino, para (...) Adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes».

En efecto, la doctrina de la época puso de manifiesto la distinción entre esta nueva figura y otras similares –Decretos leyes; estados excepcionales; suspensión de

[1338] De opinión similar es *vid*. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R., «Las Cortes españolas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, marzo/abril 1967, pág. 89, para quien la eliminación del presupuesto de hecho de la guerra hace que la figura del Decreto ley pase a ser un mero «Decreto de urgencia», cayendo el anterior supuesto habilitante en el ámbito del artículo 10.d) LOE. En este sentido, también VILLAR PALASÍ, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Cátedra del Profesor Villar Palasí, Madrid, 1977, pág. 434, indica que «se suprime el caso de guerra, entre los que legitiman la posibilidad de promulgar un Decreto-Ley, pasando, en cambio, a legitimar las ordenanzas de necesidad»; y, también, SALAS HERNÁNDEZ, «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español... (*cit.*)», pág. 95, en cuanto indica que el supuesto de guerra respecto del Decreto ley «queda subsumido en el artículo 10. d), de la Ley Orgánica del Estado», añadiendo que el precepto no tiene otra justificación que «liberar al Jefe del Estado del acuerdo del Consejo de Ministros en situaciones excepcionales. No tendría, de otro modo, razón de ser a la vista del artículo 13 de la Ley de Cortes, en el que cabría subsumir perfectamente tales supuestos».

[1339] La configuración de este precepto como habilitante para dictar «ordenanzas de necesidad» probablemente trae causa de la literatura francesa. En efecto, algún jurista galo –y, singularmente, L. NIZARD, en su tesis doctoral, publicada en 1962– se refirió al producto de las actuaciones del artículo 16 de la Constitución francesa de 1958 como «ordenanzas de necesidad» *(ordonnances de nécessité*); precepto que –recordemos– inspiró directamente el artículo 10.d) de la LOE. Aunque posteriormente esta calificación se abandonaría en la literatura jurídica francesa –como hemos indicado en el punto IV.1.C) del capítulo tercero de la primera parte de esta obra– lo cierto es que tuvo cierto impacto en España: tanto el Consejo de Estado (en su Moción de 1969), como GARCÍA DE ENTERRÍA o VILLAR PALASÍ (autores, recordemos, pertenecientes a esta institución) a principios de los años setenta, configuraron el artículo 10.d) de la LOE en este sentido.

garantías–, así como de analizar los requisitos de activación, los límites y los efectos de este nuevo instrumento, de fuerte inspiración en el Derecho comparado y patrio, especialmente, en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, en el 16 de la francesa de 1958 y, en fin, en el 76.d) de nuestra Constitución de 1931[1340].

En lo que a nosotros interesa, podemos decir que estamos ante una cláusula general prevista a favor del Jefe del Estado para hacer frente a situaciones extraordinarias, pudiendo, para ello, dictar las «medidas excepcionales» necesarias. Es decir, que, una vez más, estamos ante una habilitación para dictar ordenanzas o reglamentos de necesidad de acuerdo con la configuración y terminología clásica (germánica), tal y como hará notar pocos años después tanto la doctrina como el propio Consejo de Estado[1341].

C).- LA DOCTRINA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD: HACIA SU EQUIPARACIÓN CON LAS CLÁUSULAS GENERALES ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD

Como se ha adelantando, la LOE implica la transición definitiva hacia la configuración actual del «reglamento de necesidad» al relegar al Decreto ley a mero instrumento normativo de corte cuasi ordinario. Y es que dicha situación implicaba liberarse del lastre de equiparar ambas figuras, abriendo las puertas a consolidar la que nos ocupa como institución autónoma.

Esta delimitación se produce gracias a una conocida Moción del Consejo de Estado de 1969, así como a las aportaciones vertidas por los iuspublicistas de principios de los setenta. Son estos autores precisamente quienes terminarían por convertirse en los grandes Maestros del Derecho administrativo en el marco posconstitucional y, claro está, quienes sentarían, definitivamente, la doctrina sobre el «reglamento de necesidad».

[1340] Un resumen de las distintas posiciones en la época lo encontramos en FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, págs. 312 y ss. El autor, además, sostiene que el recurso a este precepto «debe ser el último peldaño de la escalera de posibles medidas excepcionales de nuestro ordenamiento» (pág. 329). Sobre el tema, *vid.*, también, SOSA WAGNER, «Las medidas excepcionales en el ordenamiento constitucional español (*cit.*)», págs. 265 y ss.

[1341] *Cfr.*, con SOSA WAGNER, *op. cit.*, págs. 268-269, quien tilda de «terminología equívoca» la expresión de «ordenanzas de necesidad» para referirse a este precepto, optando por la expresión de «medidas excepcionales». También –siguiendo al anterior– FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, pág. 315, nota 113, quien prefiere hacer uso de la citada expresión.

i).- LA MOCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 1969 SOBRE REGLAMENTOS EJECUTIVOS

El Consejo de Estado, en una de sus más importantes Mociones, se hizo eco de la confusa y castiza figura de los «reglamentos de necesidad», caracterizándolos en términos muy similares a los hoy presentes. Así, en la Moción sobre la Consulta al Consejo de Estado de los reglamentos ejecutivos de las Leyes, de 22 de mayo de 1969, se indicaba textualmente:

«Los Reglamentos ejecutivos se distinguen, por otra parte, no sólo de los 'independientes', sino *además de otras figuras como los llamados Reglamentos de necesidad,* las disposiciones administrativas con fuerza de Ley y los supuestos denominados de 'deslegalización' y 'Reglamentos delegados'. No es objeto de la presente Moción estudiar todos estos tipos de disposiciones. Bastará una alusión a algunos de ellos para distinguirlos de los Reglamentos ejecutivos (...)»[1342].

Lo interesante es que el propio Alto Cuerpo Consultivo establece –como se ha visto– la distinción entre reglamentos de necesidad y las «disposiciones administrativas con fuerza de Ley», acabando, definitivamente, la confusión que existiría desde los años cuarenta en la doctrina patria respecto a su posición en el sistema de fuentes. Más aún, la propia Moción en un punto posterior y haciendo referencia a la intervención del Consejo de Estado bajo situaciones de urgencia –a la luz del artículo 130.6 de la benemérita Ley de Procedimiento administrativo de 1958– indica que:

«Fuera de este supuesto del artículo 130,6 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las 'razones de urgencia' pueden justificar *la puesta en vigor de un Decreto-ley* (artículos 10,3 de la Ley de Régimen Jurídico y 13 de la Ley de Cortes), *o los Reglamentos de necesidad previstos en los artículos 10, d), y 52 de la Ley Orgánica del Estado y en la de Orden Público*. El estudio de estos supuestos es ajeno, sin embargo, al objeto de esta Moción. Lo que interesa aquí es que *las razones de urgencia, en los demás casos, no pueden suponer la omisión de ningún trámite preceptivo*, salvo los casos autorizados por la Ley, sino tan sólo una aceleración de la tramitación»[1343].

[1342] Moción sobre la consulta elevada al Consejo de Estado de los reglamentos ejecutivos de las Leyes, de 22 de mayo de 1969, publicada en la *Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado*, relativa a los años 1968-1969, cuyo texto íntegro se inserta en las págs. 42-66. La cursiva es mía.
[1343] La cursiva es mía.

Es decir, que el Alto Cuerpo Consultivo permite la omisión de su dictamen en el supuesto de que estemos ante reglamentos de necesidad. Y no sólo eso, sino que además nos trufa dicho razonamiento con ejemplos concretos de tal figura jurídica. En cuanto a la referencia al artículo 10.d) LOE, como veremos, este es uno de los supuestos más paradigmáticos de reglamentos de necesidad según la doctrina patria de la época. Lo primero que se tiene que advertir es que la Ley Orgánica del Estado se entendía como norma fundamental, esto es, con carácter «constitucional»[1344]. De ahí que el reconocimiento de esta cuestión en la LOE se asemeje a la indicada en otros textos fundamentales; singularmente, y como se ha visto, en la Constitución de Weimar, en la francesa de 1958 o, incluso, en la española de 1931 que también contenía en preceptos diferenciados los Decretos leyes y los reglamentos de necesidad.

Ahora bien, la alusión al artículo 52 de la indicada norma puede inducir a error respecto de su rango normativo, puesto que destaca que: «[s]alvo el caso previsto en el artículo anterior y los comprendidos en el apartado d) del artículo diez de esta Ley y en el trece de la Ley de Cortes, el Gobierno no podrá dictar disposiciones que, de acuerdo con los artículos diez y doce de la Ley y de Cortes, deban revestir forma de ley»[1345]. Es decir, que las medidas desarrolladas sobre la base del artículo 10.d) LOE están habilitadas para regular contenido que, normalmente, precisaría de Ley (de conformidad con los artículos 10 y 12 LC); lo que casa con la mecánica ordinaria de las cláusulas generales –como la presente– que autorizan su emisión. Digo que puede inducir a error respecto de su posición en el sistema de fuentes en tanto en cuanto se señala este supuesto como excepción junto con otras dos figuras que, efectivamente, sí tienen rango legal: la legislación delegada (*ex* artículo 51 LOE) y los Decretos leyes (*ex* artículo 13 LC).

No obstante, de una interpretación sistemática se deduce que las actuaciones del artículo 10.d) no tienen rango de Ley. Si nos fijamos, el artículo 52 busca establecer dos supuestos diferenciados: los del artículo 51, por un lado, y los del artículo 10.d), por otro. En ambos casos estamos ante «disposiciones» que el artículo 52 LOE autoriza *a entrar* sobre materias reservadas a la Ley (*ex* artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes), si bien sólo al primer grupo se le atribuye explícitamente ese carácter legal. Si a ello le

[1344] Sobre este encaje, *vid*. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, «Las Cortes españolas en la Ley Orgánica del Estado (*cit*.)», págs. 57 y ss.
[1345] El precepto anterior –artículo 51– subrayaba que: «El Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley con arreglo a las autorizaciones expresas de las Cortes».

añadimos lo antes indicado por la Moción del Consejo de Estado, no cabe duda de que estamos ante verdaderos reglamentos, de rango inferior a la Ley, aunque, eso sí, producto de una cláusula general; hecho que les permite regular de forma temporal o interina materias que normalmente tengan que ser reguladas por disposiciones que «deban revestir forma de ley»[1346]. Téngase en cuenta que el Consejo de Estado –en el último párrafo transcrito– se cuida también de diferenciar el reglamento de necesidad del Decreto ley.

Por otro lado, la alusión a los reglamentos de necesidad de la Ley de Orden Público –entiendo– se refiere a la habilitación presente en el artículo 17 y no a los estados excepcionales o sus declaraciones, como se extrae a –mi juicio– de la dicción de la norma. Y ello no sólo porque –como veremos– el indicado precepto se configuraría por la doctrina como paradigma de habilitación para dictar reglamentos de necesidad, sino también porque la declaración de los estados de excepción y guerra se hacía mediante Decreto ley –artículo 25.1 LOP, en el primer caso, y artículo 36 LOP, en el segundo–; instrumento normativo del que, se insiste, la propia Moción separa nítidamente de los reglamentos de necesidad[1347].

En definitiva, el Consejo de Estado en esta importante Moción no sólo reconoce la terminología de «reglamento de necesidad», sino que también configura su eficacia como inferior a la legal –distinguiéndolo de figuras afines, como el Decreto ley–, reconoce la posibilidad de omitir el procedimiento establecido para la elaboración de este tipo de disposiciones administrativas –incluido su dictamen–, y, en fin, anuda su emisión a la mecánica de las cláusulas generales. Además, este texto tendrá un evidente impacto en la STS de 22 de abril de 1974 que, aunque no desarrolla tanto la noción del

[1346] Sobre las relaciones entre estos preceptos, *vid*. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *op*. *cit*., págs. 88 y ss.

[1347] No obstante, el hecho de que el Alto Cuerpo Consultivo haga mención al artículo 10.d) en relación con la LOE y no ejemplifique los supuestos de la LOP podría verse como una referencia a los reglamentos dictados una vez declarados los anteriores estados excepcionales o, también, a la situación excepcional en la que se permite declarar el estado de guerra sin hacer uso del Decreto ley (*ex* artículo 37 LOP). En estos casos el Consejo de Estado estaría haciendo uso de la expresión «reglamento de necesidad» no sólo para aludir a preceptos que contienen una cláusula general de necesidad, sino también –al igual que parte de la doctrina de la época– a otros fenómenos diversos entre los que se encontrarían distintas medidas típicas o nominadas de la propia LOP. Ahora bien, esta interpretación no termina de encajar bien con lo expuesto a lo largo de nuestra exposición, ni tampoco con la vinculación de esta figura con las cláusulas generales de necesidad.

«reglamento de necesidad» sí que admite su existencia y la separa también las disposiciones normativas con rango de Ley[1348].

ii).- LA LITERATURA JURÍDICA DE LOS AÑOS SETENTA

Es difícil medir el impacto real que tuvo la Moción del Consejo de Estado de 1969 sobre la literatura jurídico-administrativa de los últimos años del Franquismo respecto de la concepción de los «reglamentos de necesidad».

Por un lado, porque la mayoría de los autores no hicieron referencia a este texto al exponer su posición respecto de la figura que nos ocupa, sino que se limitaron a analizarla sobre la base de distintos ejemplos y, además, prefiriendo –como regla general y a diferencia del Alto Cuerpo Consultivo– la expresión de «ordenanza de necesidad». Ahora bien, por otro, es innegable la permeabilidad que existió entre esta institución y el mundo académico, siendo paradigmática la figura de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA[1349].

Sea como sea, es en esta época cuando se produce un reverdecimiento doctrinal de la institución. Salvo un grupo reducido (GALLEGO ANABITARTE[1350], SOSA WAGNER[1351], FERNÁNDEZ SEGADO[1352] o GARRIDO FALLA[1353]) la regla general es hacer uso de esta y, además, en la mayoría de los casos, recogiendo también la trilogía de

[1348] Así lo recuerda BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 240-241. La sentencia, que recoge la doctrina del reglamento ejecutivo, subrayaba que: «el Reglamento se manifiesta como desarrollo y ejecución directa de una ley o conjunto de ellas con independencia, claro es *de los llamados reglamentos de necesidad*, de las disposiciones administrativas con fuerza de ley y de los supuestos denominados de deslegalización y reglamentos delegados». La cursiva es mía.

[1349] A título ejemplificativo, ello trasluce en su artículo «Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, 2006, págs. 117 y ss.

[1350] GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, pág. 68, indica expresamente que «[e]n España no hay 'reglamentos de urgencia o necesidad' sino 'Decretos-Leyes', artículo 13 de la Ley de Cortes, y 'medidas excepcionales' del Jefe del Estado [art. 10 d), de LOE]» añadiendo que el Gobierno puede entrar en las materias de la Ley a través de autorizaciones expresas de las Cortes (artículo 51 LOE), Decreto ley (artículo 13 LC) y, en fin, a través de «medidas excepcionales» del artículo 10. d) LOE, no entrando a especificar la naturaleza de las últimas.

[1351] SOSA WAGNER, *op. cit.*, pág. 269, entiende que la expresión de «ordenanza de necesidad» no es adecuada para referirse al supuesto concreto, sino que más bien habría de hablarse, simplemente, de «medidas excepcionales». Tengamos en cuenta que el autor sólo utiliza la expresión en relación con el artículo 10.d) LOE.

[1352] FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, pág. 315, siguiendo a SOSA WAGNER.

[1353] GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 5ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, págs. 276 y ss., al igual que en ediciones anteriores, el autor reconoce la existencia de la clasificación tripartita, aunque sigue conectando las «ordenanzas de necesidad» con los decretos-leyes. Como puede apreciarse, esta afirmación no concuerda ya con la doctrina de la época.

reglamentos en relación con la Ley (VILLAR PALASÍ[1354], GARCÍA DE ENTERRÍA[1355], T.-R. FERNÁNDEZ[1356], PARADA VÁZQUEZ[1357], MARTÍN MATEO[1358], SALAS HERNÁNDEZ[1359], etc.).

Además, los ejemplos de reglamentos u ordenanzas de necesidad dados por este nutrido y prestigioso grupo de autores son similares a los referidos por la propia Moción de 1969, configurándolos en unos términos muy parecidos: se alude a su eficacia temporal y claudicante durante el tiempo que dure la situación excepcional, a su capacidad de suspender la eficacia de las Leyes, etc.[1360]. Se dan, también, los mismos ejemplos, conectando la figura con las cláusulas generales de necesidad contenidas en

[1354] VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 472-473, recoge la clasificación de los tres tipos de reglamentos en su relación con la Ley, indicando que «[j]unto a la potestad normativa ordinaria de la Administración, que se desarrolla 'secundum legem' –Reglamentos normales o de ejecución– y 'praeter legem' –Reglamentos independientes y autónomos–, hay un supuesto excepcional de disposición administrativa 'contra legem' motivada por razones de urgencia o necesidad», tildando a esta figura –con los ejemplos que enseguida veremos– de «ordenanza de necesidad».

[1355] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Apuntes de Derecho Administrativo 1º*, Tomo I, Cátedra del Profesor García de Enterría, Madrid, 1972-1973, págs. 130 y ss. Recoge aquí la tradicional clasificación de VON STEIN junto con las expresiones latinas (*secundum*, *praeter* y *contra legem*). Utiliza la expresión de «reglamentos de necesidad», indicando que se caracterizan «por surgir con motivo de un estado de necesidad» lo que justifica «la posibilidad de llegar a contradecir a las mismas leyes», cuestión imposible en condiciones normales, pero que en situaciones de emergencia permite dejar en suspenso la jerarquía normativa.

[1356] Así en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1975, págs. 124 y ss. No sólo se recoge la clasificación –con las indicadas referencias latinas– sino que también ofrecen multiplicidad de ejemplos.

[1357] PARADA VÁZQUEZ, R., *Apuntes de Derecho Administrativo 2º*, Tomo II, Cátedra del Profesor García de Enterría, Madrid, 1972-1973, pág. 65. No recoge *a priori* la clasificación de los reglamentos en relación con la Ley, sino que, meramente, se limita a aludir a la expresión de «ordenanzas de necesidad» bajo la categoría de «Bandos» y, exclusivamente, en relación con los poderes de los Alcaldes y Gobernadores civiles en la LRL (artículos 117 y 264).

[1358] MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ed. por el autor, Madrid, 1970, pág. 140. Aunque no se hace eco la clasificación tripartita al hablar de los reglamentos en relación con la Ley –ciñéndose a los ejecutivos e independientes, págs. 150-151– sí alude a las «ordenanzas de necesidad» dentro del epígrafe relativo a los «fenómenos paralegislativos» (págs. 138 y ss.). No obstante, *vid*. MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Ed. por el autor, Madrid, 1971, págs. 138 y ss., edición a partir de la cual procede a eliminar toda referencia a las «ordenanzas de necesidad», sustituyéndolas por la terminología más amplia de «medidas excepcionales» y destacando que «los instrumentos contemplados, que no se corresponden con lo que la doctrina francesa denomina ordenanzas de necesidad, tienen, por el contrario, duración fugaz, persiguen regular unas circunstancias acusadamente excepcionales y en tanto se mantenga tal situación».

[1359] SALAS HERNÁNDEZ, «Los Decretos-leyes en la Constitución de 1978 (*cit.*)», págs. 1815 y ss., que –aunque no hace uso de la trilogía del Barón prusiano– recoge la teoría italiana de la «potestad de ordenanza» y la aplica a la luz de algunos de las habilitaciones presentes en las Leyes franquistas de la época (concretamente, artículos 117.d) LRL y 17 LOP).

[1360] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 128 y ss., indican que el principio de primacía de la Ley «queda transitoriamente excepcionado», siendo «Reglamentos que en circunstancias extremas puede imponerse a las propias Leyes», si bien al quedar «justificados, precisamente, por las circunstancias excepcionales que tratan de resolver, pierden todo sentido cuando estas circunstancias desaparecen».

las Leyes: el artículo 17 de la LOP[1361], los artículos 117.d) y 264 LRL –a favor de los Alcaldes y Gobernadores, respectivamente–[1362], la base 4ª de la Ley de Sanidad de 1944[1363], o, claro está, el ya analizado artículo 10.d) LOE[13641365].

Como puede apreciarse, la doctrina de la época –al igual que el Consejo de Estado– anuda los reglamentos u ordenanzas de necesidad al producto de habilitaciones generales incluidas en las Leyes[1366]. Y ello sin perjuicio de que, todavía, se produjese

[1361] VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 435 y 472-473; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo 1º* (*cit*.), Tomo I, págs. 132-133; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 129.

[1362] Así, PARADA VÁZQUEZ, *Apuntes de Derecho Administrativo 2º* (*cit.*), págs. 65 y ss., se refiere a ambos bajo la categoría de «ordenanzas de necesidad», subrayando, además –y en relación con el artículo 117 LRL–, que aquí «se da pues un apoderamiento o cláusula general de competencias llegando incluso a través de estos Bandos de Orden Público a derogar Leyes formales. La justificación de este apoderamiento excepcional en circunstancias de estado de necesidad, no formalizadas en los estados de excepción o guerra previstos en la LOP, deriva de que la salud del pueblo es el supremo bien». También VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 472-473, en relación –en este caso– sólo a los poderes del Alcalde; MARTÍN MATEO, en la primera edición de su *Manual de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 140, con expresa referencia al artículo 117 LRL y añadiendo como «ordenanzas de necesidad» las actuaciones a las que se refiere «la Ley de Orden Público en relación con el Gobernador Civil», sin especificar más al respecto. *Vid*., también, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo 1º* (*cit.*), Tomo I, págs. 132-133, en donde se refiere al artículo 117 LRL; y, en fin, también junto con T.-R. FERNÁNDEZ, en *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 129. Téngase en cuenta también que la gran parte de la doctrina actual pone como antecedente del artículo 21.1.m) LRBRL –considerado como ejemplo de cláusula habilitante para dictar «reglamentos de necesidad»– al precepto en cuestión.

[1363] SALAS HERNÁNDEZ, «Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración (*cit*.)», pág. 459. De nuevo, hemos de tener en cuenta que este precepto es un precedente claro –como apunta gran parte de la literatura jurídica actual– del artículo 3 de la LOMESP, cuyas actuaciones también se encajan hoy como reglamentos de necesidad.

[1364] VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 435 y 472-473; MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 140, tras transcribir el precepto destaca que «las ordenanzas de necesidad se incluyen dentro de este epígrafe en cuanto suponen una alteración, bien que transitoria, del orden competencial, facultando a las autoridades competentes a adoptar este tipo de medidas de carácter extraordinario». Especial es el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo 1º* (*cit.*), Tomo I, pág. 68, para quien en un primer momento el artículo 10.d) LOE se encaja como «una modalidad de producción normativa que parece implicar una injustificada duplicación de los Decretos-Leyes», subrayando el influjo del artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, si bien recuerda que en Francia ni el Presidente de la República puede dictar «Leyes de prerrogativa» ni el Gobierno decretos leyes «a su pura determinación», por lo que en tal país, tales medidas excepcionales «podrían tener alguna justificación» si bien en el nuestro «carecen de todo sentido». En un momento posterior termina por conectar esta habilitación «con la figura del Reglamento de necesidad, capaz, transitoriamente, de prevalecer frente a las leyes» (*sic*.), así en GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario (*cit*.)», pág. 212. Ya, por último, puede verse también tal concepción en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 129.

[1365] Para VILLAR PALASÍ, *op*. *cit.*, Tomo I, págs. 435 y 472-473, pueden establecerse dos grandes grupos de ordenanzas de necesidad. Por un lado, las relativas a catástrofes naturales (artículos 117 LRL y 17 LOP), que, entiende, se dirigirían únicamente «a resolver una situación ya surgida, sin pretender normar en el futuro», pues se orientan «a paliar catástrofes o hechos ya producidos»; y, por otro, las del artículo 10.d) LOE, relativas al Jefe del Estado y de ámbito de actuación mayor y requisitos más exigentes.

[1366] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Apuntes de Derecho Administrativo 1º*, Tomo II, Cátedra del Profesor García de Enterría, Madrid, 1972-1973, págs. 22 y ss., se refiere a los ejemplos antes dados como «cláusulas generales de apoderamiento».

cierta confusión con otras figuras jurídicas previstas para situaciones extraordinarias, tales como ciertas medidas nominadas o típicas o, en fin, aquellas adoptadas tras la declaración de estados excepcionales o de otras situaciones de emergencia reconocidas por las Leyes[1367].

Paradigma de esta confusión fueron los reglamentos dictados ante situaciones excepcionales y sin habilitación legal alguna. Aunque esta idea está ya superada, encontramos entonces una cierta discusión respecto del bando de guerra dictado por la Junta de Defensa Nacional de 28 de julio de 1936 respecto de su concepción, o no, como reglamento de necesidad[1368]. Autores de la talla de GARCÍA DE ENTERRÍA[1369] o VILLAR PALASÍ –quien, directamente, lo configura como una «ordenanza de necesidad»–[1370] aluden a este bando al tratar la figura que nos ocupa, planteando también la tradicional problemática de la eficacia temporal de estas actuaciones[1371].

[1367] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 128 y ss., hablan de las medidas que pueden adoptarse con base en la LOP «en los supuestos en que se declaren los estados de excepción o de guerra» así como la «Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 y la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 hacen otro tanto en los supuestos en que se declaren la epidemia o la epizootia»; normas todas en las que –además de prever cláusulas generales– encontramos otra serie de medidas nominadas. En sentido similar, aunque ya bajo el texto constitucional de 1978 y mirando atrás, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 751, alude al Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1945, o a la Ley 38/1972, de 22 de diciembre de protección del ambiente atmosférico, concretamente en su artículo 7, en conexión con los artículos 33 a 40 del Real Decreto 833/1975, de 6 de febrero, que aprueba su Reglamento de desarrollo; normas, de nuevo, en las que se entremezclan cláusulas generales con medidas tipificadas.

[1368] Sobre el bando en sí es interesante BALLBÉ, *op. cit*., págs. 402 y ss.; así como FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit*., págs. 146 y ss.

[1369] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo 1º (cit.)*, Tomo I, págs. 133-134, aunque es cierto que no adjetiva el bando como «reglamento de necesidad» directamente, se refiere a aquél bajo el estudio de esta categoría y tras aludir a la declaración del estado de guerra previsto en la LOP. En referencia a la duración temporal de este tipo de normas –supeditadas a la existencia, y mantenimiento, de su presupuesto de hecho– lo utiliza como ejemplo de duración temporal de esta figura, entendiéndolo derogado en el momento en el que desaparecieron también las circunstancias que justificaron su creación, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en un conflicto de competencias (se refiere al dictamen de 18 de julio de 1947). En un momento ulterior –concretamente, en el «Prólogo» a la obra de BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional...* (*cit.*), pág. 13– sostendrá que su vigencia se mantuvo, en contra del citado dictamen del Alto Cuerpo Consultivo, hasta el Decreto de competencia de 7 de abril de 1948.

[1370] VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, Tomo I, pág. 473, indica que hay supuestos en los que se da una «supeditación del Derecho a los hechos», que «hacen aparecer la ordenanza de necesidad con naturaleza de 'actio' –no de 'constitutio'– es decir, que pretender resolver una situación ya surgida sin pretender normar el futuro (…) así, por ejemplo, respecto al bando de guerra de 1936, lo determinó un Decreto de competencia, en 1947».

[1371] Téngase en cuenta que sobre la duración del bando de guerra existió una cierta controversia jurídica. Para ver un estudio de la cuestión en su momento, *vid*. SERRANO GUIRADO, voz «Bandos (*cit.*)», págs. 284-285. Para FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, págs. 148 y ss., tanto del articulado del bando –ej. artículos 8 y 9, que permitían la incautación incondicional de vehículos o establecían la prohibición de todo tipo de radios– así como por la posterior promulgación de normas jurídicas –ej. Leyes de 29 de diciembre de 1938 o de 7 de octubre de 1939– puede hablarse de una derogación tácita del bando, al igual que –hemos

Ahora bien, y como ya tratamos en otro punto de esta obra, los diferentes «pronunciamientos», «espadazos» y genuinos «golpes de Estado», se erigen como actuaciones al margen de toda legalidad, no pudiendo ser configurados, bajo ningún concepto, como reglamentos de necesidad. Y es que su misión no es la que se atribuye a esta figura –y, en general, a toda norma de Derecho de necesidad–, esto es, preservar el ordenamiento jurídico vigente, sino, más bien, arrumbar el existente y crear uno de nuevo cuño. Esto es más que evidente en el presente supuesto: el bando de guerra tenía fundamento en una norma del ordenamiento republicano, la LOP de 1933, y trataba, a través de ella, de suprimir –y no meramente de suspender– el sistema existente, configurando uno distinto. Es especialmente clara la Instrucción Reservada Número 1, de 25 de abril de 1936 –como norma interna preparatoria del denominado Alzamiento, redactada por el General MOLA– al destacar que: «conquistado el poder, se instaurará una dictadura militar que tenga por misión inmediata restablecer el orden público, imponer el imperio de la Ley y reforzar convenientemente al Ejército, *para consolidar la situación de hecho que pasará a ser de derecho*»[1372].

Por todo ello puede afirmarse que la referencia a esta norma como reglamento de necesidad en la doctrina ha de entenderse en el contexto político de su tiempo: como un modo de justificar la sustitución de régimen republicano por el franquista. Esta referencia en un marco jurídico-dogmático tan avanzado como era el de los años setenta no puede tener otra explicación.

iii).- LAS REPERCUSIONES: LA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD»

Tanto la Moción del Consejo de Estado de 1969 como la literatura jurídica de los últimos años del Franquismo tuvo una importancia fundamental en lo que respecta a nuestro modo de concebir el «reglamento de necesidad» en la actualidad.

En primer lugar, se produce la separación definitiva de la indicada figura de la del Decreto ley, poniéndose fin a cerca de un siglo de tortuosa relación entre ambas. No sólo se ve esta distinción de forma preclara en la Moción del Alto Cuerpo Consultivo y

visto– también sostuvo GARCÍA DE ENTERRÍA en un primer momento. Por su parte, BALLBÉ, *op. cit*., págs. 406 y ss., defiende que la derogación expresa no se produce hasta el Decreto de competencia de la Presidencia del Gobierno de 7 de abril de 1948, como terminó por subrayar, expresamente, el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de diciembre de 1949, de 23 de febrero de 1950 y, especialmente, de 24 de abril de 1950, recuerda el autor.

[1372] Al efecto, *vid*. BALLBÉ, *op. cit*., pág. 392. La cursiva es mía.

en la indicada Sentencia del Tribunal Supremo de 1974, sino también en las reflexiones de la mejor doctrina de la época, siendo expresivas al efecto las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA: «algún autor ha pretendido encontrar un ejemplo típico de reglamento de necesidad en la figura del Decreto-Ley. Sin embargo, tal intento no es exacto porque ya sabemos que el Decreto-Ley no es ningún reglamento, sino que supone el ejercicio de un verdadero poder legislativo»[1373].

En íntima conexión con esta solución encontramos la segunda de las repercusiones. Si los reglamentos de necesidad no se configuran como Decretos leyes, entonces tendrán que verse como actuaciones normativas de rango inferior a la Ley que, en su caso, gozarán de alguna especialidad procedimental por cuestiones de urgencia. De nuevo, esto se extrae –como hemos visto– tanto del texto remitido por el Consejo de Estado como de la propia literatura jurídica antes mentada (VILLAR PALASÍ; GARCÍA DE ENTERRÍA). Son interesantes en este punto las aportaciones de la literatura jurídica, remarcando que –de las distintas habilitaciones generales previstas en las Leyes para situaciones de necesidad– no siempre surgen reglamentos, sino que de ellas pueden brotar actos administrativos[1374]. También el hecho de que las declaraciones de los estados excepcionales –seguramente por producirse a través de Decretos leyes– dejarán de configurarse por la doctrina como ordenanzas o reglamentos de necesidad, a diferencia de lo que vimos, acaecía a principios del siglo pasado[1375].

Ahora bien, y esto nos lleva a la tercera de las consecuencias fundamentales. Y es que es en este momento cuando se consolida la figura desde un prisma terminológico: el uso de la expresión «reglamento de necesidad» por el Consejo de Estado y por uno de sus miembros de mayor autoridad académica, el Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, implicará el afianzamiento de este sintagma nominal frente a la –también muy extendida en los setenta– de «ordenanza de necesidad». Pero, además, es

[1373] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo 1º* (*cit.*), Tomo I, pág. 132. En sentido similar, VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, Tomo I, pág. 435, quien –en relación con el artículo 10.d) LOE– indica que «radicalmente distinta del Decreto-Ley es la Ordenanza de Necesidad, ya que mientras que aquél es una norma excepcional sólo en cuanto al modo de surgir, pero que se inserta en el ordenamiento jurídico sin mayores particularidades, la Ordenanza de Necesidad, por el contrario, es algo extrínseco al ordenamiento, cuya eficacia paraliza temporalmente».

[1374] PARADA VÁZQUEZ, *Apuntes de Derecho Administrativo 2º* (*cit.*), pág. 67, recuerda que «los Bandos de Orden Público *pueden* ser una manifestación de la potestad reglamentaria pero ordinariamente no se trata de reglamentos –no pasan a formar parte del Ordenamiento jurídico– sino de actos administrativos generales que recuerdan en determinados supuestos a las previsiones contenidas en la legislación de Orden Público». La cursiva es mía.

[1375] PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 70 y ss.

también este autor quien reitera en la clasificación de los reglamentos respecto de su relación con la Ley reverdeciendo el uso de las locuciones *secundum*, *praeter* y *contra legem*, con expresa referencia a la trilogía de VON STEIN.

Ambas cuestiones –núcleo esencial de los problemas que arroja en la actualidad esta figura– impidieron una reconducción de la institución a su configuración «a la italiana» (*potere di ordinanza*; *ordinanze di necessità*). Y ello porque los «reglamentos de necesidad» *contra legem*, como veremos, no siempre terminan por configurarse como genuinas disposiciones de carácter normativo y, además, en ningún caso pueden entenderse como «contrarios a la Ley», habida cuenta de que están autorizados por ella. Pese a lo indicado, tanto el encaje terminológico como su adjetivación latina se extienden y consolidan en la época, quedando conectados a la institución.

La inercia histórica y, posiblemente, el afán por normalizar la regulación y conjurar formalmente el recurso ordinario a las decisiones excepcionales –especialmente, las de carácter militar– durante la Transición explican la continuidad general de esta formulación doctrinal. Ello termina por permear en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo; institución que, recordemos, ya había recogido la figura en 1974 y que estaba preparada para desarrollarla a partir de los años ochenta. En definitiva, tras casi un siglo desde la recepción de la figura, el «reglamento de necesidad» comenzaba a tomar mimbres propios, que terminarían por perfilarse definitivamente en el marco constitucional que estaba por venir.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CONFIGURACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978

I.- INTRODUCCIÓN

La promulgación del texto constitucional de 1978 iba a tener implicaciones transversales en todas y cada una de las esferas del Derecho público, incluyendo –claro está– la del Derecho de necesidad. Precisamente por ello el marco jurídico del «reglamento de necesidad» –como no podía ser de otro modo– tenía también que quedar alterado. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia optarán por mantener una línea marcadamente continuista respecto de la etapa anterior en lo que concierne a su configuración e inserción en el marco jurídico vigente.

Para tratar de entender la posición de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico el presente capítulo tiene por objeto precisar, en primer término, el marco aplicable de las dos nociones que forman el sintagma nominal que nos ocupa: la idea de reglamento –especialmente en su relación con la Ley– y el régimen del Derecho de necesidad en nuestra Carta Magna. En un segundo momento, y una vez entendida la dinámica de ambos elementos en nuestro sistema constitucional, se abordará la situación actual del reglamento de necesidad, tanto en el plano académico como en el jurisprudencial, a fin de precisar el «legado» de la tradición histórica y su impacto en la configuración actual de esta institución. Esta panorámica es fundamental para poder entender su situación actual en nuestro sistema jurídico y, en su caso, poder construir –en un momento posterior– una teoría general al efecto.

II.- EL PUNTO DE PARTIDA: REGLAMENTO Y NECESIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La entrada en vigor de la Constitución Española supondrá el reconocimiento del sometimiento del complejo Ejecutivo-Administración a la Ley y al Derecho en todas y cada una de sus actuaciones con una clara pretensión: lograr una subordinación total al ordenamiento jurídico.

Esta idea se manifestará no sólo en contextos ordinarios o de normalidad, en los que regirán los principios de legalidad y de reserva de Ley en toda su extensión, sino también en los excepcionales o de crisis, puesto que nuestro constituyente optará por un

modelo de Derecho de necesidad que –obviando la figura del Decreto ley– se fundamenta en una serie de estados excepcionales tasados (alarma, excepción y sitio), con la vocación de unificar todas las situaciones extraordinarias bajo aquéllos, completando así la plena sumisión al Derecho incluso ante situaciones como las indicadas.

1.- La sumisión de la Administración al Derecho en situaciones ordinarias: principio de legalidad, reserva de Ley y potestad reglamentaria

La Constitución de 1978 aboga por un modelo en el que la actuación administrativa queda supeditada a lo previsto en la Ley a través de dos principios: el principio de legalidad y el principio de reserva de Ley. Y, por ello, afectan también ambos al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración, entendida como la capacidad de dictar normas escritas[1376]. Estos principios –intrínsecamente relacionados con el reglamento, como se ve– gozan de una multisecular tradición que entronca directamente con la filosofía iluminista inglesa, así como con la doctrina iuspublicista francesa y alemana, habiendo terminado por plasmarse, aunque con diferente engarce, en los distintos sistemas constitucionales de nuestro entorno.

Nuestra Carta Magna no iba a ser una excepción. Tanto del Preámbulo –y su reconocimiento al «imperio de la Ley»–, como de la configuración de nuestro país como un «Estado Social y Democrático de Derecho» (artículo 1.1) o la sujeción «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (artículo 9.1), del reconocimiento del «principio de legalidad» (artículo 9.3) como de, en fin, la actuación de la Administración «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (artículo 103.1), se extrae la mentada tradición.

A).- El respeto a la Ley en la actuación administrativa: el principio de legalidad

En términos amplios, podemos afirmar que el principio de legalidad implica la exigencia de que la Administración respete lo dispuesto en la Ley[1377], bien porque ésta

[1376] García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 20ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pág. 211, dicen que «se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración».

[1377] Sobre el principio de legalidad, *vid*., García de Enterría, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984, págs. 11-61; Rubio

le habilita expresamente para actuar (vinculación positiva)[1378], bien porque la Ley aparece como límite para tal actuación (vinculación negativa)[1379].

La cuestión, sin embargo, no queda aquí: existe todavía discusión doctrinal respecto de la extensión de esta vinculación positiva[1380] o en lo concerniente a su

LLORENTE, F., «Principio de legalidad», en su obra *La forma del poder*, Vol. II, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, págs. 887-916; SÁNCHEZ MORÓN, M., «Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 55-72; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015; o, en fin, REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Lección 5: el principio de legalidad administrativa», en REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, págs. 145-178. En torno a la delimitación entre vinculación positiva y negativa, *vid*., BELADÍEZ ROJO, M., «La vinculación de la Administración al Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, págs. 315-349. Respecto de los orígenes históricos y el desarrollo de esta noción, así como de la dicotomía entre vinculación positiva (*positive Bindung*) y negativa (*negative Bindung*) –recogida de G. WINKLER por nuestra doctrina académica a mediados del siglo pasado, fundamentalmente desde BALLBÉ, M., voz «Derecho Administrativo», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, 1ª ed., Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950, págs. 55-82, especialmente 64 y ss., y consolidada gracias al *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ– es especialmente clarificador, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), págs. 148 y ss. y 192 y ss.

[1378] La tesis tradicional –impulsada por la autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA– defendía que la vinculación era, en todo caso, positiva. No obstante, en los últimos años esta posición ha sido puesto en duda, planteándose si la vinculación es, tal vez, sólo positiva en lo relativo a la actividad administrativa de policía o de limitación, así como en aquellos supuestos en los que exista una reserva de Ley prevista por la Constitución. Sobre el tema, *vid*. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 200-204; BELADÍEZ ROJO, «La vinculación de la Administración al Derecho (*cit.*)», págs. 331 y ss.; y, en fin, SÁNCHEZ MORÓN, «Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho (*cit.*)», págs. 61 y ss., recordando que «exigir en todos los casos una previa habilitación legal para que la Administración pueda actuar lícitamente resulta excesivo (...) La Constitución, de hecho, no lo ha previsto así, pues de lo contrario hubiera establecido una especie de reserva de ley universal». En ocasiones se ha defendido que tal vinculación positiva se deriva de la presencia de un principio general de libertad (*ex* artículo 10.1 de la Constitución), rigiendo aquél precisamente por limitar la autonomía de la persona; limitación que algún autor considera también extensible a la reconocida a los entes públicos, esto es, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Universidades (artículos 137, 140 y 27.10 del texto constitucional, respectivamente), *vid*., al efecto, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 781; BELADÍEZ ROJO, «La vinculación de la Administración al Derecho (*cit.*)», págs. 333 y ss.; REBOLLO PUIG, M., «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, mayo-agosto 1991, págs. 96 y ss.; y, más recientemente, en REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, «Lección 5: el principio de legalidad administrativa (*cit*.)», págs., 152 y ss., defendiendo también la exigencia de Ley respecto de las injerencias relativas a los entes públicos (pág. 154).

[1379] Suele entenderse que la vinculación es de carácter negativo en el marco de la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas, siendo algo más discutido en el marco de las actividades prestacional y de fomento. Por otro lado, la idea de la vinculación negativa a la Ley de la Administración local está muy extendida. Sobre el tema, *vid*. VELASCO CABALLERO, F., *Derecho local. Sistema de fuentes*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 241 y ss.; y, de forma más reciente –aunque también más sintética– VELASCO CABALLERO, F., CASTILLO ABELLA, J., «Fuentes del Derecho Local», en VELASCO CABALLERO, F. (Dir.), *Tratado de Derecho Local*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 89 y ss. *In extenso*, *vid*., GALÁN GALÁN, A., «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», CEMCI, núm. 8, julio-septiembre, 2010; FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., «El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, Madrid, enero-abril 2015, págs. 229 y ss.; y, también –aunque crítico con esta teoría de la vinculación negativa– CANO CAMPOS, T., «El poder normativo local y la crisis de la Ley», en *Documentación Administrativa*, núm. 6, enero-diciembre 2019, págs. 26 y ss.

cobertura[1381], propugnándose incluso la existencia de un «principio de juridicidad» –más que de «legalidad»[1382]– como fundamento (constitucional; legal; normativo) de actuación[1383]. Independientemente de ello, queda claro que no es posible –bajo el Derecho público español– que la actuación pública realice una actuación que no tenga un mínimo fundamento jurídico.

B).- EL RESPETO A LA LEY EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS POR LA ADMINISTRACIÓN: EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La idea del principio de legalidad debe distinguirse con la de reserva de Ley[1384]. En este sentido, la relación entre una y otra figura radica –como afirmaba RUBIO

[1380] Algunos autores entienden que la Administración ha de limitarse a la ejecución del Derecho mientras otros –desde una perspectiva más práctica– defienden que aquélla ha de orientarse a lograr la consecución de los intereses generales, pudiendo por ello desbordar la estricta y aséptica ejecución, aunque siempre con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (*ex* artículo 103.1 de la Constitución; artículo 3.3 LRJSP; y artículo 26 de la Ley 50/1997, de 26 de noviembre, del Gobierno, en adelante LG). Sobre el tema *vid*., TORNOS MAS, J., «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre, 1983, especialmente págs. 477 y ss.; y, más recientemente, REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, «Lección 5: el principio de legalidad administrativa (*cit*.)», págs. 148-149.

[1381] El sector mayoritario de la doctrina entiende que cuando hablamos de «principio de legalidad» se alude a un concepto de «legalidad» en sentido amplio, no relativo exclusivamente a la exigencia de que exista una Ley formal con carácter previo, siendo ésta la tesis mayoritaria, con fundamento en el «bloque de legalidad» de M. HAURIOU, como recuerda BELADÍEZ ROJO, *op*. *cit*., pág. 317, a cuyas referencias bibliográficas me remito. También SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), págs. 200-201. En su momento, existió un interesante debate al respecto entre DE OTTO Y PARDO, I., «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», hoy en *Obras Completas*, 1ª ed., Universidad de Oviedo-CEPC, Oviedo, 2010, especialmente págs. 949-953 y 1031-1032 (originalmente publicado en 1987) y RUBIO LLORENTE, «Principio de legalidad (*cit*.)», págs. 887-916 (previamente publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, págs. 9-42), defendiendo este último –siendo residual en la doctrina– la exigencia de una Ley previa, legitimante de toda actuación administrativa. En sentido similar a éste, *vid*., también GARCÍA MACHO, R., *Reserva de Ley y potestad reglamentari*a, 1ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1988, págs. 114 y 172.

[1382] Suele defenderse que es bastante la presencia de una «norma jurídica» para que la Administración actúe, hablando algún autor por ello de –más bien– un «principio de juridicidad», con clara inspiración en la configuración de A. MERKL. Sobre el tema, *vid*., REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit*.)», págs. 7 a 173, especialmente págs. 66 y ss.; y, más recientemente, en REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, «Lección 5: el principio de legalidad administrativa (*cit*.)», págs. 145-178, especialmente pág. 151, en la que parece ir incluso más allá al destacar que «es cuestionable que las habilitaciones a la Administración hayan de estar necesariamente en normas escritas y que los principios generales del Derecho no puedan dar nunca fundamento directo a la actuación administrativa (véase lo que se dice luego sobre las situaciones de necesidad)». Defiende también esta configuración SÁNCHEZ MORÓN, «Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho (*cit*.)», págs. 56 y ss.

[1383] Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso…* (*cit*.), Tomo I, págs. 495 y ss., la atribución de potestades administrativas no siempre se realiza a través de la Ley, sino que puede darse a través de otras normas, incluidos los propios reglamentos («autoatribución»). El hecho de que la Administración quede vinculada a sus propias normas puede verse con claridad en el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (artículo 37 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC).

[1384] Respecto a la distinción entre una y otra figura, *vid*., REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit*.)», págs..128 y ss.; y, más

LLORENTE– en que «las reservas de Ley que nuestra Constitución consagra son una acentuación del principio de legalidad»[1385]. En efecto, el principio de reserva de Ley parte de una pretensión distinta: implica la existencia de una serie de materias que no pueden regularse más que a través de una norma con rango legal, quedando entonces vedada la intervención normativa por parte de la Administración Pública a través del reglamento[13861387].

Así las cosas, potestad reglamentaria y reserva de Ley son dos técnicas en intrínseca conexión, puesto que a través de ellas se producen las distintas intervenciones regulatorias. Es por ello por lo que nuestra Constitución recoge ambas técnicas: en el artículo 97, la potestad reglamentaria, atribuyéndose al Gobierno «de acuerdo con la Constitución y las leyes»[1388], por un lado[1389]; y, por otro, la reserva de Ley, por medio

recientemente, REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, «Lección 5: el principio de legalidad administrativa (*cit.*)», págs. 155 y ss., quienes indican que estos dos principios tienen «ámbitos, funciones y significados diferentes». Resume la distinción SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág., 775, señalando que la reserva de Ley aparece como una «técnica de distribución de potestades normativas»; propiedad que no resulta atribuible al principio de legalidad.

[1385] RUBIO LLORENTE, «Principio de legalidad (*cit*.)», pág. 918.

[1386] Sigue siendo clásico el estudio que realiza REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit.*)», págs. 123 y ss., respecto de las reservas constitucionales de Ley a la potestad reglamentaria. Con carácter más reciente, *vid*., MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (*cit.*), Tomo VII, págs. 62 y ss.

[1387] Sobre esta diferenciación volveremos más adelante. En lo que concierne a la reserva de Ley en términos amplios, *vid*. PÉREZ ROYO, F. J., *La reserva de Ley*, Universidad de Sevilla, 1969 (tesis doctoral); GARRORENA MORALES, Á., *El lugar de la Ley en la Constitución Española*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, especialmente págs. 45 y ss.; TORNOS MAS, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional (*cit.*)», págs. 471-507.; REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit.*)», especialmente págs. 123 y ss.; GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y potestad reglamentari*a (*cit.*), siendo interesantes sus reflexiones respecto de su evolución en nuestra historia constitucional (especialmente, págs. 25 y ss.); CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *Ley y Administración Pública. Un ensayo de historia dogmática sobre la potestad normativa de la Administración*, 1ª ed., Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, 2012; RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Ley y reglamento en el Derecho Administrativo español», en SORIANO GARCÍA, J. E. (Dir.), *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Vol. II, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2014, págs. 1161-1196; y, en fin, también MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 36-114.

[1388] La literatura jurídica sobre la potestad reglamentaria es extensísima. Me remito especialmente –por su profundidad y relevancia– a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 211-270; así como, *in extenso*, al, ya citado, Tomo VII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* de S. MUÑOZ MACHADO. Téngase en cuenta que como ha señalado recientemente SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, primer semestre (2020), pág. 114, una primera aproximación a la idea del reglamento –la cita es larga, pero merece la pena transcribirla– «revela la notable inseguridad que caracteriza a este marco constitucional: la Constitución y las leyes generales no definen la titularidad concreta de la potestad reglamentaria, o lo hacen con muy serias imprecisiones; y las interpretaciones de estas normas se mueven, salvo en algún caso, en un nivel de vaguedad considerable». Aún más, subraya que «el régimen de la potestad reglamentaria (...) continúa ofreciendo entre nosotros deficiencias estructurales e incertidumbres intolerables. No es de recibo que un Estado que lleva más de cuatro décadas pretendiendo ser de Derecho no sea capaz de dar respuesta concluyente a si

de distintas expresiones y preceptos constitucionales, en una configuración criticada por la doctrina[1390].

En este sentido, la presencia del principio de reserva de Ley es especialmente importante para el tema que nos ocupa, dado que –*a priori*– puede limitar o supeditar el ejercicio y la eficacia del reglamento de necesidad en el ordenamiento jurídico. Puede, en este punto, realizarse un sucinto recordatorio respecto de las líneas maestras que inspiran el reparto del poder normativo en nuestro sistema constitucional.

En primer lugar, la potestad reglamentaria es genérica, pudiendo incidir sobre cualquier materia que no esté reservada a la Ley por la Constitución; es decir –siguiendo la tesis generalmente aceptada– cuando afecte a materias relativas a la libertad y a la propiedad[1391]. Cabe así una potestad reglamentaria de carácter

el Gobierno puede desarrollar reglamentariamente las leyes sin apoderamiento expresos y específicos; ni que se desconozca el concreto ámbito de la potestad reglamentaria de los ministros y consejeros autonómicos; ni que se carezca de una enumeración precisa de cuáles sean las materias reservadas a la ley; ni que se continúe dudando de la válida existencia de los llamados reglamentos independientes; ni que se ignore el alcance del concepto de los reglamentos ejecutivos; ni, por fin, que el procedimiento de elaboración de reglamentos disponga de un *iter* tan definido y claro como, por ejemplo, el que ha de emplearse para imponer una sanción» (págs. 129-130).

[1389] La atribución al Gobierno con carácter *ex Constitutione* ha de entenderse sin perjuicio de que –con fundamento en el principio de autonomía, artículos 137 y 140 del texto constitucional, de acuerdo con las explícitas referencias en los Estatutos de Autonomía y en el artículo 4.1.a) LRBRL las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispongan también de su propia potestad reglamentaria; atribución que queda hoy sintetizada en el 128.1 LPAC. El mapa conceptual se completa con la atribución de la potestad reglamentaria a otros órganos y entes, dado que «el carácter originario de esta potestad no excluye la posibilidad de delegaciones» (STC 13/1988, de 4 de febrero, FJ 4), quedando atribuidos así a otros órganos del Gobierno, así como, también, a entidades de Derecho público (SSTC 135/1992, FJ 2; 185/1995, FJ 6; 133/1997, FJ 7; 55/2018, FJ 5).

[1390] Indica SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 777, que la Constitución alude en ciento treinta y una ocasiones a esta cuestión a través de distintas expresiones. Así: «por ley» (artículos 117.4 o 131.2, 132.3, etc.); «mediante ley» (artículos 30.4, 128.2, 133.1); «sólo por ley» (artículo 53.1); «en virtud de ley» (artículo 133.3); etc., entre otras muchas. Ahora bien, no queda claro cuándo se establece una reserva de Ley *stricto sensu* o cuál ha de ser el papel en tales materias de la intervención reglamentaria, lo que lo que explica las críticas doctrinales vertidas al efecto. Las dificultades dogmáticas y prácticas respecto del principio de reserva de Ley han sido reiteradas recientemente por este autor, en «El confuso mundo… (*cit.*)», págs. 116-117, recordando que «hace tiempo que perdí la esperanza en que nuestro sistema constitucional consiga alcanzar una enumeración mínimamente completa y rigurosa de las materias reservadas a la ley: confiar en que se llegue a ello, después de más de cuarenta años, es una ilusión». (pág. 117).

[1391] Esta es la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 275 y ss., que ha sido seguida por CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., y GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, pág. 180; BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria…* (*cit.*), pág. 193; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 781 y ss., que lo entiende derivado del «libre desarrollo de la personalidad» del artículo 10 1 del texto constitucional. *Cfr*. este último con MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (*cit.*), Tomo VII, págs. 63-64, quien prefiere centrarse en el artículo 53.1 de la Constitución, al califica de «precepto central (...) del que puede deducirse una reserva de ley de todo cuanto concierne a la libertad y los derechos fundamentales».

independiente en aquellos ámbitos en los que no exista tal reserva (por todas, STC 58/1982, FJ 1). En este sentido, no es posible hacer uso de la «deslegalización» en los ámbitos reservados a la Ley, pues ello contravendría el mandato constitucional dado al legislador[1392].

Sin embargo, ello no implica que no quepa una cierta colaboración reglamentaria en materias reservadas a la Ley. Ahora bien, en este punto la intervención del reglamento debe limitarse a complementar la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, y siempre que con ello no se produzca una abdicación total de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo al titular de la potestad reglamentaria la facultad normativa sin establecer los objetivos o fines que tal reglamentación debe perseguir (SSTC 83/1984, FJ 4; 197/1994, FJ 5; 235/2000, FJ 5).

En segundo punto, es destacable que, aunque en nuestro sistema no exista una «reserva reglamentaria» (STC 248/2000, FJ 5), ello «no impide, cierto es, que una determinada materia, por su carácter marcadamente técnico, resulte más propio que sea objeto de una regulación por una norma reglamentaria que por una con rango legal (SSTC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 3; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24; 77/1985, de 27 de junio, FJ 16; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 9) [STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 5].

En tercer lugar, la potestad reglamentaria puede ejercerse incluso cuando incida sobre materia reservada a la Ley. Ahora bien, en estas materias sólo podrá actuar en tanto en cuanto haya una Ley preexistente, de tal suerte que se limiten a complementar la regulación legal sin carácter esencial: se exige una intervención previa por parte del legislador para poder reglamentar. Sin tal *interpositio legislatoris* no cabe dictar reglamentos en tales materias, si bien ello no es óbice para que el reglamento no cumpla su función –en palabras del artículo 128.2 LPAC– «de desarrollo o colaboración con respecto a la ley». Así, se ha tratado de establecer la distinción entre «reserva absoluta» y «reserva relativa» de Ley, entendiéndose que no cabe desarrollo reglamentario –o, si cabe, es muy restringido– en ciertas materias cubiertas por la última; hecho que contrasta con las reservas «relativas», en las que sí es posible una cierta colaboración

[1392] Sobre esto, *vid*., el punto III.2 del capítulo tercero de esta segunda parte de la obra.

reglamentaria[1393]. La diferenciación no ha sido recogida explícitamente por el Tribunal Constitucional más que en alguna ocasión[1394], aunque sí que habla frecuentemente de «reserva absoluta» (SSTC 15/1981, FJ 7; 25/1984, FJ 3; 140/1986, FJ 5) en relación con la regulación penal, y deja entrever la noción de reserva relativa respecto de su contenido (*v. gr*., STC 37/1987, FJ 3, respecto de la regulación de la propiedad privada; STC 19/1987, FJ 4, respecto de las prestaciones personales y patrimoniales *ex* artículo 31.3 de la Constitución; etc.)[1395].

Ya, por último, se ha de destacar que el desarrollo reglamentario de estas materias reservadas a la Ley no precisa una habilitación concreta en la propia Ley reguladora, sino que cabe una actuación reglamentaria directa (por todas, STC 99/1987). Es decir, que el reglamento puede intervenir –desarrollando; completando– siempre que exista una Ley previa en materia reservada, aunque aquélla no le haya habilitado expresamente para ello. Así las cosas, los principios de legalidad y de reserva de Ley buscan acotar la actuación administrativa, garantizando el respeto a las normas emanadas de la voluntad popular. La distinción de uno y otro principio respecto de la eficacia de la potestad reglamentaria fue sintetizada –por REBOLLO PUIG en los siguientes términos: «como la misma Ley puede permitir Reglamentos, lo que la reserva de Ley significa finalmente es la *exclusión del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida mediante autorizaciones generales* como la del artículo 97 CE. Por tanto, en

[1393] La distinción es a menudo recogida por la doctrina, aunque, en ocasiones, se hace notar que –más bien– lo que existe es una cierta «escala de intensidad de las reservas de ley»: la reserva roza lo absoluto en el ámbito penal y es ciertamente intensa en lo sancionador y en lo tributario, pero es más flexible en otras materias. La distinción –así como la expresión de la «escala»– ha sido utilizada por un importante sector doctrinal, así TORNOS MAS, «La relación entre la Ley y el reglamento... (*cit*.)», págs. 484 y 506; REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit*.)», págs. 143 y ss., aunque indicando que «la idea puede aceptarse si se le da el valor de una mera descripción de resultados»; GALLEGO ANABITARTE, A., y MENÉNDEZ REXACH, A., «Artículo 97: funciones del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1998, págs. 195-196; MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 79 y ss.; así como un largo etcétera. *Cfr*., con SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 785, quien critica esta diferenciación entre reservas absolutas y relativas; así como, más recientemente, también SÁNCHEZ MORÓN, «Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho (*cit*.)», pág. 61, para quien tampoco es correcto «ya que en realidad la solución no es la misma en cada caso, sino que existe una especie de escala de intensidad de las reservas de ley, que se gradúa en la práctica en función de criterios diversos, como son la tradición jurídica o el grado de afección de los derechos individuales (...)».

[1394] STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 2, habla de reservas «con carácter absoluto o relativo».

[1395] Sobre el tema, *vid*., SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 783 y ss. De nuevo, esta es la teoría, dado que no parecen defendibles las reservas de Ley absolutas en nuestro ordenamiento jurídico, desde el momento –sostiene el autor, pág. 786– «en que se admite genéricamente la remisión al reglamento, incluso en materia de derechos fundamentales» citando al efecto las SSTC 5/1981, de 13 de febrero y 77/1985, de 17 de junio, sobre el derecho a la educación.

materias constitucionalmente reservadas, el Gobierno no tiene otro poder reglamentario que el que le confiera una Ley mediante una habilitación normativa específica»[1396].

En definitiva, estos principios gozan de una importancia medular para nuestro estudio dado que –recuerda SÁNCHEZ MORÓN– su reconocimiento en la Constitución implica que ésta «ha querido excluir la legitimidad de cualquier actuación administrativa *contra legem* y *contra ius*, exclusiones nada infrecuentes en el pasado»[1397]. En efecto, la noción de «reglamento de necesidad» ha estado siempre anudada a estas expresiones latinas, así como a las cláusulas o habilitaciones generales. Esto –como veremos– arroja no pocos interrogantes en lo que respecta a su compatibilidad con los principios que aquí se anotan y, en especial, con las reservas de Ley previstas por la Constitución.

2.- LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO ANTE SITUACIONES DE CRISIS: LA *SUMMA DIVISIO* DEL DERECHO DE NECESIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La intención de los constituyentes de lograr una subordinación de las autoridades gubernativas al ordenamiento jurídico se plasma especialmente en el plano del Derecho de necesidad. La experiencia del régimen franquista y los abusos de la normativa de orden público alumbrarán un sistema mucho más garantista, en el que los poderes excepcionales quedarían relegados a los estados excepcionales recogidos en la Constitución, así como a otros instrumentos secundarios, tales como el Decreto ley (artículo 86) o la coerción estatal (artículo 155).

Sin embargo, el arrastre histórico de las previsiones de la normativa de policía y de seguridad pública hará que se desarrolle un acervo normativo frente a situaciones de crisis, dirigido a hacer frente otro tipo de situaciones de menor previsibilidad y de carácter menos grave o, al menos, más limitado en el tiempo. Se perpetúa así la tradicional *summa divisio*, siendo su análisis indispensable para poder abordar la figura que ocupa estas páginas.

[1396] REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit.*)», pág. 129. La cursiva es suya.
[1397] SÁNCHEZ MORÓN, «Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho (*cit.*)», pág. 56.

A).- LA OPCIÓN CONSTITUCIONAL POR EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

El abuso de la normativa de orden público por parte de las autoridades franquistas cristalizará en la obvia preocupación de los redactores de la Constitución de 1978 de encorsetar los poderes de necesidad al máximo posible, especialmente los de corte militar[1398]. Ello explica que nuestra Carta Magna acoja un modelo de Derecho de excepción, en el que las situaciones de crisis más graves son abordadas a través de estados excepcionales, declarados con carácter solemne y bajo los cuales –una vez activados y sólo entonces– cabe proceder a la limitación o, incluso, a la suspensión de derechos (artículos 55.1, 116, 117.5 y 169 de la Constitución Española)[1399]. El régimen jurídico de tales situaciones se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES)[1400].

Bajo este marco se busca reducir los poderes en contextos de crisis a la previa activación de tales estados. Y ello tanto respecto de una situación de alteración del «orden público» –estado de excepción; estado de sitio–, como de una catástrofe natural, industrial o tecnológica –estado de alarma–, siendo esto último una preocupación residual en la mente de los constituyentes: lo que latía en esta opción constitucional era la inquietud por limitar los medios represivos de ese «orden público» (entendido en su configuración tradicional; de cariz político-social). De ahí que los estados excepcionales

[1398] Preocupación que terminará por permear en la doctrina. Sobre el tema, destacan los trabajos de ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (I): Las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, y «Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (II): El Derecho Constitucional de excepción y las autoridades militares», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019, en los que analiza la posición de las Fuerzas Armadas respecto del Derecho ordinario de necesidad y los estados excepcionales, respectivamente. *Vid*., también, sobre la posible actuación militar bajo la coerción estatal, VILLAR CRESPO, «Poderes militares de necesidad y coerción estatal: reflexiones sobre el papel de las Fuerzas Armadas en la aplicación del artículo 155 de la Constitución (*cit*.)», págs. 149 y ss.

[1399] Sobre los distintos modelos de Derecho de necesidad, *vid*., ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs. 75 y ss.

[1400] Siguen siendo imprescindibles las aportaciones de P. CRUZ VILLALÓN, así «La protección extraordinaria del Estado (*cit*.)», también su artículo «El nuevo derecho de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, y, en fin, su obra *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (*cit*.). *Vid*., también –y entre otros muchos trabajos–, CARRO MARTÍNEZ, A., «Artículo 116: Situaciones de anormalidad constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1998; SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 116», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001; o, en fin, MATEU-ROS Y CEREZO, R., «Estados de alarma, excepción y sitio», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988. A raíz de la crisis provocada por la COVID-19, la literatura jurídica en la materia se ha multiplicado, siendo imposible reproducirla aquí. Por ello me remito a las distintas referencias bibliográficas indicadas a lo largo del presente capítulo, así como del tercero de la segunda parte de esta obra.

indicados se catalogaron por la doctrina más autorizada desde dos prismas. Por un lado, distinguiendo entre los de carácter civil (estado de alarma; estado de excepción) y el de carácter militar (estado de sitio). Y, por otro, asumiendo la tesis «pluralista» de los estados excepcionales –frente a la posición del modelo «gradualista»– por la cual estos tres estados respondían a presupuestos de hecho diferenciados y no al nivel de gravedad de la crisis que se buscaba confrontar[1401].

Sin embargo, con motivo de sus pronunciamientos respecto de la activación del estado de alarma ante la pandemia de la COVID-19, nuestro Tribunal Constitucional ha optado por reinterpretar la configuración «pluralista» de los estados excepcionales, alejándose de esa configuración académica tradicional. En efecto, con la STC 148/2021, FJ 11 –doctrina reiterada en la STC 183/2021, FJ 11– termina por optar por el modelo «gradualista», afirmando la existencia de un *continuum* respecto de una situación de crisis: lo importante no es ya la naturaleza de los hechos –si responden a alteración del orden público o no– sino su gravedad, dado que una crisis sanitaria puede dar lugar a una situación que altere el «orden público constitucional»; situación ante la cual es posible activar el estado de excepción[1402].

Así las cosas, con la Constitución de 1978 se produce una importante novedad: la inclusión de un estado excepcional dirigido a hacer frente situaciones no provocadas por la mano del hombre. Esta innovación implicó una «segunda constitucionalización del Derecho de excepción», quebrando además nuestra tradicional división del Derecho de necesidad, por la cual las alteraciones del orden público (político-sociales) más

[1401] CRUZ VILLALÓN, «El nuevo derecho de excepción… (*cit.*)», pág., 99.

[1402] Indica el citado FJ 11 de la STC 148/2021 que: «Ahora bien: es cierto que el legislador de 1981 incluyó, a título de ejemplo, en el art. 4 LOAES una serie de circunstancias fácticas como *causas* que legitimaban la declaración del estado de alarma (catástrofes naturales, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos, desabastecimientos), y que todas ellas tienen en común –en línea con los argumentos expuestos en los debates constituyentes– la ausencia de motivación política. Pero no lo es menos que, al prever en el art. 13.1 las circunstancias justificativas de la declaración del estado de excepción, el mismo legislador omite cualquier referencia a las motivaciones, centrándose en los *efectos perturbadores* provocados en la sociedad para invocar dicho estado como respuesta ante situaciones en que 'el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo'. (...) Cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción».

intensas –cuando era preciso suspender derechos– se confrontaban a través de estados excepcionales, mientras que las de corte natural o tecnológico se trataban de solucionar por medio de la normativa de policía[1403]. Además, esta inicial configuración –«pluralista»– de los estados excepcionales se reconfiguró a la luz de la noción del «orden público constitucional», de tal suerte que la aducida división del Derecho de crisis quedaba virtualmente alterada a través de la jurisprudencia constitucional, como se ha podido advertir.

En cualquier caso, lo que importa destacar en este punto –sin perjuicio de que más adelante se ahondará sobre el régimen jurídico de los estados excepcionales– es que, pese a que la opción constitucional fuese, precisamente, la del Derecho de excepción, lo cierto es que el reconocimiento del estado de alarma en nuestro texto constitucional no fue capaz de sustituir esa «otra parte» del Derecho de necesidad, desperdigado en la normativa de seguridad pública. De hecho, este conjunto normativo no sólo se mantuvo, sino que incluso se actualizó tras la entrada de la Constitución de 1978, tanto a nivel estatal como autonómico, orillándose la utilización del estado de alarma durante más de cuarenta años y siendo activado únicamente en 2010 (ante la denominada crisis de los controladores aéreos) y en 2020 (consecuencia de la pandemia de la COVID-19). Parece preciso por ello detenernos con más atención en este conjunto de normas.

B).- LA «SEGUNDA PARTE» DEL DERECHO DE NECESIDAD: LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

Tal y como se precisaba en el punto anterior, existe un segundo pilar del Derecho de crisis no reconducible a los estados excepcionales, y en cuyo seno encontramos normas de distinto cariz. Tradicionalmente, este acervo normativo pasó desapercibido, siendo analizado por un número muy reducido de juristas y desde el

[1403] Me remito *in totum* a mi artículo, VILLAR CRESPO, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones… (*cit.*), especialmente págs. 183 y ss.

prisma del Derecho de policía (AGIRREAZKUENAGA[1404], GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ[1405], ÁLVAREZ GARCÍA[1406], etc.).

No obstante, durante los últimos años y, especialmente, a raíz de la crisis de la COVID-19 y de otros fenómenos naturales y meteorológicos –la tormenta «Filomena» o la erupción del volcán de la Palma son buenos ejemplos–, se han reverdecido los estudios en este ámbito. El interés se ha puesto de manifiesto, especialmente, en tratar de cohonestar este conjunto de normas con el Derecho constitucional de excepción y, especialmente, con el estado de alarma, dado el posible solapamiento entre las medidas a adoptar bajo tales instrumentos[1407]. Se habla así de un «Derecho legal de necesidad»[1408], de un «Derecho ordinario de necesidad»[1409], de un «Derecho administrativo para la excepción»[1410], o, ya con carácter más matizado, de «legislación

[1404] AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa* (*cit*.), págs. 263 y ss., distingue entre «crisis no constitucionalizada» y «crisis constitucionalizada», incluyendo bajo la primera noción las referencias a las que aludiremos inmediatamente (cláusulas generales de aguas, en el ámbito local a favor del Alcalde o, entre otras, las previstas en la legislación sanitaria); y, en el marco de la segunda, fundamente el artículo 116 de la Constitución.

[1405] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, págs. 860-862, diferencian, bajo la idea de «estado de necesidad», aquellas situaciones excepcionales «formalmente declaradas» –previstas en el artículo 116 de la Constitución– de otras «no declaradas» –supuestos, ejemplifican los autores, como el del artículo 21.1.m) LRBRL–, recordando que mientras que en las primeras se dan en ámbitos generales o que abarcan amplios espacios, en el segundo caso nos encontramos ante «situaciones extraordinarias más localizadas o singulares, que advienen de una manera súbita, grave e imprevista y para atender a las cuales no bastan los poderes administrativos ordinarios». En términos similares, PAREJO ALFONSO, L., y DROMI, R., *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2001, págs. 89 y ss., distinguiendo también –bajo la rúbrica de «situación o estado extraordinario o de necesidad»– dos categorías: situación o estado formalizado, por un lado, y no formalizado, por otro; correspondiendo la primera a los estados excepcionales de la LOAES y la segunda a situaciones de catástrofes, accidentes y calamidades de diversa índole y de carácter general (que afectan a un número indeterminado de personas). Incluye aquí no sólo la normativa de protección civil, sino también la habilitación general a favor del Alcalde presente en hoy en el artículo 21.1.m) LRBRL.

[1406] *Vid*., en términos amplios, ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.).

[1407] Sobre esta cuestión, *vid*., VILLAR CRESPO, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones… (*cit*.), págs. 179 y ss.

[1408] La expresión es mía. *Vid*., VILLAR CRESPO, «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español (*cit.*)», pág. 41; aunque fue seguida por otros autores como RIDAO MARTÍN, J., «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el Estado autonómico», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 95, pág. 49, quien, sin embargo, omite toda autoría a tal expresión.

[1409] CIERCO SEIRA, C., y SALAMEDO TEIXIDÓ, L., «La protección de la salud pública en contextos de excepción», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, especialmente, págs. 22 y ss.

[1410] NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Derecho administrativo *para* la excepción. La respuesta jurídico-pública ordinaria para la sociedad de riesgo», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022. Posteriormente en TEJEDOR BIELSA, J., BOIX PALOP, A., y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (Coords.), *Derecho Administrativo para la excepción*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2023, págs. 27 y ss.; obra que, como puede apreciarse, usa la misma expresión y recoge trabajos de distintos autores.

ordinaria con previsiones para la lucha frente a crisis»[1411]; expresiones todas que se reconducen a esa legión de normas –no incluidas expresamente en la Constitución– que habilitan a los poderes públicos a actuar ante situaciones de excepcionales[1412]. Estas previsiones tienen la clara pretensión de hacer frente a problemas reales que se manifiestan a todos los niveles territoriales (estatal, autonómico, local); problemas que no aparecen –ni pueden aparecer– reconocidos en la Constitución debido a su casuismo y a su imprevisibilidad, pero a los que, sin duda, es preciso atender[1413].

Este conjunto normativo tiene unos caracteres diferenciados del Derecho constitucional de excepción, dado que –a diferencia de la declaración de los estados excepcionales (STC 83/2016, FJ 10)– no implica el desplazamiento del Derecho ordinario, como sostiene la doctrina mayoritaria[1414], habiéndose destacado también que su finalidad primaria es anticiparse a la situación de necesidad, así como prever «los posibles escenarios, medidas y disposiciones organizativas para abordarla con garantías»[1415]. Encontramos aquí multiplicidad de normas, a las que es preciso hacer referencia.

En primer lugar, toda la normativa en materia de protección civil, presidida por la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (en adelante, LSNPC), así como las previsiones de la normativa sanitaria y de salud pública ante situaciones excepcionales, reguladas –fundamentalmente– en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS), en la LOMESP, o la Ley 33/2011, de 4 de

[1411] ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Una historia jurídica de la lucha frente a la pandemia de la COVID-19», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023, pág. 9.

[1412] *Vid*., también «Encuesta sobre el Derecho de excepción, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021, especialmente págs. 57 y ss., en la que distintos autores –M. ARAGÓN REYES, R. CANOSA USERA, A. CARMONA CONTRERAS, P. CRUZ VILLALÓN, T. DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, C. GARRIDO LÓPEZ y M. A. PRESNO LINERA– son preguntados por las diferencias entre el «Derecho legal de necesidad» y el Derecho de excepción.

[1413] Para BAÑO LEÓN, J. M.ª., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209, 2020, especialmente págs. 12 y ss., sólo los estados de excepción y de sitio pueden catalogarse como «situaciones de anormalidad constitucional», dado que son los únicos que permiten suspender derechos.

[1414] En este sentido, lo explicita NOGUEIRA LÓPEZ, «Derecho administrativo *para* la excepción… (*cit.*)», pág. 5. *Cfr*., con ARROYO JIMÉNEZ, L., «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021, pág. 276, para quien sí se produce tal desplazamiento con las «medidas de emergencia» dictadas «en el marco de las atribuciones conferidas por la legislación administrativa general o sectorial».

[1415] NOGUEIRA LÓPEZ, *op*. *et loc*. *cit*., y, también, en las págs. 21 y ss., recordando el «fuerte componente preventivo» de este acervo normativo, de tal suerte que no es «un Derecho principalmente reparador o correctivo (paliación, restauración y reparación de daños)».

octubre, General de Salud Pública (en adelante, LGSP), o también –aunque ya relativa a situaciones de epizootia– la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (en adelante, LSA). También es destacable la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC), que prevé distintas actuaciones con objeto de lograr la tranquilidad en las calles –tradicional concepción de «orden público», hoy reconfigurada– o la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (en adelante, LSN), de carácter transversal para distintos tipos de riesgos.

Por último, existen otras normas que, aunque no especialmente centradas en hacer frente a situaciones excepcionales, sí establecen previsiones concretas al efecto, tales como el TRLA, destacando su artículo 58; el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre (en adelante, TRLT; siendo relevante el artículo 18); la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (en adelante, LSAN; habiendo de aludir al 20); el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU; destacando los artículos 15 y 16); o, en fin, la clásica habilitación prevista a favor de los Alcaldes ante situaciones excepcionales en el artículo 21.1.m) LRBRL.

Ahora bien, la gran mayoría de estas disposiciones corresponden a la actividad de limitación, de policía o de seguridad pública, siendo sólo algunos de sus preceptos los que podrían catalogarse como Derecho de necesidad[1416]. Entre los preceptos incluidos en tal categoría se insertan previsiones que pueden distribuirse en dos grupos: medidas estándar o típicas, en las que se establecen las actuaciones a adoptar de forma definida; por un lado; y, por otro lado, cláusulas generales, que se erigen –por lo general– como *ultima ratio* para actuar en caso de que el primer grupo de medidas

[1416] La evolución de estas nociones en nuestro país puede verse en BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, 1ª ed., Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988, págs. 38 y ss. Más recientemente, son interesantes las reflexiones que realiza REBOLLO PUIG., M., «Lección 1: la actividad administrativa de limitación», en REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo III, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, págs. 19 y ss., entre las nociones de actividad de limitación, policía, orden público y situaciones de necesidad. En este sentido, el concepto de orden público –de carácter sumamente discutido y escurridizo– que se maneja hoy día no es ya estrictamente político-social, sino mucho más amplio, como recuerda el autor (pág. 28) al indicar que «las perturbaciones del orden público pueden provenir de comportamientos humanos o de la acción de la naturaleza (terremotos, epidemias, inundaciones…)» si bien la «actividad de limitación policial se ocupa de los comportamientos humanos», aunque valorando tales comportamientos «teniendo en cuenta los factores peligrosos de la naturaleza», bien previniendo las catástrofes, bien evitando que produzcan efectos más lesivos.

típicas no prevea la situación excepcional a confrontar. La diferencia entre las situaciones ordinarias y extraordinarias previstas en el aducido acervo normativo radica –como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada– no sólo en la intensidad de las medidas, sino también –y especialmente– en los destinatarios a los que van dirigidas. Así, en situaciones ordinarias sólo es posible que se dirijan a los «perturbadores» del orden público o de la seguridad y, sólo excepcionalmente, podrán aplicarse a terceros cuando se den habilitaciones específicas y concretas en la Ley[1417].

En situaciones extraordinarias –de necesidad– bastará tanto una habilitación legal específica como la aplicación de una cláusula general para afectar a terceros. Esto explica que sean precisamente este tipo de cláusulas –junto con otra serie de medidas nominadas, *v. gr*., protección civil; salud pública; etc.– las que se han venido conectando con las situaciones de necesidad en nuestro ordenamiento: el artículo 58 TRLA; el artículo 3 de la LOMESP; el 21.1.m) LRBRL, etc. Y no sólo eso, sino que tales previsiones también se han venido identificando con nuestros reglamentos de necesidad, como en seguida tendremos ocasión de comprobar. Ahora bien, esta segunda parte del Derecho de necesidad es aún un tanto desconocida, siendo todavía discutido su fundamento constitucional y su eficacia real en nuestro ordenamiento. Por lo común, se ha conectado este acervo con el artículo 30.4 de la Constitución –en cuanto alude a los «deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública», que se regularán «mediante ley»– o, también, con la posibilidad contemplada en el artículo 31.3 de establecer prestaciones públicas «con arreglo a la ley».

En definitiva, la Constitución Española optó por el Derecho de excepción como sistema de Derecho de necesidad, probablemente con la intención de encorsetar todos los poderes extraordinarios de las autoridades gubernativas. El paso del tiempo y la

[1417] PAREJO ALFONSO y DROMI, *Seguridad Pública y Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 133 y ss., insistiendo en que no es posible afectar a terceros con fundamento en un apoderamiento genérico. Sobre la exigencia de que las acciones vayan –con carácter general– dirigidas a los perturbadores del orden público, así como sobre la existencia de un «deber general de no perturbar», *vid*., REBOLLO PUIG, «Lección 1: la actividad administrativa de limitación (*cit.*)», págs. 33 y ss. Admite, en este sentido, que para imponer limitaciones a aquellas personas que no perturben entonces hará falta «habilitaciones legales específicas», aunque añade que «en situaciones de necesidad esto cambia: es aún más frecuente que la Administración cuente con potestades limitativas frente a quien no es el perturbador y potestades para exigir, no ya que no se perturbe, sino que se colabore positivamente al restablecimiento del orden público. Además, en tales situaciones de necesidad las habilitaciones legales son especialmente amplias. Pero en situaciones ordinarias la posibilidad de ir contra quien no es el perturbador o de imponer más de lo que se deriva del deber general de no perturbar requiere concretos y específicos apoderamientos legales. Por tanto, la peculiar adaptación de la policía al principio de legalidad la ceñimos, además de a las situaciones de necesidad, en situaciones ordinarias a su lucha contra las conductas que perturban el orden o que directamente lo ponen en peligro» (pág. 35).

evolución de la organización territorial ha hecho que, en la práctica, el indicado modelo haya quedado anquilosado, lo que explica que se haya desarrollado un acervo normativo de crisis a diferentes niveles territoriales. Y todo ello con un fundamento jurídico-constitucional distinto del anterior. En esta dualidad o *summa divisio* de nuestro Derecho de necesidad se inserta la figura que nos ocupa, como tendremos ocasión de comprobar.

III.- LA RECEPCIÓN DEL «REGLAMENTO DE NECESIDAD» TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978

En los epígrafes anteriores se ha analizado la posición de la potestad reglamentaria y del Derecho de necesidad en el texto constitucional de 1978. Los cambios producidos en los citados ámbitos –hemos podido comprobar– son trascendentales respecto del régimen precedente y permiten alumbrar un marco jurídico novedoso en lo relativo a las nociones –por separado– de «reglamento» y de «necesidad». Sin embargo, la aprobación de la Constitución –contrariamente a lo que pueda parecer *a priori*– no iba a implicar alteraciones sustanciales en lo que concierne a la figura del «reglamento de necesidad»: tras su reconocimiento bajo el régimen precedente por el Consejo de Estado (Moción de 1969), por el Tribunal Supremo (STS de 22 de abril de 1974) y, especialmente, por la doctrina imperante, la expresión terminará por permear en el nuevo sistema jurídico-constitucional.

En efecto, el análisis de las referencias al reglamento de necesidad en el Derecho positivo, en la literatura jurídica y en la jurisprudencia –aunque prácticamente anecdóticas en contraposición a otras instituciones– nos permiten afirmar la consolidación de la figura bajo unos mimbres propios y como categoría autónoma, diferenciada de otras figuras similares. Puede decirse –en términos generales y con las preceptivas matizaciones que enseguida se realizarán– que, desde estas esferas, se configuran dos concepciones distintas del reglamento de necesidad. Una, podríamos decir, «en sentido amplio» (*lato sensu*), proveniente de la doctrina, y que lo entiende como toda actuación de las autoridades gubernativas ante situaciones excepcionales. Y otra «en sentido restringido» (*stricto sensu*) –tal vez por inspiración italiana– que está especialmente presente en la jurisprudencia, y que suele conectar el concepto al producto normativo de las cláusulas generales de necesidad.

1.- SU CONFIGURACIÓN EN LA LITERATURA JURÍDICA

El mantenimiento de la trilogía de los reglamentos en relación con la Ley y, claro está, de la doctrina del «reglamento de necesidad» en el plano académico es directamente tributaria de la tremenda influencia de la autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA y de T.-R. FERNÁNDEZ; autores que, a través de su *Curso de Derecho Administrativo* –cuya primera edición data de 1974 y se sigue reeditando– sirven de nexo generacional a la categoría objeto de nuestro estudio. Otro motivo tal vez sea el mismo que llevó a la recepción –a principios del siglo pasado– de la indicada clasificación: su fuerza pedagógica o nemotécnica. Y es que es, desde luego, una forma sencilla y clara de explicar los tipos de reglamentos presentes en nuestro ordenamiento jurídico: reglamentos ejecutivos (*secundum legem*), independientes (*praeter legem*) y de necesidad (*contra legem*).

En términos generales, la doctrina actual –desde los años ochenta– recoge la citada clasificación. Sirvan de ejemplo aquí los nombres de –además de GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ[1418]– SANTAMARÍA PASTOR[1419], VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA[1420], COSCULLUELA MONTANER[1421], PARADA VÁZQUEZ[1422], SÁNCHEZ MORÓN[1423], CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT[1424], PAREJO ALFONSO[1425], EMBID IRUJO[1426], REBOLLO PUIG[1427], BERMEJO VERA[1428], RODRÍGUEZ-

[1418] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, págs., 246 y ss., recogen tanto la clasificación como las expresiones latinas. Téngase en cuenta que E. GARCÍA DE ENTERRÍA falleció en el año 2013, habiendo sido actualizada la obra por T.-R. FERNÁNDEZ.

[1419] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol. I, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2018, págs. 215 y ss., recoge tanto la clasificación como las expresiones latinas.

[1420] VILLAR PALASÍ, J. L., y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 1999, págs. 219 y ss., aunque recogen la clasificación advierten que la denominación de *contra legem* es equívoca, como veremos.

[1421] COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I*, 34ª ed., Civitas, Pamplona, 2023, págs. 105 y ss., recoge la trilogía de VON STEIN y dedica un epígrafe concreto a los reglamentos de necesidad (pág. 110), entendiendo que estamos ante un supuesto de deslegalización y ejemplificando la figura con las medidas dictadas para la salud pública, así como con la cláusula general local.

[1422] PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Tomo I, 26ª ed., Dykinson S. L., Madrid, 2019, págs. 75-76.

[1423] SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2023, págs. 190 y ss.

[1424] CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución (*cit*.)», págs. 198 y 199.

[1425] PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 261 y ss., recogiendo también los adagios latinos.

[1426] EMBID IRUJO, A., «Potestad reglamentaria», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991, págs. 100 y ss., recogiendo la trilogía y dando algunos ejemplos al efecto.

[1427] REBOLLO PUIG, M., «Lección 8: la potestad reglamentaria», en REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, págs. 244-245, aunque matiza la doctrina del reglamento de necesidad, advirtiendo que se trata «sólo, en realidad, de una

ARANA[1429], LÓPEZ BENÍTEZ[1430], FERNÁNDEZ FARRERES[1431], TRAYTER JIMÉNEZ[1432] o GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS[1433].

Existen otros autores que, pese a no recoger la trilogía en sus manuales y tratados, sí hacen uso de la expresión «reglamento de necesidad». Creo que, a estos efectos, son bastantes los nombres de MUÑOZ MACHADO[1434], ENTRENA CUESTA[1435], BAÑO LEÓN[1436], CHINCHILLA MARÍN[1437], MARTÍN REBOLLO[1438], o ÁLVAREZ GARCÍA[1439]. Dentro de ellos, la gran mayoría alude a la expresión en referencia a los bandos del

aplicación de la teoría general de las situaciones de necesidad (...) y de aceptar, en consecuencia, que en situaciones de crisis grave y cuando los medios ordinarios previstos por el Derechos no sean suficientes para solventarlas cabe la posibilidad de aprobar reglamentos que no respeten lo establecido en las leyes» (págs. 240-241).

[1428] BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Vol. I, 13ª ed., Civitas, Pamplona, 2019, pág. 121, recoge la trilogía y se refiere muy sucintamente a los «reglamentos (Ordenanzas) de necesidad» (*sic*.).

[1429] RODRÍGUEZ-ARANA, «Ley y reglamento en el Derecho Administrativo español (*cit*.)», págs. 1177-1179 recoge la trilogía, utilizando también los adagios latinos.

[1430] LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Lección 3. La actividad normativa de la Administración: el reglamento», en MENÉNDEZ, P., y EZQUERRA, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Thomson Reuters, Madrid, 2021, págs. 133 y ss., recogiendo la clasificación tripartita.

[1431] FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2022, págs. 425 y ss., recogiendo la clasificación, aunque matizando la precisión de *contra legem*, dedicando un apartado concreto al concepto (págs. 427-428) e incluyendo aquí distintas referencias.

[1432] TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho administrativo*, 8ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, págs. 130 y ss.

[1433] GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2023, págs. 142-143, recogen la trilogía advertida.

[1434] MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 230 y 241, en relación con los poderes del Alcalde; así como en «El poder y la peste de 2020», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020, pág. 127, para aquellos dictados en materia de salud pública [hoy publicado como *El poder y la peste (2020-2022)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2022].

[1435] ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I/1, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs. 122 y 129-130, incluyendo los reglamentos de necesidad –junto con el fenómeno de la deslegalización– dentro de los «supuestos excepcionales» de la potestad reglamentaria.

[1436] BAÑO LEÓN, J. M.ª, voz «Reglamento de necesidad», en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2005, págs. 2156-2160. El autor incluye bajo tal denominación la práctica totalidad de las actuaciones excepcionales previstas en nuestro ordenamiento.

[1437] CHINCHILLA MARÍN, C., «El control judicial de las medidas sanitarias restrictivas de derechos adoptadas durante la pandemia», en VV. AA., *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, págs. 267 y 334, en las que –respectivamente– utiliza la expresión para referirse a los Decretos que declaran el estado de alarma y a los reglamentos de salud pública dictados con motivo de la COVID-19 que precisaban de autorización judicial.

[1438] MARTÍN REBOLLO, L., *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las Leyes administrativas*, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2023, págs. 334-335, distingue entre reglamentos ejecutivos e independientes, indicando «se habla también de los reglamentos *de necesidad*». La cursiva es suya.

[1439] ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pág. 9, conectándolos con las cláusulas generales previstas en la normativa sanitaria.

Alcalde ante situaciones de necesidad, así BLANQUER CRIADO[1440], GALÁN GALÁN[1441], RIVERO YSERN[1442], VELASCO CABALLERO[1443], etc.[1444].

Un tercer grupo opta por no reconocer la clasificación de VON STEIN ni la figura del reglamento de necesidad. Son legión en este sentido los constitucionalistas[1445] –salvando alguna excepción como la de BALAGUER CALLEJÓN[1446] o la de ALZAGA VILLAAMIL y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[1447]–, aunque muy pocos en el caso de los administrativistas, donde destacan los nombres de GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ

[1440] BLANQUER CRIADO, *Derecho Administrativo* (*cit*.), págs. 237 y ss., alude a los tipos de reglamentos por su relación con la Ley, hablando de ejecutivos, delegados, independientes y organizativos, mientras que en las págs. 251 y ss. alude a los tipos de bandos del Alcalde: bandos «en situación de normalidad» y «bandos como reglamentos de necesidad».

[1441] GALÁN GALÁN, A., *El Reglamento Orgánico Local*, 1ª ed., INAP, Madrid, 2004, pág. 107.

[1442] RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2010, pág. 83, aunque prefiere la expresión de «bandos de necesidad».

[1443] VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes* (*cit*.), págs. 314 y 316.

[1444] Otros, como FARRÉ TOUS, S., «Los bandos del Alcalde», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 273, enero-abril 1997, especialmente págs. 111 y ss., se refiere también a los «bandos de necesidad» del Alcalde, terminando por hacer un sucinto estudio de la figura que nos ocupa.

[1445] Resultaría superfluo indicar aquí una relación de todos los tratados y manuales de Derecho constitucional que omiten la clasificación de los reglamentos en relación con la Ley y la doctrina del reglamento de necesidad. Baste destacar –como se hace en las notas subsiguientes– los constitucionalistas que la recogen, pudiendo hacerse una idea el lector de los que no lo hacen.

[1446] BALAGUER CALLEJÓN, F., «Capítulo VIII. Las fuentes reglamentarias», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, págs. 196 y ss., se hace eco de la trilogía y dedica un apartado específico al reglamento de necesidad. *Vid*., también, su obra *Fuentes del Derecho*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2022, págs. 453-454, donde desarrolla algo más su concepción de este tipo de normas.

[1447] ALZAGA VILLAAMIL, Ó., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, Tomo I, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, págs., 527 y ss., recogen la clasificación de STEIN.

REXACH[1448], ESTEVE PARDO[1449], MARTÍN MATEO[1450], GARRIDO FALLA[1451] o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO[1452].

Como puede verse, la expresión está ampliamente extendida en la literatura jurídica, siendo por ello sorprendente que –hasta la fecha– no exista ningún estudio dedicado a explicar esta figura que, además, plantea diversos problemas en lo que a su configuración e inserción en el ordenamiento jurídico se refiere[1453]. Pese a ello, se puede, no obstante, extraer algunas conclusiones en torno a su configuración en la literatura jurídica.

En primer lugar, la doctrina suele admitir su naturaleza normativa –de genuino reglamento– aunque algún autor ha apuntado su íntima relación con las cláusulas generales de habilitación, lo que hace que, en muchos casos, deba de hablarse de actos administrativos generales[1454]. Por otro lado, la práctica unanimidad de los autores reconoce que estamos ante habilitaciones legales para actuar ante situaciones de

[1448] GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97: funciones del Gobierno (*cit.*)», págs. 182 y ss., señalando contundentemente que la «clasificación más importante de los Reglamentos es la que se fija en su relación con la Ley, dejando al margen el Reglamento *contra legem*, que está obviamente prohibido en la Constitución de 1978». Prefieren hacer uso de la trilogía *secundum legem*, *intra legem* y *praeter legem*.

[1449] ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 67 y ss., recoge la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, omitiendo la categoría de los reglamentos de necesidad.

[1450] MARTÍN MATEO, R., y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, 28ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 107 y ss., recogen los ejecutivos y los independientes al aludir a los reglamentos por su relación con la Ley, omitiendo los de necesidad. Téngase en cuenta que en la primera edición de su obra este autor recogió la doctrina italiana de las «ordenanzas de necesidad», sustituyéndolas por la de «medidas excepcionales» a partir de la segunda. Mantiene esta noción en la última edición (pág. 99).

[1451] GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, págs., 281 y ss., recoge las clases de reglamentos por razón de su relación con la Ley, pero incluyendo únicamente los ejecutivos e independientes. De nuevo, y al igual que en anteriores ediciones, alude a la trilogía, aunque criticándola e identificando las ordenanzas de necesidad con los Decretos leyes. Téngase en cuenta que el autor falleció en 2003, habiendo sido actualizada la obra que aquí se anota por A. PALOMAR OLMEDA y H. LOSADA GONZÁLEZ.

[1452] RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, «Capítulo 11. Sistema de fuentes del Derecho Administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, y DOMÉNECH PASCUAL, G., y ARROYO JIMÉNEZ, L. (Coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 829 y ss.

[1453] Así también se pronuncia BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit.*)», pág. 2158, indicando que «[p]ese a que el bando militar y la declaración del estado de guerra o de excepción han sido moneda corriente en nuestro turbulento pasado, el reglamento de necesidad apenas si ha tenido tratamiento entre nosotros». Un acercamiento a esta cuestión se ha producido recientemente por ARAGUÀS GALCERÀ, I., «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, aunque haciendo uso de la expresión de «reglamento de necesidad» todavía en sentido *lato*, como se extrae de las páginas 5 y siguientes.

[1454] SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 751-752, aunque no lo explicita en sus *Principios de Derecho Administrativo General* (*cit.*), Vol. I, págs. 218-219. Sea como sea, esta realidad también ha sido advertida por PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 266-267; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, pág. 76; y, en fin, BALAGUER CALLEJÓN, «Capítulo VIII. Las fuentes reglamentarias (*cit.*)», pág. 199, y también en *Fuentes del Derecho* (*cit.*), págs. 453-454,

necesidad. En otras palabras: no se admiten los reglamentos de necesidad ilegales, dictados sin sustento jurídico-legal alguno[1455]. Sin embargo, la mayoría –probablemente por cuestiones de inercia o, de nuevo, por su potencia nemotécnica– siguen utilizando la expresión *contra legem* vinculada a ellos.

Además, suele reconducirse esta figura a las cláusulas generales previstas para situaciones extraordinarias[1456], hablándose de estos «reglamentos de necesidad» con referencia a las habilitaciones previstas en el artículo 21.1.m) LRBRL (la inmensa mayoría de la doctrina) o en otros preceptos, como el artículo 58 TRLA[1457], así como las previstas en la normativa sanitaria y, especialmente, al artículo 3 de la LOMESP[1458]. Sin embargo, todavía se alude a supuestos –a veces en estrecha conexión con las indicadas cláusulas– tales como las declaraciones de los estados excepcionales previstos en nuestra Constitución, las actuaciones en ejecución o desarrollo de los anteriores, los bandos militares, o, en fin, las medidas estándar o tipificadas previstas en la normativa de seguridad pública ante situaciones de crisis[1459].

Por último, la doctrina suele convenir que –como bien indica SANTAMARÍA PASTOR–aunque no existe en nuestro sistema normativo una disposición que regule este tipo de reglamentos, sí «hay un acuerdo teórico acerca de los siguientes extremos»: primero, respecto de su naturaleza temporal, quedando su eficacia limitada «al período

[1455] *Cfr*., con BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho* (*cit.*), págs. 453-454, quien sostiene que «debe diferenciarse claramente aquellos que, dictándose con motivo de situaciones de esta naturaleza, están amparados por las habilitaciones legales previstas en el ordenamiento de los que, por el contrario, carecen de habilitación legal». Este último tipo «podrá ser, en este sentido, un reglamento ajustado a la Constitución, dictado para proteger bienes superiores (como la salud o la vida de las personas) pese a ser también una norma ilegal».

[1456] Explícitamente señalan esta conexión, SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General* (*cit.*), Vol. I, págs. 218-219; PAREJO ALFONSO, *op. cit*., pág. 266-267; y PARADA VÁZQUEZ, *op. cit*., Tomo I, pág. 76, hablando este último de «cláusulas generales de habilitación para situaciones de emergencia».

[1457] Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, pág., 246; EMBID IRUJO, «Potestad reglamentaria (*cit.*)», págs. 103-104, alude al artículo 56 del texto de 1985; DELGADO PIQUERAS, F., «El dominio público hidráulico», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 121; o, entre otros, BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit.*)», pág. 2159. Especialmente destacable es el análisis de este precepto –que configura como habilitante para dictar reglamentos de necesidad– de MARINA JALVO, B., «El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 89, 2011, págs. 117-147.

[1458] Es el caso de SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 192; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I* (*cit.*), pág. 110; o, también, CHINCHILLA MARÍN, «El control judicial de las medidas sanitarias… (*cit.*)», pág. 334, en relación con la –hoy declarada inconstitucional– autorización jurisdiccional previa de tales reglamentos de salud pública.

[1459] Un ejemplo reciente de esta confusión puede verse en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *Las mutaciones del principio de legalidad administrativa (bases constitucionales y dogmáticas del Derecho administrativo)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2023, págs. 131-139.

de mantenimiento de la situación excepcional»; segundo, en relación con su capacidad no para derogar las normas aplicables sino, más bien, para «suspender» su aplicación «sustituyendo su contenido por otro diverso»; y, en tercer lugar, se suele entender que su emisión puede ser realizado «por órganos distintos de los normalmente titulares de la potestad reglamentaria» así como, desde luego, «sin observar el procedimiento normal de elaboración de las disposiciones reglamentarias»[1460].

Es por ello por lo que –en términos generales– la doctrina parece partir de un concepto amplio de reglamento de necesidad (*lato sensu*): como toda actuación de las autoridades gubernativas ante situaciones excepcionales. Es decir, como un verdadero cajón de sastre del Derecho de necesidad, sin perjuicio de que –cada vez más– los autores hayan ido conectando la expresión a las cláusulas generales de necesidad. Esta configuración amplia tal vez se explique por la falta de tradición doctrinal dogmática en la materia, así como por su complejidad, precisamente por los motivos indicados a lo largo de estas líneas[1461].

2.- EL IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA

Pese a su indeterminación, la figura de los «reglamentos de necesidad» ha sido reconocida por la jurisprudencia patria. Nuestro Tribunal Constitucional –aunque sin admitirla explícitamente– ha hecho uso de expresiones similares y claramente inspiradas en la terminología tradicional, hablando de «reglamentos urgentes de necesidad» y de «reglamentos sanitarios de necesidad», precisamente en relación con la LOMESP y su artículo 3 (STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 7). Además, de su doctrina se entrevé un reconocimiento de la constitucionalidad de las cláusulas generales que

[1460] SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General* (*cit.*), Vol. I, pág. 219, actualizando las referencias previamente indicadas en sus *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 752. Siguen esta delimitación PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pág. 266-267, y PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, Tomo I, pág. 76.

[1461] No me resisto a reproducir las palabras –pronunciadas hace cerca de sesenta años– de BOQUERA OLIVER con las que abría su exposición en la materia que nos ocupa: «[c]reo no equivocarme al pensar que si en algunos ambientes repitiera el título en mi conferencia oiría, como rápida contestación a la cuestión que suscita, éstas o parecidas palabras: 'Por favor, no siga; no perdamos el tiempo. Plantear sobre lo que pueden hacer, o dejar de hacer, las autoridades cuando los acontecimientos ponen en peligro los intereses básicos de una comunidad, la vida misma de sus miembros, es una cuestión académica, un puro bizantinismo jurídico que, al tener por fondo situaciones muchas veces trágicas, resulta, incluso, un poco molesta. En circunstancias extraordinarias las autoridades –locales o centrales– pueden hacerlo todo; todo lo que estimen conveniente'» y añadía «[s]in embargo, la experiencia demuestra que, con frecuencia lamentable, pero inevitable, el tema que me corresponde exponer se convierte en objeto de apasionada e insistente conversación del hombre de la calle; se convierte en preocupación humana, cordial y vibrante, y se aleja muchísimo de lo académico o teórico en su sentido peyorativo», al efecto, *vid*. BOQUERA OLIVER, «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales (*cit.*)», pág. 193.

habilitan para dictar tales disposiciones: con motivo del artículo 58 TRLA[1462]; respecto de la existente a favor del Alcalde en el –hoy– artículo 21.1.m) LRBRL[1463]; y, en fin, de nuevo, en lo que concierne a la presente en el precitado artículo 3 de la LOMESP[1464].

Más contundente ha sido la jurisprudencia ordinaria, que, además de haber dado carta de naturaleza a las cláusulas generales de necesidad[1465], ha recogido la expresión de «reglamento de necesidad». Y ello lo ha hecho a través de tres vías: recogiendo explícitamente la trilogía de VON STEIN; utilizando esta distinción para explicar qué disposiciones reglamentarias precisan de dictamen del Consejo de Estado en su elaboración; y, en fin, por último, haciendo uso dicha expresión para encajar determinadas actuaciones administrativas (singularmente, las actuaciones extraordinarias en materia de aguas).

La primera de las formas de reconocimiento de la figura ha sido, sin duda, la más extendida, con el objeto de exponer la doctrina de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento. En un primer momento la relación se expone sin los adagios latinos –*secundum*, *praeter* y *contra legem*– y en relación con la exención del dictamen del Consejo de Estado (STS de 22 de octubre de 1981[1466] y, siguiendo la doctrina de la

[1462] *Vid*., al efecto, la STC 227/1988, FJ 26.h), en la que se destacó que la cláusula general de necesidad en materia de aguas –hoy, artículo 58 TRLA– «no es inconstitucional» si se interpreta de forma que permita actuar a las autoridades autonómicas en su ámbito competencial propio ante situaciones de necesidad.

[1463] La STC 52/1993, de 11 de febrero, FJ 5, respecto de las actuaciones excepcionales del Alcalde en casos de necesidad y a la archiconocida cláusula general, subrayó que no hay vulneración del reparto de competencias dado que «se trata de situaciones extraordinarias y, en consecuencia, que la dirección de quien ostenta la autoridad en el lugar donde se producen constituye simplemente una norma de actuación práctica en relación con dichas situaciones, a la cual no se opone la Ley estatal delimitadora de competencias». La doctrina es reiterada en la STC 81/1993, de 8 de marzo, FJ 4.

[1464] Me refiero a las SSTC 148/2021 y 183/2021, que se pronuncian –respectivamente– sobre la declaración del estado de alarma por motivo de la COVID-19 y su prórroga. En ellas se hace constante alusión al artículo 3 de la LO 3/1986, indicando la constitucionalidad de muchas de las medidas adoptadas en su seno a través de la cláusula prevista en el artículo 12 de la LOAES que remite a la normativa sanitaria. El Tribunal Constitucional entiende suficiente esta previsión para proceder al desarrollo de medidas restrictivas de derechos. La doctrina es subrayada también en la STC 70/2022, de 2 de junio, FFJJ 5, 6 y 7, en tanto en cuanto atribuye al Ejecutivo –a todos los niveles territoriales– el ejercicio exclusivo de esta cláusula y de la potestad reglamentaria que late en su seno.

[1465] Las SSTS 719/2020 y 788/2021 han subrayado que la cláusula general del artículo 3 LOMESP es acorde al ordenamiento jurídico.

[1466] Indica en su considerando segundo, que «en el vigente derecho español el Consejo de Ministros y éstos mismos tienen atribuida una potestad reglamentaria genérica (…) no siendo ejecutivos de las leyes aquellos Reglamentos dictados en ejercicio de esa potestad reglamentaria genérica y denominados 'independientes', autónomos o praeter legem', que si bien han de respetar el 'bloque de legalidad formal' no están, sin embargo, sujetos preceptivamente al control previo del Consejo de Estado; frente a ellos existe la figura del reglamento directa y concretamente ligado a una ley, a un artículo o artículos de una ley o conjunto de leyes, de manera que dicha ley o leyes, es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento y, en este supuesto, estamos ante un Reglamento ejecutivo, pues aunque la terminología empleada por las leyes en vigor sea muy variada y no siempre se

anterior, STS de 10 de diciembre de 1982). La jurisprudencia evoluciona pasando a recoger la clasificación de modo incondicional y, además, haciendo uso de los indicados adagios latinos. Es fundamental en este sentido la –masivamente citada– STS de 18 de marzo de 1993, FD 1º, que dispone:

«El reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene valor subordinado de la Ley, a la que complementa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales (reserva de Ley) que siempre corresponde a la Ley, y aquellas normas secundarias pero no necesarias para completar el Ordenamiento jurídico: Reglamento ejecutivo (secundum legem), reglamento independiente (praeter legem o extra legem), *y, en su caso, reglamento de necesidad («contra legem)*. La potestad reglamentaria es, pues, un poder jurídico que participa en la elaboración del Ordenamiento jurídico, de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo. Pero la norma reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las Leyes (art. 97 de la Constitución) Por el sometimiento del reglamento al bloque de la legalidad, es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106.1 de la Constitución y art. 1.° de la Ley Jurisdiccional), a la que corresponde cuando el reglamento es objeto de impugnación- determinar su validez o su ilegalidad»[1467]. Sólo unos meses después, el Alto Tribunal vuelve a hacer uso de esta expresión, en la sentencia de 19 de julio de 1993, FD 2º, que –con acierto– omite las referencias latinas (y con ellas la confusa expresión *contra legem*)[1468].

La doctrina se reitera en los años posteriores; doctrina que, además, comienza a incidir en la segunda de las líneas jurisprudenciales que reconocen la expresión de

emplee el término 'ejecutar', sino el de 'completar', 'desarrollar', 'aplicar', etc., tal pluralidad de expresión no supone concepto distinto, dado que en todos estos casos y en otro: similares, el Reglamento se manifieste como desarrollo y ejecución de una ley o conjunto de ellas y en este sentido es de recordar la doctrina del Consejo de Estado (dict. de 16 de abril de 1.943, 8 de junio de 1.956, 22 de diciembre de 1.960, 14 de julio de 1.961) con independencia, claro es, *de los llamados reglamentos de necesidad*, de las disposiciones administrativas con fuerza de ley y de los supuestos denominados de deslegalización y reglamentos delegados, etc.». La cursiva es mía.

[1467] Esta sentencia se firma por Julián GARCÍA ESTARTÚS, Antonio BRUGUERA MANTÉ, Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA y –ya como ponente– Eladio ESCUSOL BARRA.

[1468] Se indica, al efecto, que: «[e]l reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene subordinado a la ley a la que complementa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales (reserva de ley) que siempre corresponde a la ley, y aquellas normas secundarias pero necesarias para completar el ordenamiento jurídico: Reglamento ejecutivo, reglamento independiente *y en su caso, reglamento de necesidad*». La cursiva es mía. De nuevo, esta sentencia está firmada por Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA y, como ponente, Eladio ESCUSOL BARRA.

«reglamento de necesidad». Me refiero a su alusión con motivo de ilustrar respecto de cuándo no es preciso recabar la intervención del Consejo de Estado –u órgano equivalente– en la elaboración de las normas e incluyéndose, claro está, la figura que nos ocupa en uno de tales supuestos. En este punto, destacan las SSTS de 27 de noviembre de 1995, FD 4º; de 30 de julio de 1996, FD 3º; y de 28 de enero de 1997, FD 4º. Lo interesante es que la expresión latina *contra legem* se omite en la STS de 19 de julio de 1997 y, aunque se recupera en alguna sentencia posterior –como la STS de 1 de octubre de 1997, FD 4º[1469]– termina por erradicarse de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

En efecto, aunque encontramos la expresión de «reglamento de necesidad» no encontramos el adagio latino en la jurisprudencia posterior –*vid*., STS de 15 de octubre de 1997, FD 5º; STS de 17 de abril de 1998, FD 3º; STS de 26 de octubre de 1999, FD 4º; STS de 5 de junio de 2001, FD 9º; STS de 24 de julio de 2003, FD 3º; STS de 25 de mayo de 2004, FD 3º; STS de 16 de junio de 2006, FD 4º; STS de 15 de octubre de 2008, FD 3º; STS de 31 de mayo de 2011, FD 3º (sentencia masivamente citada en resoluciones ulteriores)[1470]–. De nuevo, todas ellas se pronuncian sobre la inexigencia de dictamen del órgano consultivo en la elaboración de reglamentos.

Además, y como no podía ser de otro modo, esta clasificación de los reglamentos –así como las referencias a los de necesidad– terminaría por recibirse no sólo en diversos órganos consultivos[1471], sino, también, en otros de carácter jurisdiccional, tales como la Audiencia Nacional[1472] y, claro está, los diferentes Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas; fundamentalmente para analizar

[1469] Este FD indica que: «[c]omo se ha dicho por esta Sala en reiteradas ocasiones, el reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene valor subordinado a la Ley, a la que complementa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales (reserva de ley) que siempre corresponde a la Ley, y aquellas normas secundarias pero necesarias para completar el ordenamiento jurídico: el reglamento ejecutivo o secundum legem; el reglamento independiente o preter legem o extra legem, y, en su caso, *el reglamento de necesidad o contra legem*» (la cursiva es mía). De nuevo, el ponente vuelve a ser Eladio ESCUSOL BARRA.

[1470] El ponente de las Sentencias de los años noventa es GONZÁLEZ RIVAS.

[1471] A título ejemplificativo, la propia Abogacía del Estado en el informe de 21 de diciembre de 2009, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Instituto de España (haciéndose eco de la STS de 19 de julio de 1993); el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su dictamen 191/2008, de 10 de diciembre; o, también, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en su informe 345/2011, de 20 de abril.

[1472] SAN 87/2015, de 17 de febrero, FD 2º; SAN 64/2016, de 29 de enero, FD 2º; SAN de 29 de enero de 2018, FD 5º; SAN de 24 de mayo de 2019, FD 3º. Todas estas sentencias recuerdan la doctrina vertida por la STS de 31 de mayo de 2011 respecto de la innecesaridad del dictamen del órgano consultivo en la elaboración de reglamentos de necesidad.

cuándo cabe excluir el dictamen del órgano consultivo en la elaboración de reglamentos. Sirva a título ejemplificativo las resoluciones de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid[1473], País Vasco[1474], Cataluña[1475], Aragón[1476], Andalucía[1477], Castilla y León[1478], Valencia[1479], Galicia[1480] o Asturias[1481] o Navarra[1482], que recogen la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la innecesariedad del dictamen del órgano consultivo en el procedimiento de elaboración de reglamentos de necesidad.

Ya, en tercer y último lugar, es destacable que el Tribunal Supremo ha adjudicado la expresión de «reglamento de necesidad» al producto de la cláusula general para situaciones excepcionales presente en la normativa de aguas[1483] (hoy con idéntica dicción en el artículo 58 TRLA). Y es que, pese a que este tipo de normas no se prodiguen en nuestro ordenamiento –y mucho menos en la jurisprudencia– lo cierto es que «las sequías recurrentes que afectan a nuestro país hacen que los reglamentos dictados al amparo del citado precepto legal sean habituales»[1484], lo que explica que hasta hace bien poco –con motivo de los de naturaleza sanitaria o de salud pública– este tipo de reglamentos de necesidad hayan sido los más extendidos. En este sentido, la

[1473] STSJM 2114/2009, de 12 de noviembre, FD 5º; STSJM 1226/2010, de 17 de junio, FD 10º –que recuerda la doctrina de la STS de 19 de julio de 1997; o, más recientemente, STSJM 136/2020, de 13 de marzo, FD 2º, que se hace eco de la STS de 31 de mayo de 2011.
[1474] *Vid*., STSJPV de 21 de marzo de 2005, FD 4º. Se hace eco de la doctrina del Tribunal Supremo de principios de los años noventa, utilizando, por tanto, la expresión *contra legem*.
[1475] SSTSJC de 26 de noviembre de 1998, FD 2º; 21 de abril de 1999, FD 2º; o, más recientemente la 902/2013, de 10 de septiembre, FD 2º.
[1476] *Vid*., la reciente STSJAr 76/2020, de 19 de febrero, FD 2º.
[1477] STSJA de 3 de mayo de 2007, FD 2º; las dos SSTSJA de 14 de abril de 2008, en sus FFDD 2º y 1º –que recogen la doctrina de la STS de 30 de marzo de 1992, usando por ello la expresión *contra legem*–; o, también la reciente STSJA 1114/2020, de 28 de mayo, FD 2º, que recuerda la STS de 28 de enero de 1997.
[1478] STSJCyL 320/2007, de 12 de julio, FD 8º.
[1479] Haciéndose eco del informe 345/2011, de 20 de abril del Consejo Consultivo valenciano: STSJV 563/2015, de 17 de septiembre, FD 6º; STSJV 252/2017, de 12 de mayo, FD 2º; y, también, STSJV 292/2018, de 12 de junio, FD 3º.
[1480] STSJG de 19 de abril de 1999, FD 2º.
[1481] STSJAst 410/2016, de 23 de mayo, FD 3º.
[1482] STSJN de 20 de mayo de 2005, FD 3º; STSJN 86/2014, de 19 de febrero, FD 4º.
[1483] El artículo 56 de la antigua Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, señalaba que: «En circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el Organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiera sido objeto de concesión». Sobre la base de este precepto se dictó el Real Decreto 798/1989, de 30 de junio sobre medidas excepcionales para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos en determinadas cuencas hidrográficas; norma sobre la cual se pronuncia la sentencia.
[1484] MARINA JALVO, «El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (*cit.*)», pág. 119.

STS de 12 de julio de 1993, FD 3º (Ponente J. M.ª MORENILLA RODRÍGUEZ), señala contundentemente que:

«Para resolver la cuestión planteada es necesario examinar la naturaleza de la disposición impugnada que es la de un reglamento acordado por el Gobierno, con fecha 30 de junio de 1989, 'al amparo 56 de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto' (art. 1.°) para establecer una serie de medidas de carácter temporal –hasta el día 31 de diciembre de 1990– con el fin de afrontar una situación de sequía extraordinaria.

Se trata por tanto de un reglamento de 'necesidad' que la Administración ha acordado para hacer frente a una situación extraordinaria de excepcional gravedad y urgencia. Como tal reglamento de necesidad, es de carácter excepcional y distinto de los reglamentos ejecutivos, y por tiempo determinado, adoptado, no en desarrollo de una ley, sino en uso de las facultades que la ley concede al Gobierno para hacer frente a la situación que planteaba la sequía existente.

En esas circunstancias la ausencia de los informes mencionados queda justificada excepcionalmente teniendo en cuenta esa provisionalidad o temporalidad de su vigencia y la urgencia a que responden. El art. 105 a) de la Constitución se remite expresamente a la ley para la regulación de la audiencia de los ciudadanos y en el presente caso la Ley de Aguas, art. 56 no recoge esa audiencia, ni puede ser considerado el Real Decreto impugnado como un Reglamento ejecutivo dictado en desarrollo o complemento de una Ley a los efectos del art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado».

El FD 5º además, añade respecto del contenido del Real Decreto impugnado, que «las medidas que adopta, por su carácter señalado de excepcionalidad y temporalidad, no pueden considerarse expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos», precisamente por haberse dictado sobre la base del indicado precepto de la Ley, que ha de encajarse como «medida temporal» que subsistirá «solamente mientras dure la situación de grave emergencia, sin afectar al derecho de propiedad que pueda corresponder a la actora según los títulos que ostente»[1485].

[1485] *Vid*., también, la STS de 4 de marzo 1996, FD 3º, que se alude –aunque tangencialmente– a la habilitación del artículo 56 de la Ley de Aguas.

Esta doctrina es reiterada por el Tribunal Supremo en resoluciones posteriores, que, aunque omitiendo la expresión de «reglamento de necesidad», se hacen eco de su esencia y naturaleza. Así, la STS de 18 de septiembre de 1996, FD 2º, recuerda que «[l]os defectos formales que en relación con la elaboración del Real Decreto impugnado se denuncian no pueden tener acogida, pues no nos encontramos en presencia de una norma de desarrollo de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, dictada en virtud de las facultades que al Gobierno otorga su disposición final segunda –respecto de las cuales evidentemente sería necesario seguir los trámites procedimentales que, para la elaboración de reglamentos se exige en la Ley de Procedimiento Administrativo–, sino que se trata del ejercicio de una potestad excepcional, que la propia Ley concede al Gobierno para supuestos extraordinarios, en su artículo 56, en el que se establecen los presupuestos materiales y formales que han de cumplirse para adoptar las medidas en él previstas»[1486]. En similar sentido destaca la STS de 23 de noviembre de 2001, que subraya cómo la cláusula general del –entonces– artículo 56 de la Ley de Aguas «permite afrontar situaciones excepcionales de emergencia, verdaderos 'estados de necesidad' hidráulica ante los cuales cede la regulación común de las aguas públicas» (FD 3º)[1487].

La STS de 24 de noviembre de 2009 se separa de la precitada doctrina[1488]. En efecto, esta resolución califica el Real Decreto 1419/2005, de 25 de noviembre, dictado al amparo del artículo 58 TRLA, como «reglamento ejecutivo» (FD 5º). Sin embargo, las actuaciones derivadas de este Real Decreto fueron posteriormente convalidadas a

[1486] Sigue el FD 2º indicando que: «[y] esto sin que la forma de Real Decreto que debe adoptar la resolución, imponga por sí misma el sometimiento a aquellos procedimientos, pues, según el artículo 24.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, no sólo las disposiciones generales emanadas del Consejo de Ministros revestirán este carácter, sino también otras resoluciones de dicho órgano, cuando así lo exija, como en el caso presente, alguna disposición legal. El único presupuesto formal para la adopción de la medida, impuesto por el artículo 56 mencionado, que es la audiencia del organismo de la cuenca hidrográfica, se dice cumplido en el preámbulo del Real Decreto, sin que exista razón alguna para entender, al faltar prueba en contrario, que el mismo se haya omitido». La resolución se pronuncia sobre el Real Decreto 798/1989, de 30 de junio, dictado en aplicación del artículo 56 de la Ley de Aguas de 1985. El ponente de ambas es Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

[1487] La STS no se pronuncia frontalmente sobre el Real Decreto 531/1992, de 22 de mayo, dictado al amparo de la cláusula general que nos ocupa, pero sí alude a la eficacia de este tipo de reglamentos. La STS también recuerda que estamos ante «medidas de alcance temporal limitado, ajenas a los normales instrumentos concesionales y expropiatorios» (FD 4º).

[1488] La resolución entiende que al ser el Real Decreto 1419/2005 un «reglamento ejecutivo» –y no tanto de uno de «necesidad»– debía haber respetado los trámites procedimentales exigidos (audiencia a los interesados; informe del entonces Ministerio de Administraciones Públicas; dictamen del Consejo de Estado; memoria económica) anulando su emisión por haber omitido las normas que rigen el procedimiento de elaboración reglamentaria (FFDD 3º, 4º, 5º y 6º). Sobre esta sentencia, *vid*., BRUFAO CURIEL, P., «El régimen jurídico de las sequías», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril 2012, págs. 199-239, especialmente págs. 231 y ss.

través de Ley, lo que fue avalado por la STC 231/2015, impidiendo la ejecución efectiva de la sentencia y destacando –en su FJ 5– que «[t]anto la potestad en sí» como «el régimen jurídico» de este tipo de reglamentos se encuentra en el mismo artículo 58 TRLA[1489].

El indicado viraje jurisprudencial ha tomado dos líneas distintas. Por un lado, el Gobierno, ante la incertidumbre en la materia y la posibilidad de que este tipo de reglamentos fueran anulados, decidió tramitarlos como «ejecutivos», remitiendo incluso el expediente al Consejo de Estado para la emisión de dictamen[1490]. Por otro, algunas Salas territoriales –que antes de la citada resolución de 2009 ya habían recogido el enfoque y la terminología del «reglamento de necesidad», así en Cataluña[1491] o Baleares[1492], y en aplicación de su normativa propia[1493]– se mantuvieron apegadas a la tesis tradicional, como fue el caso del Tribunal Superior de Justicia de Valencia[1494], hasta el punto de llegar a ser acogida esta doctrina por la normativa de alguna

[1489] El Real Decreto 1419/2005 fue prorrogado en su vigencia en varias ocasiones: por Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre; por el Real Decreto-Ley 9/2007, de 5 de octubre; y, en fin, por el Real Decreto-Ley 8/2008, de 24 de octubre, en total hasta el 30 de noviembre de 2009. Este hecho fue esgrimido por la representación de la Administración General del Estado frente al Auto de 4 de febrero de 2011, por el que se ordenan diligencias en ejecución de la precitada STS de 24 de noviembre de 2009, alegando elevación del rango de la norma, si bien tal pretensión fue desestimada por el ATS de 13 de abril de 2011. Posteriormente, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, procedió a la convalidación de las actuaciones realizadas al amparo del Real Decreto 1419/2005; hecho que llevó a que el Tribunal Supremo, en Auto de 18 de enero de 2012, promoviese recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por entender que tal disposición adicional se erigía en un supuesto de convalidación legislativa. La STC 231/2015, de 5 de noviembre, desestimó el recurso, con el razonamiento de que la norma –su disposición adicional– resulta razonable y proporcionada a la situación de grave sequía, de carácter excepcional, que con ella se trataba de evitar (FJ 6). Posteriormente, y sobre la base de la indicada sentencia constitucional, el Tribunal Supremo –en Autos de 3 de marzo y 27 de abril de 2016– declaró la imposibilidad de ejecución material de la STS de 24 de noviembre de 2009 y, además, procedió a dejar sin efecto la paralización de las obras y la suspensión de las expropiaciones iniciadas por el Real Decreto 1419/2005 (ATS de 13 de julio de 2016). *Vid*., también, la sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2017 y de 3 de abril de 2018, que se pronuncian respecto de sendas resoluciones de la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural Marino, dictadas en ejecución del precitado Real Decreto 1419/2005.

[1490] *Vid*., dictámenes del Consejo de Estado 380/2015, de 29 de abril, 416/2015, de 7 de mayo, o 777/2018, de 20 de septiembre, informando este tipo de reglamentos.

[1491] STSJC de 29 de junio de 2005, FD 4º. La sentencia se pronuncia sobre la aplicación de la habilitación homóloga presente en la Ley de aguas catalana de por entonces, esto es, en el artículo 12.2.c) de la Ley catalana 6/1999, de 12 de julio, de ordenación, gestión y tributación del agua. Hoy encontramos idéntica previsión en el artículo 31.2.c) del Texto Refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, y que, además, se remite al precepto estatal.

[1492] SSTSJB 720/2004 (FD 3º) y 721/2004 (FD 6º), ambas de 1 de octubre, sobre la aplicación autonómica del precepto estatal.

[1493] Como se ha advertido *supra*, la STC 227/1988, FJ 26.h), admitió la constitucionalidad de estas cláusulas generales en materia de aguas, indicando que en los supuestos de cuencas intracomunitarias son las Comunidades Autónomas las competentes en la materia.

[1494] SSTSJV de 6 de mayo de 2011, FD 3º y de 29 de junio de 2011, FD 4º. Estas resoluciones se pronuncian ya por el actualmente vigente artículo 58 TRLA.

Comunidad Autónoma[1495]. De hecho, la literatura jurídica especializada criticó el *overruling* del Tribunal Supremo y defendió el encaje de estas normas como reglamentos de necesidad[1496]. La cuestión, como puede verse, no es pacífica.

También se ha seguido la dinámica de adjudicar la expresión de «reglamento de necesidad» al producto de la habilitación prevista a favor del Alcalde ante situaciones de necesidad –hoy en el artículo 21.1.m) LRBRL– por algunas Salas territoriales, como la de Cataluña[1497], o la de Castilla y León[1498], así como, también, por alguna Audiencia Provincial[1499].

Lo mismo puede decirse también de la cláusula general incluida en el artículo 3 LOMESP, respecto a la cual la aducida expresión la encontramos al inicio de la

[1495] Me refiero al Decreto-ley balear 2/2018, de 18 de octubre, por el que se establecen ayudas y otras medidas urgentes para reparar las pérdidas y los daños producidos por las lluvias intensas y las inundaciones del día 9 de octubre de 2018 en la comarca de Levante de Mallorca. Su disposición adicional segunda, en su apartado 1, dice explícitamente que: «1. Las disposiciones generales dictadas en desarrollo y ejecución de este decreto-ley constituyen *reglamentos de necesidad* que tienen que ser elaborados y aprobados con carácter urgente y tienen que entrar en vigor antes del día 31 de diciembre de 2018». Y añade en su inciso segundo que: «En consecuencia, para su aprobación no son de aplicación los artículos 42 a 46 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears, ni tampoco el artículo 12.2 del Texto refundido de la Ley de subvenciones, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre». En sentido similar, se pronuncia el Decreto-ley balear 2/2019, de 4 de octubre, por el que se establecen ayudas puntuales para paliar los impactos económicos producidos por el concurso de acreedores de la agencia de viajes Thomas Cook sobre la economía de Illes Baleares, que preveía también, en su disposición adicional única que: «Las disposiciones generales dictadas en desarrollo y ejecución de este decreto-ley constituyen *reglamentos de necesidad* que deben ser elaborados y aprobados con carácter urgente», añadiendo en el inciso segundo que «En consecuencia, para que sea aprobado, no son de aplicación los artículos 53 a 55 de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de Illes Baleares, como tampoco el artículo 12.2 del texto refundido de la Ley de Subvenciones, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre». La cursiva es mía en ambos casos.

[1496] Al efecto, es imprescindible MARINA JALVO, «El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (*cit.*)», especialmente, págs. 123 y ss. Sigue utilizando también la expresión de «reglamento de necesidad» SETUÁIN MENDÍA, B., «Respuestas jurídicas a la reciente situación de sequía en España», en EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Sequía e inundación como fenómenos meteorológicos extremos*, Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 149-193, especialmente 152 y ss., así como diferentes autores citados en el epígrafe anterior.

[1497] STSJC de 18 de julio de 1997, FD 3º. La sentencia fue anulada por la STS de 23 de julio de 2003, antes analizada, lo que no resta fuerza a la tesis que aquí se sostiene.

[1498] *Vid*., STSJCyL de 14 de octubre de 2005, FD 3º y, también, STSJCyL de 28 de abril de 2008, FD 3º. En la primera se admite la figura al señalar que: «[h]ay que indicar que no cabe aceptar la tesis del Ayuntamiento demandado consistente en que se trata de un Bando o Reglamento de necesidad, pues la Corporación demandada no ha acreditado que concurran en el caso enjuiciado los presupuestos legales que habilitan que se puedan dictar aquéllos (art. 21.1.j) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local». La segunda –con cita a la anterior sentencia– reitera en el razonamiento de que es preciso acreditar el cumplimiento de los requisitos de activación de este tipo de normas excepcionales –y citar el precepto habilitante– respecto de una situación similar, en este caso, el Decreto de Alcaldía de Valladolid, de 27 de diciembre de 2001, que suspendía durante un plazo de 6 meses la tramitación de los expedientes sobre la solicitud de licencia de instalación de antenas repetidoras de telefonía.

[1499] Recogen con contundencia la doctrina –y la expresión– del reglamento de necesidad las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de noviembre de 1997, FD 4º y de 6 de octubre de 1999, FD 1º. Ahora bien, en ambos casos, entiende que el supuesto no es aplicable al caso que les ocupa por no cumplirse el presupuesto fáctico habilitante.

pandemia en la jurisprudencia menor[1500]; y, más recientemente, en la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña[1501] o de Navarra[1502]. El Tribunal Supremo, por su parte, no ha querido utilizar tal denominación, aunque sí asume sus efectos[1503].

En definitiva, de toda la jurisprudencia indicada podemos concluir que nuestros órganos jurisdiccionales ordinarios recogen la doctrina del reglamento de necesidad en un sentido restringido (*stricto sensu*) –esto es, conectado a las cláusulas generales recogidas en las Leyes de seguridad pública– así como desde una perspectiva clásicamente académica.

Así las cosas, entienden que estamos ante genuinas disposiciones normativas, pudiendo por ello «innovar» en el ordenamiento; son de carácter provisional, temporal, estando dirigidos a hacer frente a una situación excepcional; se dictan sobre la base de una Ley y nunca fuera de ella; se identifican con el producto de la activación de una cláusula general de necesidad reconocida en una Ley; su procedimiento de elaboración se flexibiliza, siendo posible omitir diversos trámites sin incurrir en nulidad; y, en fin, precisamente por ser reglamentos, son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa.

[1500] *Vid*., a título ejemplificativo, el Auto 102/2020, de 22 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Logroño, FD 5º, que indica que «[e]n virtud de esa cláusula general de habilitación, la administración sanitaria actuante puede dictar 'reglamentos de necesidad' para cuya elaboración no se haya tenido que acudir al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, con los solos 'límites de los límites' de los derechos fundamentales, en su caso, afectados, que ha de observarse a luz del principio de proporcionalidad y ponderando los interés públicos y privados concurrentes».

[1501] *Vid*., STSJC 1092/2022, de 25 de marzo, FD 5º, pronunciándose sobre la Resolución SLT/3354/2020, de 19 de diciembre, que prorroga determinadas medidas en materia de COVID-19 y se dictó con fundamento en el artículo 3 LOMESP. Indica la sentencia en su FD 5º que «[n]os encontramos ante un supuesto de reglamento de necesidad, que atiende a situaciones graves de urgencia y fatalidad que afectan al interés público, y que tradicionalmente han permitido, en atención a esas circunstancias, que el procedimiento de elaboración no sea el mismo, por razones obvias, al de la tramitación de cualquier otro reglamento». Esta doctrina ha sido reiterada respecto de ulteriores disposiciones generales –entre otras– en las SSTSJ de Cataluña 2319/2022, de 16 de junio, FD 3º, 2445/2022, de 22 de junio, FD 3º; 2452/2022, de 22 de junio, FD 3º; o, en fin, 3448/2022, de 13 de octubre, FD 3º; sentencias todas ellas que reproducen la anterior STSJC 1092/2022 casi en su integridad. Se hace eco de esta doctrina, también, la STSJC 2690/2022, de 7 de julio, FD 5º.

[1502] La STSJ de Navarra 369/2021, de 15 de diciembre, indica en su FD 5º que la Orden foral 4/2020, de 11 de septiembre, de la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra, que establece medidas preventivas consecuencia de la COVID-19 (concretamente, restricciones en el ámbito de la hostelería), dictada con base en el artículo 3 LOMESP, se erige en un «denominado Reglamento de necesidad, que atiende a situaciones graves de urgencia y necesidad que afectan al interés público». La doctrina es reiterada por la STSJ de Navarra 392/2021, de 21 de diciembre, FD 5º, que se pronuncia en idénticos términos respecto de la Orden foral 57/2020, de 21 de octubre, de la Consejera de Salud, que procede al cierre de la hostelería en Navarra.

[1503] No así el Tribunal Constitucional, que –como hemos advertido– habla en su STC 70/2022 de «reglamentos urgentes de necesidad» y de «reglamentos sanitarios de necesidad» (FJ 7).

IV.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO INSTITUCIÓN DE CARÁCTER PROPIO

El análisis realizado en las líneas precedentes nos permite afirmar que la noción de reglamento de necesidad llega hasta nuestros días tras una enrevesada evolución histórica. Su posterior evolución y adaptación doctrinal a los diferentes momentos políticos termina por permear tras la Constitución de 1978 en el mundo académico y en el jurisprudencial con un carácter continuista respecto de su configuración en el modelo tardofranquista.

Bajo el manto del texto constitucional la noción de «reglamento de necesidad» puede seguir siendo útil. Ahora bien, una institución sólo puede serlo cuando su fundamentación, su régimen jurídico y su misión en el ordenamiento jurídico esté marcadamente definida. La función primordial del lenguaje jurídico es dotar de certeza, de seguridad, a los operadores a la hora de aplicar el Derecho[1504]. En este sentido, tanto la literatura jurídica como la jurisprudencia parece haber ido abandonando paulatinamente la tradicional configuración del reglamento de necesidad como cajón de sastre (*lato sensu*) –identificándolo con una pluralidad de instrumentos previstas ante situaciones extraordinarias– hacia una más acotada, en la que la noción se identifica con el producto normativo de las cláusulas generales de necesidad (*stricto sensu*)[1505].

Esta última concepción no sólo es más acorde con la realidad constitucional, sino que permite deslindar la institución de otras con las que –tradicionalmente– se ha

[1504] Como indica DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 1ª ed., Ariel, Madrid, 1973, págs. 119 y ss., tras un espléndido análisis sobre las relaciones entre Derecho y lenguaje, la tecnificación del lenguaje jurídico «facilita la comprensión a los iniciados y determina una economía de tiempo y esfuerzo», al tiempo que –añadiría yo– nos permite comunicarnos e interpretar el mundo jurídico a través de conceptos jurídicos sólidos, evitando así estériles discusiones académicas respecto de la interpretación –en muchos casos torticera– de las instituciones que, incluso, pueden terminar por vulnerar los derechos de los administrados.

[1505] La expresión «reglamento de necesidad» ha terminado por consolidarse frente a la de «ordenanza de necesidad». Recuérdese que algunos autores españoles optaron por la segunda opción (durante el tardofranquismo, autores como VILLAR PALASÍ o MARTÍN MATEO; tras la Constitución de 1978 y en el último cuarto de siglo, SALAS HERNÁNDEZ y LASAGABASTER HERRARTE), aunque, en la actualidad, únicamente parece seguir esta terminología BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico…* (*cit*.), Vol. I, pág. 121, sigue hablando de «reglamentos (Ordenanzas) de necesidad». En cualquier caso, la distinción entre «reglamentos» y «ordenanzas» no tiene relevancia en el Derecho español, con la salvedad del mundo local. Respecto a esto último, *vid*. EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, 1ª ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, págs. 379 y ss., posición reiterada –ya bajo el texto constitucional– en «Ordenanzas y reglamentos municipales», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pág. 730 y ss.; DE LA VALLINA VELARDE, V., voz «Ordenanzas locales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, 1ª ed., Tomo XVIII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1986, págs. 539 y ss. *Cfr*. con BLASCO DÍAZ, J. L., *Ordenanza municipal y Ley*, 1ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2001, págs. 59 y ss.

venido confundiendo. Y permite también construir una teoría general al efecto. Una teoría que se torna indispensable para transitar hacia una configuración de la figura más perfilada, que permita a los operadores jurídicos utilizarla sin excesos o abusos, al tiempo que refuerce la debida seguridad jurídica y oferte unos parámetros más depurados de control a los órganos jurisdiccionales, especialmente en lo que respecta a su encaje constitucional y a sus límites[1506].

[1506] Así MARINA JALVO, *op. cit.*, pág. 119, recuerda que, aunque existen estudios y planteamientos generales sobre la teoría de la necesidad, «escasean los estudios doctrinales y los pronunciamientos de los tribunales sobre el contenido y alcance posible de la regulación establecida por este tipo de reglamentos y sobre sus presupuestos materiales y formales».

CAPÍTULO TERCERO. LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I.- EL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA: CONCEPTO Y NATURALEZA

Puede definirse el reglamento de necesidad como todo producto normativo e infralegal de una cláusula general de necesidad prevista en una norma de rango suficiente[1507]. Su configuración en estos términos arroja un régimen jurídico autónomo, propio; régimen que debe edificarse atendiendo a su relación con otras instituciones de Derecho de necesidad, a su fundamento y función constitucional, así como, en fin, a sus requisitos de validez y a sus contrapesos.

Antes de proceder a todo ello, se ha de realizar una sucinta exposición de su delimitación conceptual –analizando los rasgos que caracterizan a este tipo de normas–, así como de su naturaleza jurídica, mediante su distinción respecto de figuras afines. Esta delimitación previa nos permitirá terminar de perfilar la institución antes de abordar su entero régimen jurídico.

1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: EL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO PRODUCTO NORMATIVO DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE NECESIDAD

La concreta configuración advertida del reglamento de necesidad lleva aparejada la aplicación de un régimen jurídico singular para este tipo de normas. En efecto, su concepción como «medida» de carácter normativo emitida al albur de una cláusula general y su carácter temporal imprimen este tipo de norma un carácter que lo distingue netamente del ordinariamente aplicable a las disposiciones administrativas[1508].

[1507] Por lo común, la previsión se encuentra en una Ley. Sin embargo, no puede descartarse también su presencia en otras de rango bastante, como, por ejemplo, los Reglamentos de la Unión Europea, dada su eficacia directa. Ahora bien, en estos casos, tales cláusulas generales suelen estar replicadas a nivel interno en normas de rango legal (*vid*., al efecto, el punto IV.3 del este capítulo). Puede plantearse también su presencia en una norma de rango constitucional en la hipótesis de que nuestro texto fundamental fuese reformado al efecto. Respecto de esto último, *vid*., el apartado IV.2.D) del capítulo cuarto de la primera parte, en la que se analiza la especialidad del Estatuto de la Región de Trentino-Alto Adigio, que prevé una habilitación general –*potere di ordinanza*– autorizante para dictar «ordenanzas de necesidad» en una norma de cariz distinto a las Leyes ordinarias (concretamente, una «Ley Constitucional» o *Legge costituzionale*).

[1508] Y ello hasta el punto de que se ha querido ver en este fenómeno la manifestación de una «potestad reglamentaria excepcional», así SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit*.), pág. 751. También ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Vol. I/1, págs. 122 y 128-

A).- LA CLÁUSULA GENERAL DE NECESIDAD COMO INSTRUMENTO DE ATRIBUCIÓN DE POTESTADES: EJEMPLOS Y CONSECUENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español –heredero de una larga tradición en la materia– contiene multiplicidad de cláusulas generales que habilitan a la autoridad competente para dictar reglamentos de necesidad. Son paradigma de tal fundamento autorizante el artículo 58 TRLA)[1509]; el artículo 26 LSA)[1510]; el artículo 21.1.m) LRBRL; o, también, las disposiciones relativas a la sanidad y la salud pública, esto es, el artículo 26 LGS, el artículo 54 LGSP, y, en fin, el artículo 3 LOMESP[15111512].

130, califica a estos reglamentos de necesidad –junto con el fenómeno de la deslegalización– dentro de los «supuestos excepcionales» de la potestad reglamentaria, indicando que en estos supuestos «falla o se matiza de forma singular unas veces el límite de la jerarquía normativa –reglamentos sobre materias deslegalizadas– y, otras –reglamentos de necesidad– tanto el límite citado como el de las materias reservadas».

[1509] Sobre el tema, *vid*., EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Sequía e inundación como fenómenos meteorológicos extremos*, Aranzadi, Pamplona, 2018, y, especialmente, el estudio introductorio del mismo autor, «Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos», págs. 25-84. Son interesantes los trabajos previos de MARINA JALVO, «El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (*cit*.)», págs. 117 y ss.; BRUFAO CURIEL, «El régimen jurídico de las sequías (*cit*.)», págs. 199-239; MENÉNDEZ REXACH, A., «El Derecho de aguas ante las situaciones hidrológicas extremas: inundaciones y sequías», en NAVARRO CABALLERO, T. (Dir.), *Desafíos del Derecho de Aguas. Variables jurídicas, económicas, ambientales y de Derecho comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 85 y ss.

[1510] Para REBOLLO PUIG, M., «Sanidad animal: marco general y principios jurídicos», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, pág. 35, la amplitud de esta norma es en sí una cláusula general: «me parece que toda esa minuciosa regulación se puede resumir así: la ley da a la Administración todas las potestades necesarias para concretar y hacer cumplir el deber de no poner en peligro la salud humana y de los animales; potestades que, restringiendo siempre la libertad y la propiedad de quienes realizan actividades susceptibles de generar riesgos abstractos o concretos de zoonosis y epizootias, persiguen que no se produzcan esas enfermedades o combatirlas en caso de que se declaren. Creo que, en realidad, no cambiaría mucho el resultado si la Ley sólo hubiera dicho que la Administración adoptará todas las medidas necesarias para proteger en cada caso la salud humana y la salud animal de zoonosis y epizootias contra las actividades que generen un riesgo. Habría sido la típica cláusula general de policía. Formalmente no lo ha hecho; pero materialmente, en el fondo, eso es lo que hace».

[1511] Estos dos preceptos de la LGS y de la LGSP también han sido esgrimidos por las autoridades autonómicas para dictar actos y reglamentos concretos durante la crisis de la COVID-19 aunque, eso sí, siempre en conexión con el artículo 3 LOMESP; cuestión reconocida posteriormente por el propio Tribunal Supremo, así STS 833/2022, de 22 de junio, FD 5º, en cuanto recuerda que «el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, *interpretado conjuntamente* con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011 (…)» (reiterada por las SSTS 139/2023, de 6 de febrero, FD 4º, o 141/2023, de 7 de febrero, FD 5º y 532/2023 de 27 abril, FD 7º, en relación con ciertas medidas limitativas de la libertad de empresa incoadas por el Gobierno cántabro). A ellos hemos de añadir el artículo 65.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que dispone que: «La declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera urgente de las medidas adoptadas».

[1512] Como indica ÁLVAREZ GARCÍA, «Una historia jurídica de la lucha frente a la pandemia de la COVID-19 (*cit*.)», págs. 11-12, en el artículo 3 LOMESP encontramos dos cláusulas generales: una primera, para «adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos» y «de las personas que estén o hayan

Además de las citadas, existen otras que han pasado desapercibidas para la doctrina, pero que incluyen habilitaciones de esta índole, tales como el artículo 15 TRLGDCU[1513] o el artículo 20 LSAN[1514]. Por último, encontramos también en nuestro ordenamiento jurídico otras previsiones que –por su generalidad e indeterminación– no queda claro si recogen una cláusula general en el sentido aquí analizado: es el caso del artículo 7 bis.5 LSNPC[1515], así como de algunos preceptos presentes en la precitada LSN[1516].

estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato»; y, en fin, una segunda –que es para el autor la verdadera cláusula general de cierre– cuando indica «así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

[1513] Este precepto indica, en su apartado 1, que: «Ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas. En estos supuestos, todos los gastos que se generen serán a cargo de quien con su conducta los hubiera originado, con independencia de las sanciones que, en su caso, puedan imponerse. La exacción de tales gastos y sanciones podrá llevarse a cabo por el procedimiento administrativo de apremio». Previsiones similares existían en la norma de la que trae causa, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículos 39.4, para la Administración General del Estado, y 41.5, para las Comunidades Autónomas). Sobre el tema, son clásicas las reflexiones de AGIRREAZKUENAGA, I., «La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a locales a inspeccionar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 69, enero/marzo 1991, págs. 43-63, así como REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., «El principio de precaución y la defensa de los consumidores», en *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003, págs. 185-236. Más recientemente, REBOLLO PUIG, M., «La discrecionalidad administrativa en la defensa del consumidor», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021, págs. 46-59, especialmente pág. 50, donde tilda a este artículo 15 de «cláusula general».

[1514] El apartado 1 de este artículo indica que: «Cuando como consecuencia de los controles oficiales se ponga de manifiesto la posibilidad de que un alimento o pienso, producido en la Unión Europea o proveniente de un país tercero, constituya un riesgo grave para la salud de las personas o de los animales, y dicho riesgo no pueda controlarse convenientemente mediante las medidas establecidas por las autoridades competentes, la Administración General del Estado podrá adoptar, a iniciativa propia o a petición de las comunidades autónomas, las medidas que estime convenientes, notificando las mismas a la Comisión Europea». Sobre el tema, *vid*., RECUERDA GIRELA, M. Á., *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Régimen jurídico-administrativo*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006, especialmente págs. 211 y ss.; RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, especialmente págs. 417 y ss.; también, *in extenso*, RECUERDA GIRELA, M. Á. (Dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.

[1515] El precepto alude a: «Las medidas restrictivas de derechos que sean adoptadas o las que impongan prestaciones personales o materiales tendrán una vigencia limitada al tiempo estrictamente necesario para hacer frente a las emergencias y deberán ser adecuadas a la entidad de la misma», no estableciendo –explícitamente, al menos– una cláusula general de necesidad, al no precisar tampoco cuáles hayan de ser tales medidas.

[1516] Y es que bajo la activación de la «situación de interés para la Seguridad Nacional» cabe dictar medidas caracterizadas por su «urgencia y transversalidad» (artículo 23.2) debiendo el Gobierno de informar al Congreso de los Diputados de su adopción (artículo. 24.3). En ningún caso se indica qué medidas pueden ser adoptadas, aunque, eso sí, el artículo 23.3 establece una cláusula de cierre en la que remite a «los poderes y medios ordinarios de las distintas Administraciones Públicas»; previsión bajo la que se incluyen, claro está, las cláusulas generales de necesidad a las que hacemos referencia en el presente epígrafe. Esta ambigüedad no parece alterarse bajo su nueva redacción, en los términos dados por el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (B.O.C.G., núm. 1-91, 25 de febrero de 2022). La falta de claridad de la norma ha sido advertida por la

Todas estas cláusulas autorizan distintas potestades en favor de las autoridades en ellas previstas. La atribución de potestades a través de cláusulas generales de apoderamiento es común en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el plano ordinario (*v. gr*., artículo 25.1 de la LRBRL), como ante situaciones de necesidad, esto es, por medio de «cláusulas generales de necesidad», como las que aquí se anotan[1517]. Ahora bien, es destacable que por medio de estas cláusulas generales no se adjudica únicamente la capacidad de dictar actos administrativos, sino que –dada su generalidad– se incluye también la de cariz reglamentario que, aunque con carácter genérico, se adjudica a la autoridad competente a través del principio de atribución.

Esta técnica ha sido ampliamente admitida en relación con la potestad reglamentaria de órganos constitucionales, Universidades y, en especial, de Autoridades Administrativas Independientes[1518], hasta el punto de gozar hoy de pleno reconocimiento en el artículo 129.4 *in fine* LPAC, que entiende que esta atribución se realiza «cuando la naturaleza de la materia así lo exija»[1519]. En efecto, el carácter «genérico» que ostenta la remisión realizada en favor de las indicadas entidades que queda justificado –señala el Consejo de Estado– por «su especialización

doctrina, así CASINO RUBIO, M., «La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional. La Ley ¿de qué?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016, págs. 27-36; o, más recientemente, HERBÓN COSTAS, J. J., «La gestión de las crisis en el marco de la Ley de Seguridad Nacional. La pandemia por COVID-19 y la necesidad de una urgente reforma», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 121, 2021, págs. 139-168.

[1517] Puede verse una exposición de esta cuestión en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 497-500, quienes recuerdan que las cláusulas generales de necesidad, aunque atribuyen poderes extensos, «no llegan a ser poderes ilimitados, en cuanto que están ordenados a un fin específico, como rezan las normas que los atribuyen, y no a cualesquiera fines, lo que les hace a la vez controlables por el principio de la proporcionalidad o adecuación».

[1518] No parece existir problema en este punto en que a través de una mera habilitación legal se delegue o transfiera la potestad reglamentaria en algunos ámbitos concretos. Como recuerda MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (*cit.*), Tomo VII, pág. 160, «ninguna de dichas entidades tiene potestad reglamentaria originaria que, en el ámbito administrativo (salvados los casos de las entidades que tienen una autonomía constitucionalmente garantizada), solo tiene el Gobierno, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución. De modo que, tanto en el marco de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, todos los demás organismos distintos del Gobierno que tienen potestad reglamentaria la basan en una habilitación legal». Sobre el tema, *vid*., TORNOS MAS, J., «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes: el caso del Consell Audiovisual de Catalunya», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 479-498; GARCÍA ÁLVAREZ, G., «Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre-diciembre 2006, págs. 139-179; GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P., *Los reglamentos de las administraciones independientes*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2013, especialmente págs. 405 y ss., y 552 y ss.

[1519] Indica el precepto que: «Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija».

técnica»[1520].Tales razonamientos son también aplicables al presente supuesto: la «naturaleza de la materia» –contexto de necesidad– y la «especialización» –posición privilegiada para atender la situación de crisis–, unido a un marcado carácter temporal, justifican la atribución de una potestad reglamentaria a través de este mecanismo[1521].

No sólo eso, sino que, además, las cláusulas generales precisan también cómo han de ejercitarse tales potestades. Dicho de otra forma: la cláusula general de necesidad determina el entero régimen jurídico de las actuaciones que pueden activarse con fundamento en ellas, incluidas, claro está, el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, el legislador ha decidido concretar –normalmente con carácter sucinto– quién, cómo y en qué términos pueden dictarse esas «medidas necesarias» ante una situación de carácter excepcional. Tal singularidad implica que la cláusula general de necesidad es la que determina cuáles son los requisitos fundamentales para poder dictar las «medidas», sin que sean aplicables otras disposiciones legales al efecto. Esto explica que no rijan las reglas previstas para la elaboración de reglamentos o los demás requisitos previstos por la Ley para tales normas con carácter ordinario.

En efecto, rige aquí lo dispuesto en la disposición primera de la LPAC, en cuanto establece que: «Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales». Estamos ante un supuesto de «sustitución» *ex lege* del procedimiento ordinario de elaboración de reglamentos por el previsto en la cláusula general[1522]. Así las cosas, los reglamentos de necesidad *stricto sensu* únicamente han de cumplir los trámites que aparecen previstos en la cláusula general sobre la cual se dictan.

[1520] Al efecto, la Memoria del Consejo de Estado de 2020, págs. 217 y ss., señala con contundencia que: «[l]a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) está dotada de potestad reglamentaria, pero se trata de una potestad derivada, con características que la diferencian de la potestad reglamentaria originaria, que el artículo 97 de la Constitución atribuye solamente al Gobierno. La potestad reglamentaria de la CNMC responde a un principio estricto de atribución: solo tiene potestad para dictar circulares allí donde una norma se lo reconoce expresamente (…) La atribución a la CNMC de una potestad normativa se debe a su especialización técnica, con lo que ha de poner un especial esmero en la justificación técnica de las soluciones que adopte».

[1521] Sobre la relación con las reservas de Ley constitucionalmente consagradas de esta potestad reglamentaria, *vid*., el punto III del presente capítulo.

[1522] En el sentido expresado por ÁLVAREZ GARCÍA, V., y ARIAS APARICIO, F., «El procedimiento administrativo ante las situaciones excepcionales», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, págs. 8 y ss., pues estamos ante un procedimiento especial que «permite resolver los asuntos de forma más rápida, haciendo frente con una mayor celeridad a la situación de peligro».

Esta tesis –frente a aquella que entiende que es el contexto excepcional el que modula el procedimiento[1523]– es la sostenida por gran parte de las resoluciones judiciales existentes respecto de la activación de las distintas cláusulas generales presentes en nuestro ordenamiento: en relación con los poderes de necesidad del Alcalde en el plano local[1524], en materia sanitaria[1525] o –especialmente– de salud pública[1526], así como, aunque con carácter más discutido, en materia de aguas[1527]. En

[1523] Esta es la posición que suele recoger la literatura jurídica para las distintas normas dictadas ante situaciones de necesidad. Alguna jurisprudencia parece también sostenerla respecto de las aducidas cláusulas generales, así en materia local (STS de 21 de octubre de 2003, FD 4º) o de salud pública (STS 833/2022, de 22 de junio, FD 4º, en cuanto indica que se ha de «relativizar la relevancia de los defectos formales alegados pues los requisitos de esa naturaleza sirven para asegurar la buena regulación, es decir no son, en principio un valor en sí mismos sino en la medida en que sirven a ese objetivo»; también SSTSJ de Navarra 369/2021, de 15 de diciembre, y 392/2021, de 21 de diciembre). Ahora bien, abogar por esta tesis implicaría que el procedimiento ordinario seguirá siendo aplicable, hasta el punto de que también quepa hacer uso de previsiones concretas en la Ley (*v. gr*., artículo 133.4 LPAC y equivalentes autonómicos), y, en su caso, modulándolas incluso más allá como consecuencia del contexto de crisis. Ténganse en cuenta que el artículo 133.4 LPAC y el artículo 26.6 *in fine* LG sólo permite obviar los trámites de consulta, audiencia e información pública, pero no el resto (por ejemplo, a nivel estatal, los informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente o el informe en materia de distribución de competencias del Ministerio de Política Territorial). Esta situación arrojaría una indeseable incertidumbre a los operadores jurídicos respecto de cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable, generando una situación de inseguridad jurídica y excesivo casuismo.

[1524] *Vid*., entre otras, las SSTS de 23 de septiembre de 1991, de 19 de diciembre de 1991, de 5 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2001.

[1525] Así, en relación con el artículo 26 LGS, la STS de 14 de noviembre de 2007, FD 6º, precisa que: «[e]l art. 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo, cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores». Esta doctrina es reiterada –entre otras– por las SSTS de 14 de septiembre de 2010, FD 4º, de 13 de mayo de 2011, FD 3º, y de 16 de septiembre de 2011, FD 3º, aunque configurando todas ellas a las actuaciones realizadas como «medidas cautelares». Más recientemente, *vid*., la STSJ de País Vasco 431/2021, de 14 de diciembre, FD 7º, B), que se pronuncia respecto de una Orden autonómica dictada –entiende la STSJ– al amparo del mismo precepto de la LGS y que omitió el trámite de audiencia, indicando que «no siendo necesaria la instrucción previa de procedimiento administrativo, tampoco era preciso trámite de audiencia, debiendo desestimarse la pretensión anulatoria fundada en la carencia de éste».

[1526] En relación con el artículo 3 de la LOMESP, así las SSTSJ de Cataluña 1092/2022, de 25 de marzo, FD 5º, a la que siguen –reproduciendo literalmente la doctrina sentada por esta sentencia– las SSTSJ de Cataluña 2319/2022, de 16 de junio, FD 3º, 2445/2022, de 22 de junio, FD 3º; 2452/2022, de 22 de junio, FD 3º; o, en fin, 2690/2022, de 7 de julio, FD 5º. Esta jurisprudencia, además, recuerda que régimen jurídico de elaboración de los reglamentos de necesidad se encuentra sito en la propia cláusula general de conformidad con la remisión que realiza la disposición adicional primera LPAC, siendo las cláusulas generales de necesidad las que pueden decidir «no exigir» los distintos trámites previstos para la elaboración de tales disposiciones.

[1527] La STS de 12 de julio de 1993, FD 3º, respecto de los reglamentos de necesidad dictados al amparo del artículo 58 TRLA –antes, artículo 56 de la Ley de Aguas de 1985– recuerda que «[e]l art. 105 a) de la Constitución se remite expresamente a la ley para la regulación de la audiencia de los ciudadanos y en el presente caso la Ley de Aguas, art. 56 no recoge esa audiencia, ni puede ser considerado el Real Decreto impugnado como un Reglamento ejecutivo dictado en desarrollo o complemento de una Ley a los efectos del art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado». Esta posición es reiterada en la STS de 18 de septiembre de 1996, FD 2º, cuando recuerda que «Los defectos formales que en relación con la elaboración del Real Decreto impugnado se denuncian no pueden tener acogida, pues no nos encontramos en presencia de una norma de desarrollo de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, (…) sino que se trata del ejercicio de una potestad excepcional, que la propia Ley concede al Gobierno para supuestos extraordinarios, en su artículo 56, *en el que se establecen los presupuestos materiales y*

cualquier caso, el hecho de que no se exija la aplicación generalizada del procedimiento de elaboración de reglamentos, no es óbice para que la autoridad competente –si lo considera preciso– proceda potestativamente a recabar un informe o a realizar un trámite previsto en la normativa vigente, aunque, en tales casos, plantearía dudas el cumplimiento del presupuesto habilitante: si es posible acudir al procedimiento de elaboración de reglamentos y cumplir sus trámites, difícil será justificar que estamos ante una situación extraordinaria que requiere una actuación inmediata[1528].

Ahora bien, el hecho de que el régimen jurídico de los reglamentos de necesidad venga determinado por lo dispuesto en la cláusula general habilitante, no significa que la Constitución haya de quedar desplazada en su ejercicio o activación. Recordemos que el artículo 9.1 de la norma fundamental establece que: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Es decir, que la cláusula general no puede interpretarse en el vacío, como una habilitación genérica que obvie el texto constitucional, sino que la autoridad competente está obligada a respetar lo previsto en éste. La aplicación de una cláusula general –para dictar reglamentos u otro tipo de medidas– supone una cesión o traslado de la exigencia

formales que han de cumplirse para adoptar las medidas en él previstas (…) Y esto sin que la forma de Real Decreto que debe adoptar la resolución, imponga por sí misma el sometimiento a aquellos procedimientos, pues, según el artículo 24.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, no sólo las disposiciones generales emanadas del Consejo de Ministros revestirán este carácter, sino también otras resoluciones de dicho órgano, cuando así lo exija, como en el caso presente, alguna disposición legal. *El único presupuesto formal para la adopción de la medida, impuesto por el artículo 56 mencionado, que es la audiencia del organismo de la cuenca hidrográfica*, se dice cumplido en el preámbulo del Real Decreto, sin que exista razón alguna para entender, al faltar prueba en contrario, que el mismo se haya omitido». Esta afirmación parece seguirse también por el Tribunal Constitucional en la STC 231/2015, FJ 5, en cuanto indica que: «la adopción del Gobierno de medidas para superar una situación de extrema escasez de agua no fue producto de una autoatribución llevada a cabo por el Real Decreto anulado. *Tanto la potestad en sí como su régimen jurídico estaban –y siguen estando– expresamente con carácter general en la norma de rango legal –el artículo 58 del texto refundido de la Ley de aguas–* al amparo de la cual se dictó el Real Decreto 1419/2005; norma de rango legal que, por lo tanto, era conocida por los ciudadanos afectados. Debe resaltarse que *en dicha norma legal se prevé el régimen jurídico de las actuaciones a desarrollar* (…)». La cursiva es mía en todos los casos. Sin embargo, la naturaleza de estas disposiciones y, en consecuencia, el régimen de aplicabilidad de los requisitos procedimentales, sigue planteando dudas en la jurisprudencia: tal y como ha podido advertirse en el punto III.2 del capítulo segundo de esta segunda parte, los reglamentos dictados al amparo de esta cláusula han sido calificados en alguna ocasión como «ejecutivos» –y no tanto como «de necesidad»– por la jurisprudencia y el Consejo de Estado; hecho que contrasta con la posición jurisprudencial advertida, continuada por alguna Sala territorial y, especialmente, por la doctrina.

[1528] Por ejemplo, el Real Decreto 1209/2018, de 28 de septiembre, dictado sobre la base del artículo 58 TRLA, indica en su parte expositiva que «[d]ado el carácter de urgencia que reviste esta disposición, derivado de las consecuencias que la situación de sequía provoca, en su elaboración se ha abreviado el trámite de audiencia e información pública, según lo dispuesto en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno»; norma que se emite además «de acuerdo con el Consejo de Estado». El cumplimiento de todos estos trámites –se insiste– parece difícilmente compatible con una situación de necesidad que exige una actuación inmediata por cuestiones extraordinarias.

de respeto al texto constitucional por parte del Legislativo a los otros dos poderes: al Ejecutivo (autoridad competente para dictar las medidas), pero también al Judicial (órgano jurisdiccional encargado de controlarlas), tanto respecto a su aplicación como a su interpretación. Si, comúnmente, ambos poderes aplican e interpretan el Derecho constitucional con carácter «mediato» –es decir, a través de las Leyes dictadas por las Cortes, que lo pormenorizan– en el caso de la cláusula general lo harán con carácter «inmediato», al no existir una Ley que determine las medidas a dictar y su régimen jurídico aplicable.

Esto es lo que la doctrina alemana denomina la «vinculación directa de la Constitución» (*unmittelbare Verfassungsverbindung*). De acuerdo con ella, la cesión que ha realizado el legislador a jueces y autoridades en la interpretación y aplicación de la habilitación general indicada no supone una renuncia al texto constitucional[1529]. Al contrario, implica su aplicación directa al no existir una Ley que «medie» entre este poder y los dos restantes. Y, *por ende*, supone también que toda interpretación que se realice de la cláusula general ha de ser «constitucionalmente conforme» (*verfassungskonforme Auslegung*)[1530]. La consecuencia es clara: en el ejercicio de una cláusula general –y más todavía cuando se activa con el objeto de producir normas jurídicas (*v. gr*., «reglamentos de necesidad»)– la Constitución es *directamente aplicable*, siéndolo también los propios límites por ella prescritos. De ahí que –aunque no aparezca delimitado expresamente en la habilitación– el ejercicio de tal cláusula quedará vinculado a los distintos preceptos y principios constitucionales[1531], así como, en su caso, a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea[1532].

B).- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD COMO «MEDIDAS NECESARIAS» DE CORTE NORMATIVO DICTADAS AL AMPARO DE UNA CLÁUSULA GENERAL

Las «medidas necesarias» a las que se refieren las distintas cláusulas generales previstas para situaciones extraordinarias fueron configuradas tradicionalmente por

[1529] La cuestión se ha planteado en el Derecho alemán en relación con la exigencia de respeto del contenido esencial por parte de los órganos del Ejecutivo y del Judicial en el ejercicio de la *Generalklausel*, así, MAUNZ, DÜRIG, y REMMERT, «Kommentar zu art. 19 (*cit*.)», parágrafo 27.
[1530] MAUNZ, DÜRIG, y GRZESZICK, «Kommentar zu art. 20 III (*cit*.)» parágrafos 21 y ss. Recuérdese que la expresión «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de nuestro artículo 103.1 de la Constitución trae causa del artículo 20 III de la Ley Fundamental.
[1531] Y ello tanto desde diferentes perspectivas (exigencia de publicación o de motivación de la medida, imposibilidad suspender derechos, etc.). Me remito, en este punto, a lo indicado en el punto IV.1 del presente capítulo.
[1532] Sobre esta última cuestión, *vid*., el punto IV.3 del presente capítulo.

nuestra doctrina como genuinos reglamentos de necesidad. Ahora bien, se ha de realizar aquí una doble matización.

En primer lugar, que –dada la pluralidad de cláusulas generales de necesidad– estos reglamentos de necesidad pueden adoptar muchas pieles, dependiendo de quién sea el órgano –la «autoridad competente»– de la que emanen (Consejo de Ministros, Consejero autonómico, Alcalde, etc.). Así, estas disposiciones generales se manifiestan bajo la forma de Real Decreto, Orden Ministerial, Orden de Consejería, Resolución; Instrucción, Decreto del Alcalde, bando, etc. Ahora bien, pese a esta pluralidad de aparente denominación, no parece preciso que la norma explicite su carácter[1533].

En segundo punto, se ha de tener en cuenta que de una cláusula general no sólo pueden emanar reglamentos, sino también otras actuaciones jurídicas[1534]. En otras palabras: únicamente cuando del ejercicio de la cláusula general de necesidad emane una norma podremos hablar de «reglamentos de necesidad», como así también se extrae de la jurisprudencia[1535] o, incluso, de algunas normas autonómicas[1536]. Esta cuestión

[1533] Alguna jurisprudencia ha destacado esta exigencia, así las STSJCyL de 14 de octubre de 2005 y STSJCyL 729/2008, de 28 de abril, exigen precisar que la actuación se realiza con fundamento en el artículo 21.1.m) LRBRL, acreditando el cumplimiento de la situación de necesidad. Las actuaciones –Instrucción en el caso de la STSJ de 2005 y Decreto en la de 2008– son anuladas por la Sala que, en ambos casos, rechaza que –como esgrimía el Ayuntamiento– estemos ante un «reglamento de necesidad», no tanto porque no se cumpla el presupuesto habilitante, sino porque cuando se dicte una medida de esta índole se ha de hacer constar que se produce con base en el artículo 21.1.m) LRBRL y, además, se ha de acreditar por la Administración que concurren los requisitos para ser dictado (FFDD 3º de ambas SSTSJ). En algún caso la normativa autonómica les ha atribuido directamente tal denominación (*vid*., los Decretos leyes baleares 2/2018, de 18 de octubre 2/2019, de 4 de octubre, analizados *supra*, en el punto III.2 del capítulo segundo de esta segunda parte de la obra). Entiendo que tales referencias son innecesarias, pues son la activación de la cláusula general y su carácter normativo los elementos que terminan por hacer aplicable su régimen. Tal y como ha resaltado el Tribunal Constitucional, el *nomen iuris* no afecta al régimen jurídico aplicable (STC 31/2015, FJ 7).

[1534] A la noción de «medida» (*Maßnahme*) en el Derecho alemán y su vinculación con los reglamentos de necesidad clásicos me he referido en el capítulo segundo de la primera parte de esta obra, al que me remito *in totum*. *Cfr*., con VELASCO CABALLERO, F., «Competencias y poderes municipales a lo largo de la pandemia de Covid-19», en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 14, 2020, pág. 44, que –con motivo de la habilitación general a favor del Alcalde– indica que «las exigencias legales son mínimas, como corresponden al contexto de necesidad. Por eso, las medidas de alcaldía tanto pueden adoptarse por bando como por decreto de alcaldía. Más en general, las 'medidas necesarias y adecuadas' no pueden reconducirse a categorías jurídicas ordinarias, como las de acto administrativo, disposición reglamentaria o instrucción interna. Las 'medidas' de necesidad son un tipo de decisión singular. Pueden impedir provisionalmente la aplicación de ordenanzas municipales, pero no pueden derogar estas normas; y son ejecutables de forma imperativa (como es propio de los actos administrativos)».

[1535] En este sentido, hay supuestos en los que se han dictado actos administrativos sobre la base del artículo 26 LGS –entre otras muchas, las SSTS de 27 de junio de 2007, FD 4º, de 14 de noviembre de 2007, FFDD 4º, 5º y 6º, o de 16 de septiembre de 2011, FD 1º; etc.– o con fundamento en el artículo 21.1.m) LRBRL –STS de 19 de diciembre de 1991, especialmente FD 4º; STS de 23 de septiembre de 1991; STS 5 de diciembre de 2001, FD 2º; STS de 21 de octubre de 2003, FD 5º; etc.–. En términos amplios, la jurisprudencia admite que, sobre la base del artículo 21.1.m) LRBRL, el Alcalde pueda dictar bandos ante situaciones de necesidad con contenido normativo (por todas, STS de 30 de octubre de 2002,

hace preciso establecer una línea divisoria entre los reglamentos de necesidad y los actos administrativos generales de necesidad dictados –en ambos casos– al amparo de una cláusula general de policía o seguridad pública, complejidad advertida hace cerca de cien años por ÁLVAREZ GENDÍN[1537] y sobre la cual la literatura jurídica ha llamado la atención en los últimos años de nuevo[1538], habida cuenta de las implicaciones que trae consigo[1539].

En términos similares lo ha hecho también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que de forma contundente ha reiterado –respecto del indicado artículo 3 LOMESP y preceptos conexos– que «[s]egún hemos explicado en los autos de 20 de

FD 2º), así como también en algún supuesto concreto (*v. gr*., SSTSJCyL 2310/2005 de 14 de octubre y 729/2008, de 28 de abril, FFDD 3º en ambos casos). Es destacable que la expresión «reglamento de necesidad» se ha utilizado respecto de este precepto sólo en algunos casos anecdóticos, así STSJ de Cataluña, de 18 de julio de 1997, FD 3º; STSJCyL de 14 de octubre de 2005, FD 3º; STSJCyL 729/2008, de 28 de abril, FD 3º; y, también SSAP de 17 de noviembre de 1997, FD 4º, y de 6 de octubre de 1999, FD 1º. *Vid*., también, REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., «Artículo 84», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*, 1ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 2250 y ss., donde le dedican un epígrafe a los «bandos con naturaleza reglamentaria». Mucho más claras son las referencias jurisprudenciales relativas al artículo 58 TRLA o al artículo 3 LOMESP, como ha podido verse en el punto III.2 del capítulo segundo de la segunda parte de este trabajo.

[1536] La STS de 30 de octubre de 2002, FD 2º, precisó –respecto de los bandos del Alcalde– que: «no cabe olvidar que está asimismo reconocido (Sentencia de 10 de mayo de 1.991) que en ocasiones constituyen manifestaciones de la potestad reglamentaria de la Administración, en clara referencia a todos aquellos supuestos mencionados en la reciente resolución de 23 de octubre de 2.002- en los que, *bien por lo extraordinario de las circunstancias* (artículo 21.1.j) de la Ley 2/85), bien por habilitación legal expresa, (artículo 21.1.m) la competencia de normar aspectos concretos de determinadas materias de competencia municipal venga atribuida al Alcalde, *que indudablemente podrá entonces ejercitarla mediante el Bando, como una manifestación formalmente hábil de regulación*». La cursiva es mía. Esta doctrina ha llegado incluso a plasmarse en algunas Leyes autonómicas de régimen local, como bien recuerda TOSCANO GIL, F., «Los bandos del alcalde en situación de necesidad», en FONT I LLOVET, T., y VILALTA REIXACH, M. (Dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2020*, 1ª ed., Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, 2021, pág. 275, nota 21, aludiendo a la Ley catalana 22/1998, artículo 26.2.e); al artículo 142.2 de la Ley aragonesa 7/1999, de Administración Local de Aragón; al artículo 104 de la Ley balear 20/2006, municipal y de régimen local de las Illes Balears; y, en fin, al apartado 1.d) de la disposición adicional I de la Ley vasca 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi.

[1537] ÁLVAREZ GENDÍN, *Teoría general de las fuentes de Derecho. Consideración especial de las de Derecho Público* (*cit*.), págs. 126 y ss., explicando cómo la eficacia jurídica de estas actuaciones muchas veces será la de un acto administrativo, dado que «en general, éstos son casos de autorización, no para poder disponer reglamentos de carácter general, sino para poder dictar actos administrativos, suspendiendo dichas leyes en ocasiones de urgencia».

[1538] Por todos, BAÑO LEÓN, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria (*cit*.)», págs. 17-18, recuerda que «[l]a medida (…) no es un concepto reductible a una forma jurídica concreta, sino que puede instrumentarse en cualquiera de ellas, según lo exija la circunstancia urgente que la justifica, el peligro que se trata de conjurar o limitar. Es un error conceptual asimilar 'medida' con acto o con reglamento. Habrá medidas que requieran un acto general, otras un reglamento provisional, otras, actuaciones meramente técnicas o materiales».

[1539] Básicamente, la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados, como ya advirtió desde pronto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, especialmente págs. 226 y ss. Sobre el tema, en términos amplios, *vid*., MEILÁN GIL, J. L., «Primera parte. La distinción acto-norma», en MEILÁN GIL, J. L., y GARCÍA PÉREZ, M., *Norma y acto administrativos*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2018, págs. 47 y ss.

mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473/2021), los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción exigen que la medida sanitaria –disposición general o acto administrativo general, según los casos– obtenga un visto bueno o aprobación previa por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente (…)» (STS 719/2021, de 24 de mayo, FD 4º). Idéntica doctrina puede entreverse en la del Tribunal Constitucional, en cuanto tilda a las «medidas sanitarias» –cuando ostentan contenido normativo– de «reglamentos urgentes de necesidad» y de «reglamentos sanitarios de necesidad» (STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 7)[1540].

Sea como sea, para saber si una «medida necesaria» se encaja como un acto o como un reglamento debemos acudir a los parámetros elaborados por la jurisprudencia[1541], conforme a la cual se asume la tesis «ordinamentalista», fundamentándose ésta en la inserción de los reglamentos en el ordenamiento jurídico; hecho que contrasta con los actos administrativos, que se extinguen una vez desplegada su eficacia (*vid*., entre otras muchas: STS de 2 de julio de 2001; STS de 5 de octubre de 2005; STS 1370/2013, de 4 de abril; o, en fin, STS 3287/2022, de 19 de septiembre[1542]). En otras palabras: el reglamento innova en el ordenamiento, mientras que el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado[1543]. La precitada STS 3287/2022, de 19 de septiembre, FD 5º, resume esta doctrina al precisar que:

«[E]l reglamento tiene siempre un contenido normativo, es decir, establece auténticas normas jurídicas. Ello significa que los preceptos reglamentarios se caracterizan por establecer mandatos o prohibiciones de alcance general y abstracto: no se dirigen a una o varias personas determinadas, sino a todos aquéllos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma (generalidad); y no regulan un único caso o situación, sino que se aplican a todos aquellos casos que en el futuro puedan producirse (abstracción). En este sentido, suele decirse que los reglamentos se instalan establemente en el ordenamiento jurídico y lo innovan. (…)

[1540] *Vid*., también, el Voto Particular de esta Sentencia, en el que se insiste en la posibilidad de que tales medidas no siempre se erigirán en reglamentos, sino que –cuando carezcan del preceptivo contenido normativo– estaremos ante actos administrativos generales.
[1541] Sobre el tema, MEILÁN GIL, «Primera parte. La distinción acto-norma (*cit*.)», págs. 82-105.
[1542] Ahora bien, muchas veces el criterio es invocado junto con otros parámetros de diferenciación (*v. gr*., STS de 28 de octubre de 2013).
[1543] Tal y como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), págs. 217-218.

Los actos administrativos generales, por el contrario, aun estando dirigidos a una pluralidad de personas que a menudo no puede concretarse con antelación, se refieren a un caso concreto y agotan su eficacia una vez aplicados al mismo. Si vuelve a producirse una situación similar, será necesario dictar un nuevo acto administrativo general. El acto administrativo general, precisamente por carecer de naturaleza normativa, no deja de ser un acto administrativo: no puede encontrar fundamento normativo en sí mismo, sino que debe apoyarse en auténticas normas jurídicas que prevean la correspondiente potestad habilitante. Y por esta misma razón, no puede innovar ni modificar el ordenamiento jurídico, entendido aquí como el conjunto de normas vigentes en un momento dado (…)»[1544].

La distinción en el ámbito de las medidas de necesidad no siempre es fácil. Sin embargo, ello no debe llevarnos a equívoco[1545]: si las «medidas necesarias» establecen un marco jurídico aplicable, esto es, «enriquecen» el ordenamiento –en expresión de

[1544] La Sentencia recuerda que –pese a las dificultades que ello pudiera plantear– no es posible recurrir a un *tertium genus*, a caballo entre el acto plúrimo y el reglamento, puesto que «un intento de introducción de esa pretendida tercera categoría por vía puramente interpretativa, lejos de contribuir a una mayor claridad y certidumbre, probablemente conduciría a oscurecer ulteriormente las cosas». Se refiere, obviamente, a la categoría de los «elementos normativos desgajados», que tuvo cierto reconocimiento en la doctrina –principalmente a través de su formulación por VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, pág. 384– o a la de los «actos generales no normativos», concepciones que deben entenderse hoy superadas. Al efecto, merece reproducir las reflexiones de este FD 5º, en cuanto recuerda que «forzoso es reconocer que la distinción entre reglamento y acto administrativo general, con arreglo a los criterios normalmente aceptados que se acaban de recordar, no siempre es fácil de aplicar. Hay tipos de actos con respecto a los cuales puede ser arduo dilucidar si tienen o no tienen carácter normativo. Los giros de la jurisprudencia a propósito de las relaciones de puestos de trabajo o de las ponencias de valores catastrales, por citar sólo los ejemplos más visibles, son buena prueba de ello. Véanse a este respecto, entre otras, las sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 2014 (rec. nº 2986/2012) y de 16 de junio de 2022 (rec. nº 7303/2020). Pero importa destacar que esa dificultad no es conceptual, sino de calificación jurídica de ciertos tipos de actos que pueden hallarse -como ocurre a veces en la experiencia aplicativa del Derecho- en una zona gris», añadiendo que «conviene hacer otra observación: que en algunas contadas ocasiones sea difícil determinar si un tipo de acto es reglamento o acto administrativo general no da base para sostener que la distinción sea inútil o que deba ser superada. El dato incontestable, como se ha explicado, es que en la legislación española esa distinción existe y comporta dos regímenes jurídicos diferenciados. No hay base, en el estado actual del ordenamiento español, para afirmar la existencia de un tertium genus de actos de la Administración Pública que, estando dirigidos a una pluralidad de personas, no sean reglamentos (disposiciones generales) ni actos administrativos generales (actos plúrimos)». En ocasiones, también se ha incluido en esta tercera categoría los bandos normativos del Alcalde (dictados en contextos de normalidad), instrumentos en los que se alteran las reglas de procedimiento y publicación de las normas ordinarias. Sobre esto último, *vid*. GUILLÉN NAVARRO, N. A., «Los Bandos de Alcaldía en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, enero-marzo 2021, especialmente págs. 140 y ss.

[1545] Ahora bien, ello no debe llevarnos a calificar este tipo de actuaciones como un *tertium genus*, o, en su caso, a calificarlo de «norma atípica» como algún sector doctrinal ha pretendido. *Vid*., en este sentido, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 5, 2022, págs. 77-78. También, en términos generales, MEILÁN GIL, «Primera parte. La distinción acto-norma (*cit*.)», págs. 146-147, quien defiende una «gradación de normatividad», así como «evitar el empecinamiento en afirmaciones rígidas –o es acto o es norma– desde concepciones apriorísticas».

VILLAR PALASÍ[1546]– y no se agotan en una única decisión, estaremos ante un reglamento de necesidad; mientras que, si desaparecen una vez desplegada su eficacia, estaremos ante un acto plúrimo. Y es que hay supuestos en los que, dada la formulación de la cláusula general y a los sujetos a los que, en principio, está dirigida, parece que sus «medidas» tenderán a erigirse en actuaciones administrativas distintas de reglamentos. Es el caso del artículo 183 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima[1547], o del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC)[1548].

Sin embargo, esto no es lo común. Los supuestos clásicos de cláusulas habilitantes para dictar reglamentos de necesidad suelen, en la práctica, manifestar sus medidas en actos administrativos generales dirigidos a prohibir u ordenar una determinada actuación a los ciudadanos, agotándose una vez desplegada su eficacia. Sólo si la «medida necesaria» posee una entraña normativa genuina, esto es, establece un marco jurídico de aplicación a esa situación extraordinaria, podrá hablarse de reglamentos de necesidad.

Son claros los ejemplos en materia de aguas, con los diferentes Decretos dictados con fundamento en el artículo 58 TRLA, cuyas medidas contenidas en ellos suelen consistir –por lo general– en actuaciones dirigidas a la reducción de las dotaciones en el suministro de agua, en mejoras de la distribución y del control de la calidad y cantidad del agua en las cuencas afectadas, incluyéndose otras medidas accesorias a las excepcionales, aunque conectadas con ellas: previsiones relativas a los procedimientos administrativos a seguir para aplicar las medidas excepcionales, su carácter no indemnizable, o, incluso, el régimen sancionador aplicable en cada caso[1549].

[1546] VILLAR PALASÍ, J. L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1972, págs. 199-200, haciéndose eco de la afirmación de AFFOLTER al recordar que «es norma todo aquello que *enriquece o empobrece el Derecho*». La cursiva es suya.

[1547] El apartado 1 de este precepto indica que «[e]n caso de mal tiempo o de riesgo de naufragio, el capitán adoptará cuantas medidas crea necesarias para procurar la seguridad del buque y la salvación de las personas y de los bienes, buscando resguardo, efectuando arribada forzosa o recurriendo sin demora a la solicitud de salvamento, pudiendo contratarlo si fuere necesario».

[1548] El precepto –rubricado como «órdenes y prohibiciones»– dispone: «Las autoridades competentes, de conformidad con las Leyes y reglamentos, *podrán dictar las órdenes y prohibiciones y disponer las actuaciones policiales* estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos en esta Ley, mediante resolución debidamente motivada».

[1549] MARINA JALVO, «El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (*cit*.)», págs. 120 y ss., realizando un análisis de las distintas normas dictadas tanto a nivel nacional como autonómico. *Vid*., también, recuerda SETUÁIN MENDÍA, «Respuestas jurídicas a la reciente situación de sequía en España (*cit*.)», págs. 163 y ss., donde realiza un resumen de las medidas incoadas en reglamentos de necesidad dictados con

Es por ello por lo que la jurisprudencia ha sido, en términos generales, bastante clara al efecto[1550].

En otros supuestos la cuestión es algo más difusa, dado que –simplemente– se establecen una serie de prohibiciones generalizadas, lindando entonces la actuación con los actos administrativos generales. Es el caso del artículo 21.1.m) LRBRL: aunque la literatura jurídica configure esta cláusula general como el medio de emisión de reglamentos de necesidad por excelencia, lo cierto es que la jurisprudencia rara vez reconoce tal naturaleza reglamentaria, como ha podido analizarse con carácter previo.

En lo que concierne a las medidas de salud pública dictadas con fundamento –principalmente– en la cláusula general del artículo 3 LOMESP[1551], se plantearon, en ocasiones, dudas respecto de su encaje reglamentario o, alternativamente, de actos generales[1552]. Únicamente en casos muy concretos la jurisprudencia se pronunció explícitamente al efecto[1553], si bien la doctrina ha subrayado que –pese a las dificultades

posterioridad en la materia, identificando cuestiones tales como el otorgamiento de atribuciones extraordinarias a los organismos de cuenca, la simplificación de procedimientos la modificación de normas de prelación en los contratos de cesión de derechos de usos del agua, la puesta en servicio y ejecución de sondeos, así como otras medidas de carácter especial en otros supuestos.

[1550] STS de 12 de julio de 1993, FD 3º, cuando recuerda: «[c]omo tal reglamento de necesidad, es de carácter excepcional y distinto de los reglamentos ejecutivos, y por tiempo determinado, adoptado, no en desarrollo de una ley, sino en uso de las facultades que la ley concede al Gobierno para hacer frente a la situación que planteaba la sequía existente».

[1551] Me refiero a los cierres perimetrales, toques de queda, restricciones a la movilidad nocturna, limitaciones al derecho de reunión, a la libertad religiosa y a la de empresa, restricciones a la entrada en determinados establecimientos previa presentación del pasaporte COVID, etc. Todas estas limitaciones se dieron tanto en el seno del estado de alarma como sobre la base del acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, así como –en lo que aquí interesa– con exclusivo fundamento en la cláusula general. Me remito, *in totum*, a los ejemplos y a la jurisprudencia expuesta en PALMA ORTIGOSA, A., SORIANO ARNANZ, A., BETHENCOURT RODRÍGUEZ, V., «Los boletines y fallos judiciales de la pandemia COVID-19», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

[1552] Por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Baleares de 17 de mayo de 2021 –sobre el que se pronuncia la STS 788/2021– debería de configurarse como un reglamento puesto que no sólo establece las medidas aplicables (toques de queda y limitaciones de reuniones) sino que delimita el ámbito territorial y temporal de aplicación, las excepciones a tales prohibiciones, la entrada en vigor, etc., y, sin embargo, su apartado noveno lo encaja como un acto administrativo al prever la posibilidad de interponer recurso de reposición. En sentido similar encontramos el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Extremadura, de 25 de agosto de 2021, que establece medidas de limitación a las reuniones privadas, y que tiene un claro contenido normativo, pese a que el apartado séptimo del indicado Acuerdo incluya un pie de recurso (de la STS 1110/2021, de 13 de septiembre, FD 6º, se extrae que estamos ante una «disposición general»). Otros ejemplos de confusión entre reglamentos y actos –en este caso, de las administraciones valenciana, manchega y andaluza– nos ofrece IZQUIERDO CARRASCO, M., «COVID-19, policía administrativa y modulación del principio de legalidad», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómic*a, núm. 17, abril de 2022, pág. 16.

[1553] La STS 833/2022, de 22 de junio, deja claro que la Orden SAN/841/2020, de 9 de septiembre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón –que prevé una serie de medidas sanitarias destinadas a limitar el número de personas en reuniones públicas y privadas, así como establece su marco jurídico de aplicación– ostenta contenido normativo y es por ello un reglamento (FD 4º). También la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 7 de julio de 2021 de la Junta de Andalucía que procede al

de distinción– la mayoría de estas actuaciones se configuraron como verdaderos reglamentos[1554].

Para su diferenciación baste –*grosso modo*– la reflexión de BAÑO LEÓN: una medida consistente únicamente en un cierre perimetral de un municipio difícilmente puede calificarse como reglamento, sino que se trata de un acto administrativo general. Ahora bien –subraya–, la regulación de los supuestos que justifican la salida de los ciudadanos de un municipio –anudada a ese cierre perimetral– sí tendría contenido normativo, y por ello «constituye un reglamento de necesidad que regula transitoriamente excepciones a la orden prohibitiva»[1555].

C).- PROVISIONALIDAD Y TESIS ORDINAMENTALISTA: VOCACIÓN DE PERMANENCIA Y REGLAMENTOS DE NECESIDAD

Los reglamentos de necesidad establecen un marco jurídico excepcional aplicable durante un lapso temporal limitado, al dictarse con carácter coyuntural. Esta singularidad ha hecho que algún autor –como PARADA VÁZQUEZ– haya subrayado la dificultad de conciliar los reglamentos de necesidad con la tesis ordinamentalista. Y es que el hecho de que «caducan por sí mismas sin quedar injertadas en el ordenamiento tras la situación de emergencia, hace que las medidas que se contienen en los

confinamiento de un municipio entero (Peal de Becerro) se entendió como una «medida reglamentaria» por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de 9 de septiembre de 2021, aunque en este punto guarda silencio la STS 1079/2021, de 21 de julio, FD 5º, D), que termina por ratificarla y anular el precitado Auto. Reconociendo explícitamente la naturaleza reglamentaria de este tipo de actuaciones sanitarias, *vid*., también, entre otras, las SSTSJ de Cataluña 1092/2022, de 25 de marzo, FD 5º; 2319/2022, de 16 de junio, FD 3º, 2445/2022, de 22 de junio, FD 3º; y, en fin, 2452/2022, de 22 de junio, FD 3º.

[1554] En este sentido, IZQUIERDO CARRASCO, «COVID-19, policía administrativa y modulación del principio de legalidad (*cit.*)», págs. 16-17, recuerda que «a pesar de todas las incertidumbres, después de dos años, la balanza debería inclinarse por su calificación normativa. Su abstracción y generalidad; su prolongación en el tiempo (…) el hecho de que regulen las medidas que se pueden aplicar por niveles de riesgo y remitan a un momento posterior y a otras autoridades la concreción de esos niveles e incluso las medidas que deban aplicarse de las previstas; que normas con rango legal de carácter sancionador y eficacia transitoria hayan incorporado el contenido expreso y material de estas medidas vía tipificación de infracciones (…) o el hecho de que medidas similares (por ej., el uso de mascarillas y otras) hayan sido incorporadas al texto de leyes o decretos leyes (…) son elementos que abonan esa calificación», indicando que este tipo de disposición «podría encuadrarse en la figura, teorizada por Lorenz von Stein, de los reglamentos de necesidad» (nota 38). Posteriormente, también GARCÍA MAJADO, P., «Libertad de circulación de las personas, Leyes de policía sanitaria y COVID-19», en *Revista de Derecho Político*, núm. 113, enero-abril 2022, págs. 144-145; o, en fin, AGUDO GONZÁLEZ, J., «Las funciones de los órganos judiciales a debate. Cuando circunstancias extraordinarias –la pandemia de la covid-19– amenazan lo permanente –la separación de poderes–», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.126, septiembre-diciembre 2022, pág. 53, nota 3, indica que «la gran mayoría de las medidas aprobadas en el contexto de la pandemia de la covid-19 debían ser calificadas como disposiciones con naturaleza normativa».

[1555] BAÑO LEÓN, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria (*cit.*)», pág. 18.

reglamentos de necesidad se asemejen más a los actos generales que a los verdaderos reglamentos»[1556].

En efecto, la vocación de permanencia de los reglamentos de necesidad es relativa, en tanto en cuanto su innovación en el ordenamiento jurídico está sujeta a un plazo temporal. Plazo que puede estar predeterminado previamente en el propio reglamento de necesidad o, alternativamente, no estarlo, pero que, en ningún caso, podrá mantenerse inserto en el sistema jurídico más allá del tiempo estrictamente necesario para superar la situación para la que fue dictado. En otras palabras: su permanencia en el ordenamiento es muy limitada, quedando supeditados al presupuesto fáctico que les dio vida. La innovación normativa que realizan no tiene pues, un carácter absoluto, claudicando en su eficacia junto con la desaparición del presupuesto habilitante y sin ser precisa siquiera una derogación expresa[1557].

Esta posición puede también extraerse de la jurisprudencia, que, efectivamente, configura los reglamentos de necesidad como genuinas normas[1558]. De hecho, alguna sentencia –como la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 1998– es todavía más clara, indicando que «es bien cierto que los reglamentos independientes ordenan la conducta de sus destinatarios cuando las leyes no lo hacen en una determinada materia. En este caso, su finalidad no es desarrollar normas legislativas, sino innovar en el ordenamiento jurídico, lo que es inadmisible en términos constitucionales, con excepción del llamado reglamento de necesidad, que no responde a la finalidad ni contenido del reglamento que es objeto de impugnación en este proceso». Más recientemente, la STSJ de Navarra 369/2021, de 15 de diciembre, FD 5º, indica que «su contenido no es algo meramente ordenado sino que innova el ordenamiento jurídico estableciendo una regulación jurídica, aún temporal, para atender a distintas situaciones

[1556] PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, pág. 76.

[1557] En este sentido, también, MARINA JALVO, *op. cit.*, pág. 136, recuerda que los reglamentos de necesidad del artículo 58 TRLA suponen «una innovación del ordenamiento jurídico, aunque sea con carácter temporal». *Vid.*, también, ARAGUÀS GALCERÀ, «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad (*cit.*)», págs. 7 y ss.

[1558] Este análisis jurisprudencial puede verse en el capítulo segundo de la segunda parte de este trabajo, punto III.2, al enumerar los tres tipos existentes (ejecutivos, independientes y de necesidad), al excluir de la exigencia de dictamen de Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos de necesidad, y, en fin, al delimitar los distintos reglamentos de necesidad dictados con fundamento en diversas cláusulas generales.

ante una situación sanitaria de emergencia y necesidad que justifica su adopción (…) Estamos ante un denominado Reglamento de necesidad (…)»[1559].

Es esta temporalidad en la excepción la que permite al reglamento de necesidad desplegar efectos que van más allá de los que comúnmente podría implicar una disposición administrativa ordinaria, hasta el punto de poder incidir –coyunturalmente– sobre materias reservadas a la Ley o sobre derechos fundamentales. Este carácter extraordinario está supeditado, no obstante, al cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad: cuanto más potentes sean sus medidas, menor habrá de ser su inserción en el ordenamiento. En aquellos supuestos en los que se pretenda crear un estatuto jurídico más mantenido en el tiempo se precisará, como es del todo evidente, recurrir a otros instrumentos de nuestro sistema jurídico[1560].

En definitiva, podemos afirmar que el reglamento de necesidad aparece como una norma *sui generis*. Un tipo de reglamento modulado al contexto excepcional habilitante, poseyendo por ello una limitada eficacia innovativa en el ordenamiento jurídico; cuestión que –sin embargo– no es óbice para que pueda configurarse como una genuina norma reglamentaria.

2.- NATURALEZA: LA DISTINCIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD RESPECTO DE FIGURAS AFINES

Parte de la literatura jurídica española –heredera de una larga tradición– ha utilizado la expresión de «reglamento de necesidad» como un cajón de sastre en el que incluir todo tipo de actuaciones administrativas expedidas en contextos de crisis. La realidad es que –más allá de tener en común que, en muchos casos, son «reglamentos» y se dictan ante situaciones de «necesidad»– todos estos instrumentos poco tienen que ver entre sí, ostentando éstos un régimen jurídico propio, en los que rige una normativa distinta en cada caso.

La extremada laxitud con la que se ha utilizado la expresión de «reglamento de necesidad» por la literatura jurídica (reglamento de necesidad *lato sensu*) nos obliga a

[1559] Criterio reiterado en la STSJ de Navarra 392/2021, de 21 de diciembre, FD 5º, así como –en idénticos términos– en las SSTSJ de Cataluña 1092/2022, de 25 de marzo, FD 5º, 2319/2022, de 16 de junio, FD 3º, 2445/2022, de 22 de junio, FD 3º; 2452/2022, de 22 de junio, FD 3º; y, en fin, 2690/2022, de 7 de julio, FD 5º.

[1560] Sobre la temporalidad como límite al reglamento de necesidad, *vid*., el punto IV.2.C) del presente capítulo.

exponer sus diferencias a la luz de las demás figuras de similar carácter, con la finalidad de perfilarla y terminar de configurarla como institución propia (reglamento de necesidad *stricto sensu*)[1561].

A).- DECRETOS LEYES

A lo largo de esta obra se ha podido advertir la tortuosa relación entre los reglamentos de necesidad y los Decretos leyes. Las diferencias entre ambas figuras se pueden ver claramente en los tratadistas de principios del siglo XX que recogen la figura en nuestro país, pasando a equipararse durante la época de la Segunda República y buena parte del franquismo para, en fin, terminar por desgajarse definitivamente desde los años setenta, en un proceso que culmina tras la Constitución de 1978[1562].

A principios de los años ochenta algunos autores se replantearon la relación entre estas dos instituciones con motivo del reconocimiento de poderes normativos a las Comunidades Autónomas ante situaciones excepcionales. En efecto, se discutió si los Gobiernos autonómicos debían estar facultados para dictar Decretos leyes o si, en su caso, tal potestad podía ser sustituida por la de emitir reglamentos de necesidad[1563]. Ya

[1561] En Italia, las ordenanzas de necesidad –tras un complejo proceso de confusión con otras categorías de muy variada índole– terminaron por consolidarse como el producto del poder de ordenanza (*potere di ordinanza*), esto es, de las cláusulas generales previstas en distintas Leyes. A estos efectos, la doctrina italiana suele distinguir la figura de otras similares, en términos análogos a como se va a proceder en las siguientes páginas. Se ha obviado su distinción con los actos políticos, habida cuenta de que –en nuestro Derecho– la distinción es más que evidente, ya sólo por el carácter normativo de los reglamentos de necesidad. No obstante, BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit.*)», pág. 2160, ha querido remarcar esta distinción –recordando el preconstitucional *Tratado* de GARCÍA-TREVIJANO– al indicar que: «[e]l reglamento de necesidad no es un acto político (GARCÍA-TREVIJANO), dado que su razón de ser no es la discrecionalidad, sino la existencia de una situación de necesidad que racionalmente no es combatible con la aplicación de los instrumentos legales ordinarios». Sobre la distinción entre estas dos figuras, *vid*. *supra*, el capítulo cuarto, punto III.3.A) de la primera parte de este trabajo, las reflexiones de literatura jurídica italiana en la materia.

[1562] Esto explica también que los orígenes del Decreto ley actual estén conectados con las ordenanzas o reglamentos de necesidad entendidos en su configuración y terminología tradicional. Así, recuerda CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (*cit.*), pág. 54, que el Decreto ley se encaja en nuestro texto constitucional como «un instituto de tanta raigambre en el derecho de excepción cual es la 'legislación de urgencia' (*ordonnances de nécessité*, *Notverordnungen*)».

[1563] En este último sentido parece pronunciarse MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pág. 439 –posición reiterada en la segunda edición de la obra, de 2007, pág. 537– destacando que habría de considerarse «si la simple aprobación de reglamentos de necesidad por los ejecutivos autónomos resuelve suficientemente la regulación urgente de algunas situaciones». En contra, LASAGABASTER HERRARTE, I., «Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el ámbito autonómico», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 2, 1982, págs. 97 y ss., que entiende que las Comunidades Autónomas deben poder dictar Decretos leyes, porque los «reglamentos u ordenanzas de necesidad (...) se refieren a situaciones independientes de aquéllas que pueden dar lugar a la emanación de Decretos leyes». Un resumen de esta problemática –con cita a otras posiciones doctrinales– puede encontrarse en SEVILLA MERINO, T., «El Decreto Ley en el nuevo Estatuto de Autonomía: Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 20, 2008, pág. 379 y ss. En cualquier caso, esta

en nuestro siglo, la relación entre ambas categorías se volvió a poner de manifiesto con objeto de encontrar una alternativa reglamentaria al abuso del Decreto ley[1564], o también –recientemente– se ha llegado a subrayar como la generalización de esta última figura en las Comunidades Autónomas ha reducido el ámbito de aplicación de los reglamentos de necesidad[1565].

Sea como sea, en la actualidad –y salvo alguna excepción muy residual[1566]– los reglamentos de necesidad aparecen hoy total y completamente desligados de los Decretos leyes en nuestro Derecho[1567]. Esto se hace evidente con una somera mirada a nuestra doctrina académica y jurisprudencial, de la que se extraen claras diferencias.

En primer lugar, es claro que estamos ante normas de naturaleza diferenciada: mientras los Decretos leyes aparecen como normas con genuina fuerza o rango de Ley, con capacidad de derogar otras normas de idéntico rango, los reglamentos de necesidad siguen manteniendo su carácter de disposición administrativa; carácter que, no obstante, no es óbice para que –gracias a su fundamento en una cláusula general– puedan regular provisionalmente ámbitos reservados a la normativa de rango legal. Así las cosas, el Decreto ley puede entrar a regular cuestiones relativas tanto al plano legal como al propio reglamentario[1568], y, además, dado su rango, sólo pueden ser controlados por el

discusión ha de entenderse superada, al reconocer la propia LPAC, en su artículo 127, la potestad autonómica de dictar Decretos leyes.

[1564] NÚÑEZ LOZANO, M.ª C, «El Decreto Ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, septiembre-diciembre 2003, págs. 337 y ss., especialmente 355 y ss., defendiendo que los reglamentos de necesidad no podrían utilizarse como sustitutos genéricos del Decreto ley, puesto que esta figura pretende «dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, parafraseando ahora al Tribunal Constitucional, no de atender a situaciones graves y anómalas, como presupone el reglamento de necesidad». Sigue esta posición SEVILLA MERINO, «El Decreto Ley en el nuevo Estatuto de Autonomía: Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril (*cit.*)», pág. 381.

[1565] REBOLLO PUIG, «Lección 8: la potestad reglamentaria (*cit.*)», pág. 241, subraya que «con la admisión de los Decretos-ley tanto estatales como autonómicos, queda muy reducido margen a estos reglamentos de necesidad».

[1566] GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 281 y ss., que indica que «la doctrina ha advertido cómo estas últimas ordenanzas de necesidad no pertenecen a la teoría de la potestad reglamentaria, sino que debe ser estudiadas al encararse con la posibilidad de los decretos-leyes». Ya hemos explicado que esta referencia hace alusión a la doctrina de los años sesenta y que, desde la década posterior, ha de entenderse superada. No obstante, *vid*., la voz «Reglamento de necesidad», en *Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pág. 963, en cuanto indica que los reglamentos de necesidad «no tienen cabida en el Derecho español vigente: las funciones que pudieran corresponder a estos reglamentos son cubiertas por el Decreto-ley, previsto en el art. 86 de la Constitución».

[1567] Ello no es así en algunos países de tradición germánica y en algunos hispanoamericanos, como ha podido verse en el punto IV.1 del capítulo segundo de la primera parte de esta obra.

[1568] En su momento se discutió si el Decreto ley podía entrar a regular ámbitos no reservados a la Ley –entrando, por tanto, en territorio reglamentario–, cuestión que ha terminado por ser admitida por el Tribunal Constitucional desde su STC 60/1986. Un resumen de la cuestión puede verse en NÚÑEZ

Tribunal Constitucional[1569], en contraposición a lo que acaece con la figura que nos ocupa. En conexión con lo anterior, el reglamento de necesidad no desarrolla efectos legales, sino meramente reglamentarios. La posibilidad de actuar –coyunturalmente– en el ámbito de las Leyes y por habilitación de éstas no implica una eficacia suprareglamentaria o legal en ningún caso, sino únicamente un modo de actuar de carácter excepcional y sujeto a unos parámetros temporales y legales muy concretos y determinados. Esto implica –claro está– que mientras los Decretos leyes pueden modificar o derogar normas con rango de Ley, no puede decirse lo mismo respecto de los reglamentos de necesidad[1570].

En segundo punto, desde una perspectiva competencial, aunque en ambos casos estamos ante potestades excepcionales, el Decreto ley se encaja «dentro del marco parlamentario», siendo emanación conjunta entre el Ejecutivo y el Parlamento (STC 111/83, FJ 4), en tanto en cuanto «supone la sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa» (STC 182/1997, FJ 3). Y ello a diferencia del reglamento de necesidad, que se dicta por los órganos gubernativos competentes sobre la base de una autorización general dada por una Ley; órganos que, como se sabe, no se limitan al Gobierno de la Nación o a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, sino que llegan incluso –como en el caso del Alcalde– a algunos de carácter unipersonal.

Por otro lado, el objeto de estas dos figuras es diferente. Como hemos visto, se ha dicho que mientras que los reglamentos de necesidad buscan atender a situaciones graves y anómalas, los Decretos leyes pretenden dar respuesta a «perspectivas cambiantes de la vida actual», en palabras de nuestro propio Tribunal Constitucional

LOZANO, «El Decreto Ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad (*cit.*)», págs. 338 y ss., quien además hace un resumen de la problemática.

[1569] Así pues, y paradójicamente, la utilización de un reglamento de necesidad por parte de los poderes públicos termina por ser más garantista para el ciudadano que el uso del Decreto ley, al menos en lo relativo a los modos y parámetros de fiscalización en torno a ambos instrumentos. Es cierto que, como señala NÚÑEZ LOZANO, *op. cit.*, pág. 348, «la intervención a posteriori del Congreso otorgaría mayor legitimidad democrática, si cabe, al decreto ley que al reglamento». Pero ello poco importa al ciudadano de a pie. Lo que éste busca es poder impugnar una norma que le afecte y, esto es claro, las vías para lograr la fiscalización efectiva de un reglamento son infinitamente más sencillas que las existentes para el Decreto ley. También son más amplios los parámetros de control en el primero respecto del segundo.

[1570] MARINA JALVO, *op. cit.*, pág. 118, defiende esta posición recordando que «en algunos estados de necesidad hídrica, cuando ha sido preciso adoptar medidas que incluían la modificación de disposiciones con rango de ley, se han adoptado las medidas oportunas mediante Real Decreto-Ley» y no a través de la cláusula general presente en el artículo 58 TRLA.

(STC 6/1983, FJ 5). Esto se manifiesta también en lo diferenciado de su presupuesto habilitante: el artículo 86 CE ha sido interpretado de forma laxa por el Alto Tribunal –que, incluso, lo ha llegado a calificar de «flexible» (STC 6/1983, FJ 3)– y ello en contraposición a la rigidez que proclaman los reglamentos de necesidad para ser dictados –*v.gr*., las cláusulas habilitantes de los artículos 21.1.m) LRBRL, 3 LOMESP, etc.–, como ha podido verse a raíz de la COVID-19, contexto en el que muchos de estos reglamentos no fueron convalidados o ratificados por los órganos judiciales competentes.

Aún más: la jurisprudencia ha llegado incluso a subrayar que el Decreto ley no se erige como instrumento para «ordenar situaciones –intervenir en acontecimientos– de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional» (STC 111/1983, FJ 6)[1571]; función que, en nuestro Derecho, parece corresponder, en efecto, a la figura del reglamento de necesidad, dado que –con la salvedad de los estados excepcionales, de distinto cariz– no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna otra figura dirigida a cumplir tal cometido[1572].

De lo expuesto, puede afirmarse que, aunque las figuras del reglamento de necesidad y del Decreto ley se encuentran ya plenamente diferenciadas, se podría entender que existen duplicaciones o solapamientos respecto de su ámbito de aplicación, dada la teórica función excepcional del segundo.

Ahora bien, creo que no hay lugar a esta discusión. El Decreto ley ha perdido su aroma originario de institución de Derecho de necesidad, siendo meramente un complemento de éste[1573]. Y es que esta figura se erige «como instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman

[1571] En sentido similar, la STC 60/1986, FJ 3, ha destacado que el supuesto de hecho del Decreto ley «no hace referencia a necesidades extremadas o absolutas de la vida colectiva, sino más bien a aquellas necesidades relativas que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental» y que el uso de este instrumento «no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos» (STC 6/1983, FJ 5).

[1572] Esto explica también las diferencias procedimentales, existiendo unas reglas formales mínimas respecto de los Decretos leyes en las Leyes –LG, LPAC–, no así en relación con los reglamentos de necesidad, donde rige únicamente lo dispuesto en su cláusula general. *Vid*., al efecto, los puntos I.1.A) y IV.2.A) del presente capítulo.

[1573] CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado (*cit*.)», pág. 712, ya subrayó, que la exclusión de las diferentes materias a las que se refiere el artículo 86 de la Constitución «elimina al decreto-ley de entre los posibles instrumentos de protección extraordinaria del Estado». En este sentido, *vid*., ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional* (*cit*.), siendo interesantes sus reflexiones relativas a reconfigurar la institución en las págs. 173 y ss.

una acción legislativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes» (de nuevo, STC 111/1983, FJ 6). Es decir, que su carácter no es genuinamente excepcional; sino de normativa de urgencia, de ahí que su fundamento constitucional (artículo 86 de la Carta Magna) sea distinto también del relativo al Derecho de excepción (artículo 116 del texto constitucional y concordantes) y del Derecho ordinario de crisis (fundamentalmente, artículo 30.4 de la Constitución)[1574]. Ello ha podido verse recientemente con motivo de la COVID-19: los reglamentos de necesidad –emitidos por las autoridades de las Comunidades Autónomas– se dictaron para confrontar directamente la pandemia, relegándose los Decretos leyes a una situación meramente instrumental al circunscribirse su aplicación a la situación económica, social y laboral derivada de la anterior (ERTEs, ayudas públicas, etc.)[1575].

En definitiva, la Constitución Española recogió la figura del Decreto ley como institución de urgencia, si bien el desarrollo jurisprudencial de esta figura ha terminado por convertirlo en un instrumento de política legislativa, que termina por dictarse –en la mayoría de los casos– en supuestos en los que se pretende crear una regulación más o menos estable, que por motivos diversos no pueda ser establecida por las Cortes y de acuerdo con el presupuesto habilitante del artículo 86 de la norma fundamental. Los reglamentos de necesidad, por su parte, habrán de ser emitidos ante situaciones excepcionales de distinto cariz, con el objeto de actuar rápidamente y, por ello, gozando de una eficacia claudicante en el tiempo.

B).- DECLARACIONES Y PRÓRROGAS DE ESTADOS EXCEPCIONALES

Los Decretos gubernamentales que activan los distintos estados excepcionales han sido vistos –tradicionalmente y en muchos casos– como reglamentos de necesidad, especialmente en su configuración histórica, precisamente como consecuencia de la similitud existente entre ambas figuras. Y es que estamos ante actuaciones del Ejecutivo –normalmente, incoadas o expedidas por su máximo órgano– que establecen el marco

[1574] Ya hemos visto que esta distinción ha sido sostenida por la doctrina, así SALAS HERNÁNDEZ, «Los Decretos-leyes en la Constitución de 1978 (*cit*.», pág. 1816, y, también, LASAGABASTER HERRARTE, «Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el ámbito autonómico (*cit*.)», págs. 97 y ss.

[1575] Sobre el tema, *vid*., HUERGO LORA, A., «Fuentes del Derecho», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021, págs. 175-189.

de Derecho de necesidad que regirá durante el tiempo que dure la situación excepcional. Esto explica que algún autor alemán a comienzos del siglo XX los catalogase como «reglamentos de necesidad especiales» –habida cuenta su función y ámbito de aplicación más limitado–, así como que en Italia se concibiesen también dentro de las ordenanzas de necesidad en un primer momento[1576]. España no iba a ser una excepción.

En efecto, algunos autores de principios del pasado siglo catalogaron estas declaraciones bajo la rúbrica de los «reglamentos de necesidad» (correspondiendo el origen de la confusión, muy probablemente, a FERNÁNDEZ DE VELASCO[1577]). Sin embargo, la normativa española de orden público cambiaría, exigiendo –desde la Ley de 1959– un Decreto ley para la activación de los estados excepcionales (estado de excepción; estado de guerra). De esta forma quedaban deslindados el reglamento de necesidad, el Decreto ley y, en fin, la declaración de los estados excepcionales.

Ahora bien, con la llegada de la Constitución de 1978 y de la LOAES, se elimina la exigencia del Decreto ley para declarar tales estados (alarma, excepción y sitio). Esto explica que la categoría de «reglamento de necesidad» vuelva a recogerse por la literatura jurídica para hacer referencia a estas declaraciones. En este punto, hemos de distinguir dos situaciones diferenciadas: los estados de excepción y de sitio, por un lado, y el estado de alarma, por otro.

En el supuesto de las declaraciones y prórrogas de los estados de excepción y de sitio se mantiene la exigencia de la «doble Ley», esto es, la necesidad de preverse el presupuesto habilitante en una Ley –en este caso la LOAES– y, posteriormente, una ulterior intervención del Congreso que autorice para declarar el estado excepcional (supuesto del estado de excepción, *ex* artículo 116.3 del texto constitucional) o, directamente, a declararlo por sí mismo (el caso del estado de sitio, *ex* artículo 116.4 de la Constitución). La participación parlamentaria en la declaración –y prórroga– de estos dos estados excepcionales fue vista por el ATC 7/2012, FJ 4, como bastante para dotar a tales actuaciones jurídicas de «rango de Ley» y, *por ende*, eximirles de todo control jurisdiccional ordinario, adjudicando, en congruencia, su control al Tribunal

[1576] Me refiero a HANSEL en Alemania y a Santi ROMANO en Italia, como ha podido advertirse en los capítulos segundo y cuarto de la primera parte de esta obra.
[1577] FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración* (*cit.*), Tomo I, 1 ª ed., pág. 246. Recuérdese que esta primera edición data de 1920.

Constitucional en régimen de monopolio. En este contexto es difícil hablar de «reglamentos» en el sentido tradicional y, por lo tanto, de «reglamentos de necesidad».

La situación es distinta en el caso del estado de alarma. El artículo 116.2 CE indica, meramente, que: «El estado de alarma será declarado por el Gobierno *mediante decreto acordado en Consejo de Ministros* por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración». Es decir, que bajo este estado excepcional el Congreso ejerce una función secundaria. Todavía puede distinguirse aquí, siguiendo a CRUZ VILLALÓN, una situación de «estado de alarma gubernamental», que se correspondería con la activación del estado excepcional por parte del Gobierno y sin intervención alguna del Congreso durante 15 días, y un «estado de alarma parlamentario», esto es, cuando la Cámara interviene para autorizar la prórroga del anterior[1578]. El hecho de que en el estado de alarma no exista una intervención congresual tan palmaria como en los otros dos estados excepcionales explica por qué el Tribunal Constitucional en su ATC 7/2012 no se atrevió a adjudicar rango legal a esta declaración en un primer momento. Y explica también la enorme discusión sobre la naturaleza jurídica de estas disposiciones[1579].

En lo que a nosotros interesa, algunos autores catalogaron los Decretos que declaran el estado de alarma como genuinos «reglamentos de necesidad», así CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT[1580], BAÑO LEÓN[1581] o RODRÍGUEZ-ARANA[1582]. Yo mismo llegué a defender esta posición –en mis primeros acercamientos

[1578] CRUZ VILLALÓN, «El nuevo derecho de excepción (*cit*.)», pág. 105, y, posteriormente, también en *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (*cit*.), págs. 72 y ss. La distinción es comúnmente aceptada en la literatura jurídica.

[1579] Sobre el tema, *vid*. las distintas posiciones doctrinales antes de la STC 83/2016 en mi escrito, VILLAR CRESPO, «Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos que declaran el estado de alarma (*cit*.)», especialmente págs. 11 y ss.; y, también, más recientemente, GARRIDO LÓPEZ, *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución* (*cit*.), págs. 153 y ss.

[1580] RODRÍGUEZ-ARANA, Ley y reglamento en el Derecho Administrativo español (*cit*.)», págs. 1177-1178.

[1581] BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit*.)», pág. 2158.

[1582] CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT, «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución (*cit*.)», págs. 198 y 199, en cuanto indican que «[l]a Constitución contempla también los reglamentos u ordenanzas de necesidad, siendo de destacar que remite a una ley orgánica la determinación de los efectos que puede producir *el relativo a la declaración del estado de alarma*, en orden a la suspensión de los derechos individuales» (la cursiva es mía). En otros autores no queda especialmente claro si la expresión de «reglamento de necesidad» la utilizan para aludir a estos Decretos declarativos o, en fin, a sus normas de ejecución, siendo el caso de PARADA VÁZQUEZ, *op*. *cit*., Tomo I,

a la figura que ocupa esta obra– si bien la finalidad de mi escrito no era otra que defender la naturaleza reglamentaria de tales disposiciones y, en congruencia, la necesidad de que fuesen los órganos jurisdiccionales ordinarios los encargados de fiscalizarlas[1583].

La STC 83/2016, en su FJ 10, intentó poner punto final a la discusión respecto de la naturaleza jurídica de estos Decretos al adjudicarles «rango de ley» [doctrina reiterada por la STC 148/2021, FJ 2 b) y la STC 183/2021, FJ 2 A)], bajo el razonamiento de que la «legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que puede resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar». La resolución en su momento no granjeó demasiados reproches doctrinales. No obstante, con carácter reciente el debate se ha reabierto con motivo de la COVID-19 y ciertos autores se han adherido a algunas de las críticas que planteé en su momento[1584], al tiempo que el Tribunal Supremo ha querido dulcificar los efectos nocivos de esta configuración[1585] que tantos problemas generan a nivel procesal y de garantías de los administrados.

---

págs. 76, cuando indica que «[d]estacan los previstos para los estados de alarma, excepción y sitio, desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (supuestos previstos en el art. 116 CE)».

[1583] VILLAR CRESPO, «Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos que declaran el estado de alarma (*cit.*)», especialmente págs. 22 y ss. He reiterado estas críticas en trabajos posteriores. En este mismo sentido, CHINCHILLA MARÍN, «El control judicial de las medidas sanitarias… (*cit.*)», pág. 267, quien –además– sigue adjetivando a estos Decretos como «reglamentos de necesidad».

[1584] Sigo entendiendo que –a diferencia de lo que acaece en el estado de alarma «parlamentario»– estamos ante genuinas disposiciones administrativas de rango inferior a la Ley, dado que en el estado de alarma «gubernamental» no se produce intervención alguna por parte de las Cámaras, obviando la anecdótica comunicación al Congreso (artículo 8.2 LOAES). Sobre el tema, *vid*., LAFUENTE BALLE, J. M.ª, «El decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad (un cambio de criterio)», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021, págs. 366 y ss.; y, en fin, –aunque especialmente centrado en el recurso de amparo– TENORIO SÁNCHEZ, P., «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 25 (1), 2021, págs. 195 y ss. *Vid*., también, GARRIDO LÓPEZ, C., «El problema de la justiciabilidad de los Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, en donde –sin criticar el rango legal de estos Decretos– realiza un resumen de la problemática.

[1585] Aunque el Tribunal Supremo ha recogido la tesis de los Decretos declaratorios –y sus prórrogas– como normas o actos con rango de Ley, lo cierto es que los Autos 2478/2020, de 4 de mayo, y 2508/2020, de 12 de mayo, hacen una serie de precisiones que amortiguan la doctrina vertida por la STC 83/2016. El Tribunal Supremo entiende que podrá ser competente para su control –habida cuenta de la naturaleza reglamentaria de estos Decretos– en aquellos casos en los que la comunicación o dación de

En todo caso, puede afirmarse que los Decretos que declaran el estado de alarma tienen un régimen jurídico y una configuración diferenciada respecto de cualquier otro tipo de reglamento. Estas diferencias no sólo se refieren a su naturaleza legal y a sus requisitos formales –indicados en el artículo 116 de la Constitución– sino también respecto de sus actuaciones: están supeditados a lo dispuesto en la LOAES, tanto en lo que respecta a las medidas a dictar (artículos 11 y 12), como en lo relativo a sus efectos –dado que, en teoría, sólo bajo el estado de alarma cabe dictar «medidas generales» de carácter no puntual– y, en fin, respecto de las autoridades que pueden ejercer o ejecutar estas medidas.

Como puede apreciarse, el régimen jurídico de estos reglamentos es radicalmente distinto al de los reglamentos de necesidad que nos ocupan. En primer término, por la diferencia de rango (legal en un caso, reglamentario en otro). En segundo punto, porque la declaración de estos estados –hemos visto– implica el desplazamiento de la legalidad vigente, cosa que no acaece con el acervo normativo que integra el Derecho ordinario de necesidad[1586] y, *por ende*, tampoco los reglamentos de necesidad *stricto sensu*. Y, por último, porque mientras estas declaraciones de estados excepcionales están supeditadas a la propia LOAES, en el caso de los reglamentos de necesidad que nos ocupan, éstos quedan únicamente vinculados a su cláusula general habilitante, así como a las previsiones constitucionales y, en su caso, al acervo europeo que le sea aplicable[1587].

En definitiva, las declaraciones de estados excepcionales se erigen –en la mayoría de los casos– en genuinos reglamentos, cuyo rango y régimen jurídico es marcadamente excepcional. Reglamentos que, por dictarse bajo una situación extraordinaria, son, en efecto, «de necesidad» (*lato sensu*). Pero que, en ningún caso,

cuenta al Congreso no se produzca –en el supuesto de la declaración del estado de alarma «gubernamental»– y, también, cuando no se haya producido la autorización congresual –o producida, esta haya sido rechazada– en el supuesto del Decreto de prórroga del estado de alarma «parlamentario». Un resumen sobre el tema puede verse en GARRIDO LÓPEZ, «El problema de la justiciabilidad de los Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma (*cit.*)», págs. 27 y ss.

[1586] En este sentido, ARROYO JIMÉNEZ, «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia (*cit.*)», pág. 276; y, más recientemente, también NOGUEIRA LÓPEZ, «Derecho administrativo *para* la excepción… (*cit.*)», pág. 5.

[1587] El procedimiento de elaboración de los Reales Decretos declaratorios del estado de alarma –o de los demás estados excepcionales y sus prórrogas– se rige por la propia LOAES, aunque no queda claro cuál termine por ser éste. Al efecto, *vid*., el dictamen del Consejo de Estado 615/2020, de 25 de octubre, del que se extrae que no hay constancia de los trámites seguidos en esta elaboración durante la crisis de la COVID-19.

pueden configurarse como «reglamentos de necesidad» en el sentido jurídico-técnico (*stricto sensu*) que ocupa estas páginas.

C).- REGLAMENTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE ESTADOS EXCEPCIONALES

Distintos de las declaraciones –y prórrogas– de los diferentes estados excepcionales encontramos las actuaciones dirigidas a poner en marcha su ejecución o desarrollo. Estas actuaciones poseen, en muchas ocasiones, un marcado cariz normativo, reglamentario.

Esta realidad provocó que, cuando la figura del reglamento de necesidad vuelve a tomar fuerza en la doctrina del último cuarto del siglo XX, diferentes autores decidieran conectarla con tales normas. La tesis ha pervivido hasta hoy día, sirviendo a título ejemplificativo la referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ[1588], SANTAMARÍA PASTOR[1589], EMBID IRUJO[1590], PAREJO ALFONSO[1591], ENTRENA CUESTA[1592] o, también, ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ[1593], existiendo también posiciones intermedias –además de aquellas en las que no queda claro si se refieren a las declaraciones de los estados excepcionales o a las normas dictadas en su seno[1594]– que encajan estas disposiciones como «a caballo» entre los reglamentos

[1588] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 250-251, dando ejemplos de reglamentos de necesidad indica que «[e]ste tipo de medidas, en mayor o menor extensión, procederá en el caso de las situaciones excepcionales previstas en el artículo 116 de la Constitución (estados de alarma, excepción y sitio), hoy reguladas por la Ley Orgánica de 1 de junio de 1981».

[1589] SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General* (*cit.*), Vol. I, pág. 218, tras indicar su conexión con las «cláusulas generales de apoderamiento para situaciones de emergencia», indica que cabe recordar «a este respecto los artículos 8.2 y 34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma y sitio».

[1590] EMBID IRUJO, «Potestad reglamentaria (*cit.*)», págs. 103-104, dejando claro que se refiere a «los poderes del Gobierno *en* los estados de alarma (vid. los arts. 8.2 y 34 de la Ley Orgánica 4/1981 (…)». La cursiva es mía.

[1591] PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 266, da como ejemplo de reglamento de necesidad –y de normas que contienen cláusulas generales– la propia LOAES, dictada en desarrollo del artículo 116 del texto constitucional, aunque sin concretar precepto alguno.

[1592] ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Vol I/1, pág. 129, indica que «este tipo de reglamentos podrán admitirse en los estados de alarma, excepción y sitio» y «podrán aplicarse en tanto en cuanto subsista el estado que determina su promulgación».

[1593] ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., y HERNÁNDEZ DÍEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pág. 83, indican claramente que «el referido Real Decreto de prórroga de la alarma pueda adoptar una serie de medidas para hacer frente a la crisis, que están tipificadas por la LOAES (aunque luego puedan ser completadas por órdenes o por resoluciones ministeriales –esto es, por *reglamentos de necesidad*–)». La cursiva es mía.

[1594] Es el caso –como hemos advertido *supra*– de PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, Tomo I, pág. 76, en cuanto indica que «[d]estacan los previstos para los estados de alarma, excepción y sitio, desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (supuestos previstos en el art. 116 CE)»; precisión que –a estos efectos– resulta un tanto ambigua. En sentido similar, también BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico…* (*cit.*), Vol. I, pág. 128; y, también, aunque en este caso parece algo más claro, FERNÁNDEZ FARRERES,

ejecutivos y los de necesidad[1595]. Sea como sea, la tesis de que estas normas son reglamentos de necesidad ha calado tan hondo que incluso ha llegado a ser esgrimida en algún conflicto ante el Tribunal Supremo motivado, precisamente, por la emisión de disposiciones administrativas en el seno del estado de alarma activado a raíz de la COVID-19[1596].

Como a continuación se verá, esta posición responde –una vez más– al hecho de haberse configurado doctrinalmente el reglamento de necesidad como un verdadero cajón de sastre en el que incluir las más variadas figuras del Derecho de necesidad. Es decir, una noción a la que recurrir para referirse a todo reglamento que presente diferentes especialidades materiales y procedimentales y que, por ello, no sea reconducible a las disposiciones administrativas comunes u ordinarias.

Sin embargo, los reglamentos dictados bajo los diferentes estados excepcionales presentan mimbres propios, dependiendo del estado excepcional al que nos refiramos. Y es que no es lo mismo las normas dictadas en ejecución o desarrollo de un estado de alarma o uno de excepción que las emitidas al amparo de la activación del estado de sitio (los conocidos «bandos»). Vamos a referirnos así a ambos de forma diferenciada.

i).- DISPOSICIONES DICTADAS BAJO LOS ESTADOS DE ALARMA Y EXCEPCIÓN

Los reglamentos dictados al calor de un estado de alarma o de excepción poseen un carácter singular, cuyos caracteres explican que se les haya relacionado con la figura que aquí nos ocupa. La primera de las similitudes es evidente: todos ellos se dictan ante situaciones de necesidad, por lo que puede decirse que son reglamentos de necesidad *lato sensu*.

Sistema de Derecho Administrativo (*cit.*), Vol. I, pág. 428, en cuanto alude –respecto de los reglamentos de necesidad– que así sucederá «cuando *medie* la declaración de alguno de los estados a los que se refiere el artículo 116 CE (alarma, excepción y sitio)» (la cursiva es mía).

[1595] ALZAGA VILLAAMIL y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978* (*cit.*), Tomo I, pág. 531, siendo contundentes –tras hacer referencia al artículo 8.2 LOAES– al afirmar que «nuestra ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio habilita legalmente al gobierno a dictar reglamentos, que consecuentemente se encuentran a caballo entre el tradicional reglamento de necesidad y el reglamento ejecutivo».

[1596] *Vid.* STS 1244/2021, de 19 de octubre. La resolución se pronuncia sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden SND/413/2020, de 15 de mayo, por el que se establecen medidas especiales para la inspección técnica de vehículos –dictada en ejecución del RD 463/2020, que declaró el primer estado de alarma– anulando su apartado segundo que reducía los plazos de validez de los certificados de la ITV. La Asociación Española de Entidades Colaboradores de la Administración en la Inspección Técnica de Vehículos esgrime que esta orden «en su condición de reglamento de necesidad, puede desplazar durante su vigencia la normativa ordinariamente aplicable a las ITV» (FD 3º). El Tribunal Supremo no entra a pronunciarse sobre esta cuestión.

Además, todos ellos –en consecuencia– pueden flexibilizar la exigencia de los diferentes trámites procedimentales, con el objeto de desplegar su eficacia cuanto antes dada la situación apremiante a la que tratan de hacer frente, como han puesto de manifiesto las Órdenes Ministeriales dictadas a raíz de la declaración del estado de alarma para combatir el coronavirus, aunque –como ha podido apreciarse– la flexibilización en el cumplimiento de los trámites es distinta en cada caso. Por último, su similitud también radica en el hecho de que todas estas disposiciones reglamentarias pueden ser dictadas por autoridades distintas al Gobierno de la Nación –lo que es aplicable tanto al estado de alarma[1597] como al estado de excepción[1598]–, así como por otras autoridades territoriales competentes, aunque respetando en todo caso lo dispuesto en la declaración –y, en su caso, prórroga– del estado excepcional matriz[1599].

Ahora bien, esta especial configuración –y los rasgos indicados rasgos similares a la figura objeto aquí de estudio– no les equipara a los reglamentos de necesidad *stricto sensu*, precisamente por ostentar un régimen jurídico diferenciado[1600]. Lo primero que ha de hacerse notar es que el reglamento de necesidad aparece como el producto normativo de una cláusula general de necesidad. Sin embargo, en el caso de estos

[1597] El Real Decreto 463/2020, que procedió a la declaración del primer estado de alarma motivado por la COVID-19, designaba en su artículo 4.3 como «autoridades delegadas» a una serie de Ministros, como es conocido. Para SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», en BLANQUER CRIADO, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 214 y ss., no es posible delegar estas potestades, dado que el artículo 8.2 LOAES es claro al indicar que: «El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste»; es decir, que sólo pueden dictarse «decretos» por parte del Gobierno, y no Órdenes Ministeriales. Pese a ello –y como es conocido– la STC 148/2021 admitió la constitucionalidad de las precitadas autoridades delegadas.

[1598] Los artículos 13 y siguientes de la LOAES hablan de «autoridad gubernativa» con carácter indeterminado. Al efecto, recuerda CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (*cit.*), pág. 92, que en la Ley de Seguridad Ciudadana se aludía en este punto al Ministro del Interior o a los Delegados del Gobierno.

[1599] Aunque la STC 183/2021, FJ 10, anuló la posibilidad de establecer un estado de alarma «paraguas» en el que las potestades se delegasen *in genere* a las autoridades autonómicas, lo cierto es que tanto éstas –especialmente durante el primer estado de alarma– como los Alcaldes procedieron a dictar actos y normas en ejecución o desarrollo del propio estado excepcional, aunque con el límite de no desbordar lo contenido en ellas.

[1600] En este sentido, *vid*., NOGUEIRA LÓPEZ, «Derecho administrativo *para* la excepción. La respuesta jurídico-pública ordinaria para la sociedad de riesgo (*cit.*)», especialmente págs. 2-4, distinguiendo entre un «Derecho administrativo *para* la excepción», en el que incluye todas las disposiciones de Derecho de necesidad ordinario (medidas estándar y cláusulas generales), y un «Derecho administrativo *en* la excepción», destinado a desarrollar las medidas adoptadas en los estados excepcionales ya activados.

reglamentos dictados con base en un estado excepcional, estamos –más bien– ante el desarrollo o ejecución de éste[1601].

En otras palabras: el reglamento de necesidad sólo está supeditado a la cláusula general –cumplimiento de su presupuesto habilitante y de los demás requisitos que en ella se exijan– y a los principios generales del Derecho aplicables a la actuación administrativa. Por el contrario, los reglamentos dictados en desarrollo o ejecución de un estado excepcional quedan subordinados a la declaración o prórroga del anterior, dado que la decisión gubernamental declaratoria tiene carácter normativo y establece «el concreto estatuto jurídico del estado que se declara» y «la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos» integrando así –junto con la Constitución y la LOAES– «el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado» (STC 83/2016, FJ 10).

Es por ello por lo que la limitación no sólo es material, sino también temporal, habida cuenta de que quedan anudados al contenido y al plazo de la vigencia que se prevea por la declaración o prórroga del estado excepcional en cuestión. Son, en este sentido, prácticamente «reglamentos ejecutivos»[1602] de los estados excepcionales y, por ello, su fundamento constitucional es también distinto (principalmente, artículo 116 de la Constitución), en contraposición a lo que acaece con los reglamentos de necesidad, que por su elevado grado de autonomía –al quedar únicamente supeditados a la cláusula general– se asemejan más a los reglamentos independientes[1603].

Esto implica que los reglamentos dictados en desarrollo o ejecución de un estado excepcional no pueden desbordar lo dispuesto en éste, pues ello implicaría su nulidad, como se extrae de la STS 1244/2021, de 19 de octubre, FD 5º, en cuanto indica que la

[1601] *Vid*, al efecto HUERGO LORA, «Fuentes del Derecho (*cit*.)», págs. 177-178. El autor reflexiona sobre este tipo de normas dictadas con fundamento jurídico en los estados de alarma dictados a raíz de la crisis de la COVID-19.

[1602] Así los configura SANTAMARÍA PASTOR, «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas... (*cit*.)», pág. 220, recordando además el «rango de ley» del Decreto que declara el estado de alarma.

[1603] De ahí que su régimen y requisitos de elaboración se regirá por lo dispuesto en la LOAES y en la propia declaración o prórroga del estado excepcional en sí. En este sentido, el Real Decreto 463/2020, que declaró el primer estado de alarma motivado por la COVID-19, previó que las disposiciones dictadas a su amparo por las autoridades delegadas no precisarían de «la tramitación de procedimiento administrativo alguno»; dinámica que siguió en idéntico sentido la segunda declaración del estado de alarma a nivel nacional, como puede verse del artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020). Sobre el tema, *vid*., SANTAMARÍA PASTOR, «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas... (*cit*.)», págs. 220 y ss.

Orden Ministerial controvertida «no puede ampararse en el Real Decreto 463/2020 [declaratorio del primer estado de alarma] porque nada se dice en él sobre lo que estamos considerando»[1604]. Del mismo modo, una vez desaparece la declaración o prórroga del estado excepcional en cuestión todas estas disposiciones dictadas a su albur decaen también en su eficacia, de conformidad con el principio *accesorium sequitur principale*.

En contraposición a ello, el reglamento de necesidad *stricto sensu* tiene virtualidad propia. Depende exclusivamente del cumplimiento del presupuesto habilitante y del principio de proporcionalidad para seguir desplegando efectos. Mientras aquél subsista, el reglamento de necesidad lo hará con él, siempre que –eso sí– las medidas no hayan devenido desproporcionadas con carácter sobrevenido y como consecuencia de una mejora en la situación catastrófica. En otras palabras: el reglamento de necesidad goza de mayor independencia al depender exclusivamente de la cláusula general, erigiéndose como categoría autónoma.

Hechas estas precisiones, pueden darse todavía situaciones complejas, difíciles de delimitar, en las que se haga uso de una cláusula general en el seno de un estado excepcional.

Y es que, en efecto, el artículo 12.1 LOAES prevé la posibilidad de adoptar –en los supuestos de los apartados a) y b) del artículo 4– «por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales». En este punto, baste destacar el artículo 58 TRLA o el artículo 3 de la LOMESP, que establecen genuinas cláusulas generales de necesidad. La remisión también es aplicable para el caso del estado de excepción, en tanto en cuanto el artículo 28 LOAES indica que: «Cuando la alteración del orden

[1604] *Vid*., también, las SSTS 171/2021, de 10 de febrero, 324/2021, de 9 de marzo, o –con carácter más reciente– 118/2023, de 2 de febrero, FFDD 3º y 4º, que se pronuncian sobre otras Órdenes dictadas con fundamento en el estado de alarma. Ahora bien, se ha de precisar que –pese a lo indicado– ello no significa que no puedan establecerse otras medidas distintas a las previstas en el Decreto declaratorio del estado excepcional, si bien habrán de respetar las exigencias incluidas en la LOAES. En este sentido, la STC 148/2021, FJ 9, ha subrayado que las medidas previstas en estos Reales Decretos «no pueden ser ampliadas ni modificadas sino por el propio Consejo de Ministros, mediante un nuevo decreto del que se diera cuenta inmediata al Congreso de los Diputados (art. 116.2 CE)» puesto que los efectos de la declaración del estado de alarma «han de contenerse en el decreto que lo instaure» no siendo posible establecer una habilitación general para ampliar o modificar estas medidas sin reiterar en otro Decreto de estas características.

público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley».

Sea como sea, no estamos ante una mera hipótesis de laboratorio, sino que efectivamente se produjo con motivo de la declaración de los distintos estados de alarma en el año 2020, habiéndose admitido expresamente esta técnica por nuestro Tribunal Constitucional[1605]. La pregunta entonces es evidente: ¿son reglamentos de necesidad *stricto sensu* las disposiciones administrativas dictadas al amparo de una cláusula general por la remisión que establece el artículo 12 LOAES para el estado de alarma? Y, del mismo modo, ¿puede adjetivarse tal denominación a idénticos reglamentos dictados en el marco de un estado de excepción a través del juego de los artículos 28 y 12 LOAES?

La respuesta no es sencilla. En el Derecho italiano se sigue hablando de «ordenanzas de necesidad» dictadas al albur del «poder de ordenanza» previsto en la cláusula general de la normativa de protección civil una vez declarado el «estado de emergencia» (*stato di emergenza*)[1606]. No obstante, en estos casos estamos ante un estado excepcional legal, sin fundamento constitucional y sin las rigideces y limitaciones que existen en el Derecho español para con los estados de alarma y excepción.

Por ello considero que la aplicación por remisión de una cláusula general en los estados excepcionales no produce un reglamento de necesidad *stricto sensu* pese a que la medida tenga contenido normativo. Seguimos estando ante disposiciones de desarrollo o ejecución de un estado excepcional, que –a diferencia del reglamento de necesidad genuino– quedan supeditadas a lo previsto en los decretos de declaración y

[1605] Al efecto, *vid*. el FJ 5, a) de la STC 148/2021 –reiterado en la STC 183/2021 FJ 4 C)– que dispone que: «la LOAES proporciona cobertura formal para una limitación excepcional de la libertad constitucional de circulación. De una parte, su artículo 11 (…). De otra, el 12.1 admite que en el supuesto previsto en el artículo 4 b) ('crisis sanitarias, tales como epidemias'), 'la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas'; remisión que obliga a considerar, muy especialmente, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, según la cual 'con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible' (artículo 3). Resulta así que los preceptos controvertidos cuentan con un primer y necesario soporte en la LOAES».

[1606] *Vid*. *supra*, el punto IV.2.C) del capítulo cuarto de la primera parte de esta obra.

prórroga de los estados excepcionales en cuestión, tanto materialmente como temporalmente.

Materialmente, porque –como se ha indicado– aunque se aplique una cláusula general («todas las medidas necesarias») ésta quedará supeditada a la ejecución o desarrollo de las medidas indicadas en el propio acto de activación o prórroga del estado excepcional que, a su vez, están subordinados a la LOAES, de tal suerte que no será posible dictar medidas que desborden lo indicado en aquéllos, so pena de nulidad. Y temporalmente, dado que estos reglamentos o disposiciones decaen en su eficacia en el momento en el que cesa la situación excepcional o el mismo estado excepcional matriz, a diferencia de lo que acaece con el reglamento de necesidad *stricto sensu*, sólo supeditado –se insiste– a que se mantenga el cumplimiento del presupuesto habilitante y el principio de proporcionalidad.

Además, los reglamentos dictados al albur de una cláusula general de necesidad bajo el Derecho ordinario y aquellos dictados bajo exactamente la misma cláusula –pero por remisión a través de un estado excepcional– tendrán distinta eficacia. En efecto, bajo el estado de alarma –y, por extensión, bajo el de excepción– cabe dictar medidas generales de carácter estable, sostenidas en el tiempo, de acuerdo con el juego de los artículos 12 y 28 LOAES (dirigidas a un número indeterminado de personas), de conformidad con las SSTC 148/2021 y 183/2021. Sin embargo, estas mismas medidas sólo pueden ser generales con carácter puntual en el caso de que se dicten exclusivamente en una cláusula general de Derecho ordinario de necesidad. En otras palabras, bajo un estado de alarma o de excepción las autoridades competentes pueden utilizar una cláusula general (*v. gr.*, artículo 58 TRLA o artículo 3 LOMESP) por remisión (*ex* artículos 12 y 28 LOAES) para dictar medidas generales de carácter no puntual, pero esas mismas autoridades no pueden dictar estas idénticas medidas generales de carácter no coyuntural (sostenidas en el tiempo) aplicando directamente esa misma cláusula general (de nuevo, artículo 58 TRLA o artículo 3 LOMESP)[1607].

[1607] Es claro al efecto el FJ 8 de la STC 148/2021, que, pronunciándose respecto de la suspensión de la actividad educativa, afirma que «esta genérica remisión del artículo 12.1 LOAES para situaciones de 'crisis sanitarias, tales como epidemias', habilita al decreto declarativo del estado de alarma por dichas circunstancias para incorporar medidas de 'cierre' de instalaciones y 'suspensión' de actividades como las genéricamente previstas en los referidos preceptos de las Leyes 14/1986 y 33/2011, otorgando así respaldo legal al art. 9.1 del Real Decreto respecto a la suspensión de la actividad educativa presencial. Esta conclusión en modo alguno se ve alterada por el hipotético reparo de que tales medidas de suspensión legalmente contempladas habrían de entenderse siempre referidas a sujetos individualizados o

En definitiva, las disposiciones administrativas dictadas al amparo de un estado excepcional «civil» (alarma; excepción) se erigen como reglamentos dictados *ante situaciones de necesidad*, de ahí que presenten también ciertos caracteres propios, modulando las reglas ordinarias del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ningún caso pueden configurarse como reglamentos de necesidad *stricto sensu*, en tanto en cuanto no gozan de autonomía y quedan estrictamente supeditados al estado excepcional matriz, del cual dependen en su totalidad.

ii).- DISPOSICIONES DICTADAS BAJO EL ESTADO DE SITIO

La situación de las normas emitidas en el seno del estado de sitio tiene un carácter más especial, habida cuenta de que estamos –en contraposición a los estados de alarma y de excepción– ante un estado excepcional de corte militar.

La figura por excelencia dictada por las autoridades castrenses tras su activación no es otra que el «bando»[1608]. Su tradicional conexión con las situaciones excepcionales ha llevado a que su naturaleza jurídica haya sido objeto de nutridos debates académicos, llegando incluso a defenderse su capacidad de contrariar el régimen constitucional vigente o, incluso, de instaurar uno nuevo[1609], así como de crear nuevos tipos delictivos en el plano militar, debiendo de ostentar para ello rango legal[1610]. En ambos casos, los bandos militares se conectaron históricamente con la idea de las «ordenanzas de

individualizables, sin alcanzar la condición de medidas de alcance general y con destinatarios indeterminados, como la que aquí se controvierte. Dicha extensión encuentra adecuada justificación en el muy especial contexto de un estado de alarma, que permite la proyección de las medidas consideradas en un 'ámbito territorial' que puede extenderse a 'todo o parte del territorio nacional' (arts. 116.2 CE; 4.2 y 6.2 LOAES) en el que inciden las 'circunstancias extraordinarias' que justifican la declaración de este estado de crisis y, con ello, el posible cambio parcial del estatus de la ciudadanía al que en cada caso se extienda ese estado».

[1608] Sobre la cuestión de los bandos y sus orígenes, *vid*., SERRANO GUIRADO, voz «Bandos (*cit*.)». Téngase en cuenta que puede todavía distinguirse entre bandos civiles (emitidos por los Alcaldes) y militares, siendo estos últimos los que se expiden en situaciones de estado de sitio o conflicto armado.

[1609] De su utilización para lograr un golpe de Estado está plagada nuestra tradición histórica decimonónica (los clásicos «pronunciamientos militares») pero también la de carácter más reciente, como el bando de guerra de 1936 –configurado por VILLAR PALASÍ como genuina «ordenanza de necesidad»– o el del 23 de febrero de 1981. En relación con los pronunciamientos y al bando de guerra, así como su configuración por algunos autores como «ordenanzas de necesidad», *vid*. *supra*, el capítulo primero de esta segunda parte de la presente obra, punto V.3.C).

[1610] Se concebían así como fuente del Derecho Penal: si los bandos podían crear nuevos tipos delictivos debían tener –necesariamente– fuerza o rango de Ley. Sobre el tema, *vid*. OTERO GOYANES, J., «Los bandos de guerra», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 3, enero/junio, 1957, págs. 9-28. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 la discusión se mantuvo, planteándose a partir de entonces si los bandos podían entrar también sobre la nueva reserva de Ley Orgánica en esta materia *ex* artículo 81 de la Constitución. Al efecto, *vid*. CANO PERUCHA, J. L., «Los bandos penales militares», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, Fasc. 2, 1983, págs. 311-326.; o MUÑIZ VEGA, G., «Los bandos militares en el Derecho vigente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 40, Fasc. 1, 1987, pág. 192.

necesidad», aunque desde una perspectiva que ha de entenderse superada al atribuirles tal carácter suprarreglamentario[1611].

Desde otro prisma, los bandos también se relacionaron con los reglamentos u ordenanzas de necesidad *lato sensu* (disposiciones reglamentarias ante situaciones de crisis). Así lo han hecho distintos autores, refiriéndose a estas actuaciones dictadas en el seno de los tradicionales estados de guerra o sitio previstas en nuestras Leyes de Orden Público previas a la aprobación del vigente texto constitucional (FERNÁNDEZ DE VELASCO; PARADA VÁZQUEZ)[1612].

Tras la Constitución Española de 1978 se producirá una reconfiguración de los bandos militares en nuestro ordenamiento como consecuencia de la aprobación de la LOAES de 1981[1613]. Pese a este nuevo enfoque, subsisten todavía algunas voces doctrinales autorizadas –como la de SANTAMARÍA PASTOR[1614] o la de EMBID IRUJO[1615]–

[1611] En esta denominación –y configuración– tal vez tuvo algo que ver las obras de Santi ROMANO. Sobre la catalogación de las distintas ordenanzas de necesidad por el autor italiano, me remito a la exposición realizada *supra*. En nuestro país, le otorgaban la denominación de «ordenanza de necesidad» –y en el sentido advertido– los penalistas RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, «Bandos penales militares», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 3, enero/junio, 1957, pág. 157; o JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 4ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 376. Ya, tras la Constitución de 1978, CANO PERUCHA, «Los bandos penales militares (*cit*.)», pág. 315; MUÑIZ VEGA, «Los bandos militares en el Derecho vigente (*cit*.)», pág. 192. Por su parte, MATEU-ROS Y CEREZO, «Estados de alarma, excepción y sitio (*cit*.)», pág. 185, se refiere a esta configuración tradicional, hablando de «bandos del derecho de excepción clásico», distinguiéndolos después de los actualmente vigentes en nuestro marco constitucional.

[1612] Tal vez tuvo algo que ver la tradicional alusión de nuestras Leyes de Orden Público a «todas las medidas necesarias» (cláusula general) a la hora de referirse a ellos, como puede verse del artículo 48 de la Ley de Orden Público de 1933 o del artículo 40 de la de 1959.

[1613] Norma a la que tendríamos que añadir el Código Penal Militar de 1985, sustituido por uno de nuevo cuño a raíz de la Ley Orgánica 4/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, de la regulación actual se extraen dos contextos en los que cabe dictar bandos militares: el «estado de sitio» y la «situación de conflicto armado» (antes denominada «tiempos de guerra» o «en campaña»), pues el Código Penal Militar vigente contiene referencias a los bandos en su Capítulo V («Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio»). En conexión con esta cuestión, es interesante el debate respecto a si los estados excepcionales agotan las situaciones de excepción y si –en definitiva– el estado de sitio era distinto de la situación de guerra. Sobre el tema, *vid*., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Estado de sitio y tiempos de guerra», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, 1ª ed., Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, págs. 423 y ss., defendiendo la existencia de esos «tiempos de guerra» en nuestro ordenamiento. *Cfr*. con CRUZ VILLALÓN, «El nuevo derecho de excepción (*cit*.)», págs. 101-102, para quien «el estado de sitio constituye el techo máximo de nuestro ordenamiento constitucional», no existiendo entonces fuera de él otras situaciones excepcionales; posición que sigue GARRIDO LÓPEZ, C., «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración», *en Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007, págs. 111-115, y, más recientemente, en *Decisiones excepcionales...* (*cit*.), págs. 127 y ss. Sea como sea, la expresión «tiempos de guerra» fue sustituida por la de «situación de conflicto armado» con el Código Penal Militar de 2015.

[1614] SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General* (*cit*.), Vol. I, pág. 218, estudiando los reglamentos de necesidad alude explícitamente al artículo «34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma y sitio», relativo a los bandos militares en el estado de sitio.

que defienden que estamos ante «reglamentos de necesidad». Es precisamente por ello por lo que debemos analizar esta figura en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a fin de dilucidar si es posible adjudicarle la expresión que nos ocupa.

La LOAES sólo alude a los bandos en el artículo 34, que indica que: «La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio». Así las cosas, el bando militar se erige como el genuino *ius certum* mientras dure el estado de sitio. Ahora bien, la figura no se identifica doctrinalmente ya con el rango o la fuerza de la Ley –habiendo quedada superada esta tesis– puesto que los bandos quedan hoy limitados a establecer instrucciones recordatorias o admonitorias sobre los tipos penales existentes, sin poder innovar al efecto[1616].

Así las cosas, los bandos militares no pueden tampoco seguir entendiéndose como reglamentos de necesidad –al menos no en su configuración *stricto sensu*–, y ello, entiendo, por dos motivos fundamentales. En primer punto porque –tal como precisa la doctrina italiana más moderna–, estas disposiciones pertenecen al ámbito propio del Derecho militar, rigiéndose por sus propias normas y principios. Dicho de otro modo: aplica el principio de especialidad en este punto[1617]. Y ello pese a las apriorísticas similitudes que pueden tener con la figura que nos ocupa, tanto en lo relativo a su aplicación y eficacia –donde son concebidos muchas veces como genuinos

[1615] EMBID IRUJO, «Potestad reglamentaria (*cit.*)», págs. 103-104, con expresa alusión al artículo 34 LOAES.

[1616] Así lo ha defendido la doctrina, CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (*cit.*), págs. 120-121 MATEU-ROS Y CEREZO, «Estados de alarma, excepción y sitio (*cit.*)», pág. 186; SERRANO ALBERCA, «Artículo 116 (*cit.*)», pág. 1802, indicando que en principio «podría pensarse que el bando militar es una ordenanza de necesidad, un reglamento *contra legem* y, por tanto, con fuerza de ley», pasando inmediatamente a criticar esta configuración y su capacidad para crear delitos o penas; en fin, también GARRIDO LÓPEZ, «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración (*cit.*)», pág. 117, indica que los «bandos militares, por tanto, no pueden ser ya 'ordenanzas de necesidad'», pues «parece evidente que, interpretado conforme a la Constitución, no cabe competencia legislativa alguna de la autoridad militar sobre la materia».

[1617] Sobre la sustantividad del Derecho militar y el debate existente al efecto, *vid.* MUÑOZ ALONSO, J. M., *Derecho Administrativo Militar*, Vol. I, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, págs. 170 y ss. Pueden verse algunos ejemplos de la aplicación de este principio de especialidad en SERRANO GUIRADO, voz «Bandos (*cit.*)», págs. 279-285, siendo clarificadora la STS de 5 de marzo de 1948, que impidió la posibilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa a un funcionario destituido al amparo de un bando militar, por el que se declaraba el estado de guerra, subrayando la sentencia que frente a este tipo de actuaciones sólo cabe la apelación a la autoridad militar que lo dictó.

reglamentos[1618]– como en lo relativo a la flexibilidad de los requisitos formales, estando inspirados y regidos, fundamentalmente, por el principio de proporcionalidad.

Y en segundo lugar porque los bandos en este contexto se limitarían meramente a la ejecución y –en su caso– desarrollo del estado de sitio o a la declaración de guerra en el caso de conflicto armado. En este sentido, el artículo 33.2 LOAES indica que: «A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, *haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera*»; medidas que, de conformidad con el artículo 34 LOAES, se dictarán «de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio»[1619].

En definitiva, los bandos militares en nuestro Derecho son actos o normas de ejecución o desarrollo del estado de sitio con las especialidades propias del Derecho militar. No pueden exceder por ello las previsiones insertas en las disposiciones relativas o declarativas del mentado estado excepcional, estando supeditado a éste[1620]. Y, precisamente por ello, no pueden ser configurados como reglamentos de necesidad *stricto sensu*, en congruencia con las reflexiones vertidas en el apartado anterior respecto de los estados excepcionales de corte civil.

D).- LAS «MEDIDAS NECESARIAS» DEL ARTÍCULO 155 DE LA CONSTITUCIÓN

En sentido similar a otros textos constitucionales, la Carta Magna española recoge la figura de la denominada «coerción estatal» en su artículo 155, que dispone que:

«1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al

[1618] Por todos, SERRANO ALBERCA, «Artículo 116 (*cit.*)», pág. 1802.
[1619] Son aplicables aquí las reflexiones vertidas en el punto anterior respecto de las disposiciones dictadas en ejecución de los estados de alarma y excepción. Además, como algún autor agudamente ha destacado, esta supeditación de los bandos al estado de sitio deja meridianamente clara la inconstitucionalidad del bando del 23 de febrero de 1981, al no haberse declarado previamente el estado excepcional. Al efecto, *vid*., MATEU-ROS Y CEREZO, «Estados de alarma, excepción y sitio (*cit.*)», pág. 185; SERRANO ALBERCA, «Artículo 116 (*cit.*)», pág. 1805; o, en fin, GARRIDO LÓPEZ, «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración (*cit.*)», págs. 116-117, nota 23.
[1620] Como ya señalaba FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, pág. 115, «[e]s de suponer, por las consideraciones efectuadas con anterioridad, que las medidas previstas en los bandos habrán sido previamente acordadas por el Gobierno, al menos en sus rasgos generales, pues, recordémoslo, el Gobierno asume todas las facultades extraordinarias».

interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas».

Los antecedentes de este precepto se encuentran en el Derecho germánico. En esta tradición jurídica, por lo general, nunca existió demasiada confusión entre los tradicionales «reglamentos de necesidad» monárquicos (*Notverordnungen*) y la denominada «ejecución imperial» (*Reichsexecution*), aunque –en ocasiones– se produjo un solapamiento práctico en la aplicación de los dos incisos del conocidísimo artículo 48 de la Constitución de Weimar (CW)[1621]. En la actualidad, el artículo 37 de la *Grundgesetz* (en adelante, GG) recoge la figura en unos términos que distan de lo excepcional[1622].

En nuestro Derecho histórico nunca existió un precepto como el indicado hasta la aprobación de la Constitución de 1978, lo que explica que tampoco estuviese conectado tradicionalmente con nuestros castizos «reglamentos de necesidad»[1623]. Lo

[1621] El primer inciso era relativo a la «ejecución imperial» (*Reichsexecution*), mientras que el segundo aludía al «poder dictatorial» (*Diktaturgewalt*), esto es, a los «reglamentos de necesidad» del Presidente (*Notverordnungen*). Al efecto, *vid*. ANSCHÜTZ, «Kommentar zu art. 48 (*cit*.)», págs. 269 y ss. Ahora bien, la distinción entre una y otra figura se solapó en la práctica. En las cuatro intervenciones territoriales que se produjeron en esta época se aludió tanto al apartado 1 como al apartado 2 de este artículo 48 CW: la intervención en Turingia el 22 de marzo de 1920 se hizo directamente sobre el 48.2; la de Sajonia-Gotha, de 10 de abril de 1920, directamente sobre el artículo 48 (sin especificar si era sobre el párrafo 1º o 2º); la de Sajonia, de 29 de octubre de 1923 se produjo con fundamento en el 48.1 y «también en el 48.2»; y, por último, la intervención en Prusia –el *Preußenschlag*– de 20 de julio de 1932, la cual se realizó directamente con fundamento en el artículo 48.2 CW.

[1622] Sobre el tema, *vid*., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, y, posteriormente, ARROYO GIL, A. y CARRANZA, G. G., «La coerción federal en Alemania y sus precedentes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020, págs. 43 y ss.

[1623] Ahora bien, se ha de tener en cuenta que en octubre de 1934 tuvo lugar una insurrección en Cataluña, liderada por COMPANYS, y que se zanjó con la declaración del estado de guerra, precisamente como consecuencia de la inexistencia de una previsión como la indicada. La literatura jurídica ha querido ver en este suceso un precedente de la coerción federal, así, GARCÍA TORRES, J., «El artículo 155 de la Constitución Española y el principio constitucional de autonomía», en *Organización Territorial del Estado. Comunidades Autónomas*, 1ª ed., Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, págs. 1235 y ss.; VÍRGALA FORURIA, E., «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005, págs. 71 y ss.; o, también, MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (*cit*.), págs. 599 y ss., de la segunda

mismo puede decirse de los primeros exégetas de nuestra Constitución de 1978, quienes –por lo común– trataron al artículo 155 desde una perspectiva ordinaria, abogando incluso alguno –como GARCÍA DE ENTERRÍA– por la «desdramatización» del precepto[1624]. Esto explica que la doctrina española no haya considerado este artículo –o a su producto– bajo la rúbrica de los «reglamentos de necesidad», salvando alguna excepción relativamente reciente[1625].

Ahora bien, esta institución ha evolucionado tanto doctrinal como jurisprudencialmente a raíz del proceso soberanista catalán y, especialmente, de su aplicación en octubre de 2017[1626]. Desde entonces, la cláusula general prevista en este precepto –«las medidas necesarias»; expresión similar, recordemos, a la prevista en las cláusulas generales habilitantes para dictar reglamentos de necesidad– se ha enfocado desde un prisma de Derecho de necesidad[1627], hasta el punto de tildarse, por la doctrina

edición. *In extenso*, sobre esta cuestión, *vid*., especialmente, NIETO GARCÍA, *La rebelión de la Generalidad de Cataluña contra la República…* (*cit*.). Por su parte, sobre este precepto en el Derecho comparado, *vid*. GÓMEZ ORFANEL, G., «La coerción federal en el Derecho comparado», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, septiembre-diciembre 2005; y, más recientemente, las referencias actualizadas de LAFUENTE BALLE, J. M.ª, «El art. 155 de la Constitución Española: Examen doctrinal y comparado», en *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 192, mayo-agosto 2018, págs. 90 y ss.

[1624] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, 1ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, págs. 171 y ss. El autor insistía en que el artículo 155 CE contenía no sólo la técnica de la coerción federal del artículo 37 GG, sino también la de la supervisión federal (*Bundesaufsicht*) del artículo 84 GG. *Cfr*., con CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado (*cit*.)», pág. 715, que, desde una perspectiva diametralmente opuesta, entendió desde pronto el artículo como genuino Derecho de necesidad, hasta el punto de adjetivarlo como el precepto «más explosivo de la Constitución».

[1625] Parece configurarlo como tal BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit*.)», pág. 2158, al recordar que «[l]as situaciones en las que cabe el reglamento de necesidad en nuestro Derecho (…) aparecen previstas legalmente tanto en la Constitución como en leyes ordinarias (…) La Constitución también prevé en el artículo 155 un régimen excepcional en manos del Estado (…)».

[1626] Un resumen de las medidas aplicadas y su impacto puede verse en GÓMEZ ORFANEL, G., «Las medidas y la aplicación del artículo 155 CE a Cataluña», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020, págs. 345 y ss. *In extenso*, *vid*., *El artículo 155 de la Constitución (XXIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, concretamente –a estos efectos– los estudios de T. FREIXES SANJUÁN, «El artículo 155 de la Constitución y su aplicación a Cataluña», págs. 13-51, y el de J. VINTRÓ CASTELLS, «El artículo 155 de la Constitución: marco jurídico y algunas reflexiones sobre su aplicación a Cataluña», págs. 53-104.

[1627] En efecto, recuerda VÍRGALA FORURIA, E., «El art. 155 de la Constitución: Teoría y práctica», en PENDÁS, B. (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Tomo V, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pág. 4333, que –desde su aplicación– «se ha reforzado el entendimiento del art. 155 como último recurso y equiparable a un estado de excepción territorial», añadiendo en otro lugar –pág. 4328– que permite «la apertura a un Derecho de emergencia o excepción autonómico» pudiendo aplicarse en este caso medidas «mucho más drásticas, ya que lo que se requiere es encauzar la situación en una Comunidad Autónoma en abierta rebeldía». En sentido similar, *vid*., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «El poder de coerción del art. 155 como función del Estado total. Algunas consideraciones sobre su aplicación al desafío secesionista de Cataluña», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., y PUNSET BLANCO (Coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2018, pág. 602; SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M., «Artículo 155», en PÉREZ TREMPS, P., y SAIZ ARNAIZ, A., (Dirs.),

más autorizada en la materia, de «Derecho autonómico de excepción»[1628]. De ahí que sea preciso realizar un deslinde de este mecanismo respecto del reglamento de necesidad *stricto sensu*, dado que nos encontramos ante figuras distintas por varios motivos.

En primer lugar, por su distinta finalidad. Los reglamentos de necesidad se dictan por la autoridad competente, con fundamento en una cláusula general de necesidad presente en una norma de rango suficiente, para hacer frente a una situación extraordinaria frente a la que se precisa actuar con presteza. Las medidas de aplicación del artículo 155 –como recuerda la STC 89/2019, FJ 4; reiterada en la STC 90/2019, FJ 4– «han de responder a la finalidad, bien de obligar a la comunidad autónoma a cumplir con las obligaciones constitucionales y legales incumplidas, bien de preservar o proteger el mencionado interés general contra el que se ha atentado», añadiendo que «el fin de la intervención o injerencia que este precepto consiente no puede ser otro que restablecer el orden constitucional y, con él, el normal funcionamiento institucional de la comunidad autónoma en el seno de dicho orden»[1629].

Otro punto diferenciador es el carácter de las medidas a adoptar. Es cierto que, en ambos casos, se dictan bajo la misteriosa habilitación de «las medidas necesarias»,

Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2107-2116, comparando el precepto con el artículo 116 de la Constitución; URÍAS MARTÍNEZ, J. P., «El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Extra 2, 2019., pág. 103, sosteniendo que el artículo 155 «forma parte de lo que se conoce como 'derecho de excepción'»; o, en fin, GARCÍA ROCA, J., «Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña», en VV. AA., *El artículo 155 de la Constitución…* (*cit.*), págs. 175 y ss., especialmente 196 y ss.

[1628] GARCÍA TORRES, J., «El artículo 155 paso a paso», en VV. AA., *El artículo 155 de la Constitución…* (*cit.*) pág. 115, quien lo adjetiva además de derecho de excepción *ratione infidelitatis*. En sentido similar, CRUZ VILLALÓN, P., «Experiencia y jurisprudencia de la coerción estatal (artículo 155 CE)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020, pág. 20, llegando incluso a encajar el precepto como «la pieza más potente de nuestro derecho de excepción» (pág. 17).

[1629] Y esto en términos similares a los que permiten distinguir las finalidades que persiguen los estados excepcionales del artículo 116 y esta misma coerción estatal del artículo 155, como recuerda VÍRGALA FORURIA, «El art. 155 de la Constitución: Teoría y práctica (*cit.*)», pág. 4331, puesto que «el art. 155 CE es el Derecho de emergencia territorial, y lo que tiene sentido en el Derecho de emergencia del art. 116 CE no lo tiene en aquel. En los estados de emergencia del art. 116 el objetivo es que el Gobierno no pueda hacer lo que sucedía en el siglo XIX, es decir, aprovechar la suspensión de los derechos para deshacerse del control que podían realizar las Cortes. En el art. 155 CE, como Derecho de emergencia territorial, se trata de impedir que los órganos insumisos continúen destruyendo el orden constitucional». En sentido similar, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «El artículo 155 de la Constitución como garantía de cumplimiento por sustitución. Presupuestos conceptuales, teóricos y jurídicos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020, pág. 279-280; y, ya más concretamente, REVENGA SÁNCHEZ, M. y FERNÁNDEZ ALLES, J. J., «El artículo 116 CE, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de Estabilidad Presupuestaria como medidas alternativas al artículo 155 CE», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020, págs. 377 y ss.

compartiendo entonces ambas autorizaciones la imposibilidad de conocer previamente cuál será su contenido. Sin embargo, mientras los reglamentos de necesidad se dictan ante situaciones de crisis de carácter coyuntural y afectan a la esfera jurídica de los ciudadanos, la coerción estatal se activa bajo los presupuestos previstos en el propio artículo 155 de la Constitución, durante un lapso también temporal pero no tan inmediato, cuyas actuaciones han de dirigirse únicamente a la Comunidad Autónoma y sus órganos, pero no a su población[1630]. Esta distinción explica que los límites sean también distintos en uno y otro caso[1631].

En tercer punto, es destacable que las medidas del artículo 155 se dictan sobre la base de un Acuerdo del Senado que ostenta rango legal, lo que permite –en términos similares a lo que acaece con las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales del artículo 116 del texto constitucional– la «inaplicación de normas estatutarias y legales y su desplazamiento temporal por las reglas mediante las que la cámara, a propuesta del Gobierno, determine las concretas medidas a adoptar por el ejecutivo» [STC 89/2019, FJ 2, b)][1632]. Los reglamentos de necesidad, por su parte, se emiten por la autoridad competente, directamente con fundamento en la cláusula general prevista en la Ley correspondiente.

Es por ello por lo que puede afirmarse que las disposiciones reglamentarias dictadas con fundamento en el Acuerdo del Senado que autoriza la aplicación del artículo 155 de la Constitución quedan supeditados a éste, mientras que los reglamentos

[1630] Esta cuestión fue advertida por CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado (*cit.*)», pág. 713, opinión que reitera posteriormente a la luz de las SSTC 89/2019 y 90/2019 en «Experiencia y jurisprudencia de la coerción estatal… (*cit.*), págs. 29 y ss.

[1631] Los límites en la aplicación del artículo 155 han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así SSTC 89/2019, FJ 4, y 90/2019, FJ 4, que los acota a la imposibilidad de incoar una «suspensión indefinida de la autonomía»; «la supresión institucional de la misma comunidad autónoma, como corporación pública de base territorial y naturaleza política»; y, en fin, la limitación o excepción de los derechos fundamentales. A ello habría de añadirse la suspensión de derechos fundamentales y la utilización de la jurisdicción militar, por estar reservadas ambas cuestiones al estado de excepción y, en el último caso, al de sitio, como destaqué en VILLAR CRESPO, «Poderes militares de necesidad y coerción estatal: reflexiones sobre el papel de las Fuerzas Armadas en la aplicación del artículo 155 de la Constitución (*cit.*)», especialmente, págs. 211 y ss.

[1632] Distinto es el acto de iniciación o de impulso parlamentario del procedimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución y adoptado por el Consejo de Ministros, cuya naturaleza jurídica –y las posibles reflexiones al efecto– exceden de este trabajo. Sobre el tema, *vid*., el Auto del Tribunal Supremo 11878/2017, de 15 de diciembre.

de necesidad ostentan una virtualidad propia, al ser emitidos con plena discrecionalidad y fundamento exclusivo en la cláusula general de policía correspondiente[1633].

Y ello hasta el punto de que el propio Tribunal Constitucional ha destacado, respecto de la aplicación del artículo 155 de la Constitución, que el Gobierno –dice la STC 89/2019, FJ 11, b)– «no actúa estrictamente como poder ejecutivo, en relación con al reparto horizontal de funciones entre el legislativo y el ejecutivo (…). No está así ejerciendo las facultades que le atribuye el art. 97 CE, sino las que específicamente le otorga el Senado a través del procedimiento previsto en el art. 155». Precisamente por ello, cuando tales actuaciones tengan contenido normativo, estaremos ante reglamentos que desarrollan o ejecutan una norma con rango de Ley, esto es, el acuerdo del Senado que autoriza la emisión de las medidas[1634], como recuerda la STC 90/2019, FJ 2 a)[1635]. Los reglamentos de necesidad, como veremos, ostentan una relación con la Ley –y, por extensión, con las normas con rango legal– de carácter distinto, que difícilmente puede encajarse como de ejecución o desarrollo[1636].

Ya, por último, se ha de tener en cuenta que los reglamentos de necesidad aparecen como una concreción normativa de las «medidas necesarias» incluidas en la cláusula general, mientras que las actuaciones efectuadas con fundamento en la activación de la coerción estatal no siempre gozarán de carácter reglamentario. En definitiva, las medidas a dictar con fundamento en la coerción estatal y los reglamentos de necesidad se erigen como figuras claramente diferenciadas. Y ello pese a la existencia en ambos casos de una cláusula general habilitante a activar ante situaciones extraordinarias.

[1633] Son también aplicables los razonamientos antes esgrimidos respecto de las limitaciones materiales y temporales a los que quedan sujetos los reglamentos dictados en ejecución o desarrollo de las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales.

[1634] Como ejemplos de tales actuaciones pueden verse, entre otros, el Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, que designa los órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, el Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, que ya adopta medidas concretas y cesa a algunos cargos de la Generalitat, o el Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria del elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución, dictados todos al amparo del acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017.

[1635] Concretamente indica que «los actos adoptados por el Gobierno para la puesta en práctica de lo aprobado en sede parlamentaria, *no son sino actos de aplicación de una ley* que carecen de fuerza o valor de ley y, por tanto, no pueden ser impugnados a través del recurso de inconstitucionalidad, correspondiendo su control, *en cuanto disposiciones de naturaleza reglamentaria*, a los órganos de la jurisdicción ordinaria». La cursiva es mía.

[1636] Al efecto, *vid*. *infra*, el punto III del presente capítulo.

E).- MEDIDAS ESTÁNDAR ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD

Ya, por último, es tradicional en nuestra doctrina la confusión de los reglamentos de necesidad con las medidas estándar o típicas previstas en las Leyes para confrontar situaciones excepcionales. Tal configuración puede verse en los mismos tratadistas que recibieron la noción del «reglamento de necesidad» –singularmente, ROYO VILLANOVA o FERNÁNDEZ DE VELASCO[1637]– habiendo sido heredada en la actualidad por autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ[1638], BERMEJO VERA[1639], BAÑO LEÓN[1640] o FERNÁNDEZ FARRERES[1641]. De nuevo, estamos ante una concepción amplia de la figura que nos ocupa –reglamento de necesidad *lato sensu*– en tanto en cuanto es posible que dictar disposiciones reglamentarias ante situaciones de necesidad sin que emanen de una cláusula general de necesidad.

Estamos entonces ante «medidas estándar» (*Standardmaßnahmen*) o ante «medidas» o «actuaciones de necesidad» (*provvedimenti*/*atti necessitati*), siguiendo la denominación alemana o italiana respectivamente. Estas medidas tienen la funcionalidad primordial de dar una respuesta sólida a situaciones extraordinarias, estando claramente previstas por la Ley, lo que les dota de un plus de seguridad jurídica. Es por ello por lo que aparecen como complementarias de la cláusula general de cierre, a efectos de delimitarla y revestirla de un mayor grado de certeza. Falta entonces en estas medidas un cierto grado de incertidumbre que –como se indica en el Derecho italiano respecto del poder de ordenanza y las correlativas ordenanzas de necesidad– es lo que caracteriza expresamente a la cláusula general y a los reglamentos de necesidad en nuestro Derecho. En efecto, aquí las medidas a adoptar se conocen por los operadores jurídicos con carácter *ex ante*, cosa radicalmente distinta de lo que sucede con aquellas que serán dictadas con fundamento en la cláusula general. Aún más, puede

[1637] Me remito a lo expuesto *supra*, en el capítulo primero de la segunda parte de esta obra, punto II.3.
[1638] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs. 250-251. Hace referencia a la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, «en los supuestos en que se declaren la epidemia o la epizootia».
[1639] BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico…* (*cit.*), Vol. I, pág. 128, aunque alude a la cláusula general del artículo 21.1.m) LRBRL, lo hace también a la Ley de Protección Civil o a la Ley General de Sanidad de 1986 (sin especificar precepto alguno). Por su parte, PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 266-267, aunque insiste en la vinculación de los reglamentos de necesidad con las cláusulas generales de habilitación, es discutible su referencia al artículo 21 LOPSC, en tanto en cuanto no queda claro si este precepto realiza una enumeración taxativa de medidas a dictar o son meramente ejemplificativas, subyaciendo una genuina cláusula general.
[1640] BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pág. 2159, haciendo expresa referencia a la LOMESP y al antiguo artículo 4 de la Ley 2/1985, de Protección Civil (norma hoy derogada).
[1641] FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo* (*cit.*), Vol. I, pág. 428, alude al artículo 7 bis LSNPC.

decirse que tales medidas típicas o nominadas no aparecen como la *ultima ratio* del elenco de actuaciones previstas por las Leyes, sino como su elemento –hasta cierto punto– ordinario de aplicación ante una situación de crisis.

A esta diferencia fundamental o sustancial respecto de la figura que nos ocupa se ha de añadir otra propia de nuestro Derecho. Y es que no todas estas medidas nominadas ante situaciones de necesidad se presentan en el mundo jurídico como disposiciones reglamentarias, precisamente por no disponer en todo caso de contenido normativo. De hecho, lo común es que las medidas estándar se manifiesten en actos administrativos (*atti necessitati*, como se ha advertido, en terminología italiana). Sólo muy excepcionalmente estas actuaciones tasadas en las Leyes darán lugar a reglamentos, de acuerdo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia[1642].

A tal efecto baste destacar la dicción del artículo 17 LOPSC[1643], o la del artículo 18 TRLT[1644]. A ellas podrían añadirse las dispersas a lo largo de la LSNPC (especialmente, las restrictivas de derechos del artículo 7 bis), así como algunas de las previstas en la LSA (*v. gr*., artículos 8, 13, 17, etc.), o, en fin, en las incluidas en la normativa sanitaria[1645]. Lo mismo puede decirse de la normativa autonómica que

[1642] Ante una situación de crisis en la que sea preciso dictar un reglamento de necesidad, no resultará extraño invocar algunas de estas medidas nominadas o típicas junto con la cláusula general, habida cuenta de que esta última permite ir más allá de lo contenido en las medidas estándar, complementándolas a fin de crear el estatuto jurídico necesario para afrontar la situación excepcional (el reglamento de necesidad).

[1643] Este artículo indica que: «1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda». Y añade: «2. Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales».

[1644] El precepto señala que: «Cuando razones de seguridad o fluidez de la circulación lo aconsejen, o por motivos medioambientales, se podrá ordenar por la autoridad competente otro sentido de circulación, la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos, el cierre de determinadas vías, el seguimiento obligatorio de itinerarios concretos, o la utilización de arcenes o carriles en sentido opuesto al normalmente previsto».

[1645] Al efecto, *vid*., el artículo 26 LGS, en cuanto alude a una enumeración de actuaciones tasadas «tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas», complementando la cláusula general sita en el mismo precepto; el artículo 2 LOMESP, en cuanto habilita a las autoridades sanitarias para «adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población (...)», complementando así –junto con el artículo 4– la habilitación del artículo 3; o, en fin, la LGSP, cuyo artículo 54.2 delimita un elenco de medidas como «la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias», «la

desarrolla o pormenoriza la legislación básica. Las disposiciones administrativas dictadas al albur de las previsiones legales indicadas serán –en el supuesto excepcional de que ostenten contenido normativo– reglamentos emitidos ante una situación de necesidad, pero no reglamentos de necesidad *stricto sensu*, al no configurarse como el producto de una cláusula general de habilitación. Aplicando la dogmática italiana podemos decir que estas medidas –y, específicamente, las normativas– difieren de los reglamentos de necesidad en lo relativo a su producción y a su contenido.

Así, los reglamentos, digamos, típicos, surgen de un procedimiento ordinario, previsto en la norma, al contrario que los reglamentos de necesidad, en donde no existe previsión alguna, precisamente por no estar su contenido prefijado. Del mismo modo, en el primer caso estarán predeterminadas las actuaciones a desarrollar por parte de las autoridades administrativas, a diferencia de lo que sucede en el caso de los reglamentos de necesidad producto de una cláusula general. Precisamente por ello los parámetros de control y de aplicación del principio de proporcionalidad serán también distintos en uno y en otro caso.

En definitiva, las medidas típicas previstas para situaciones de crisis pueden tener contenido normativo en algún caso, siendo por ello reglamentos de necesidad *lato sensu*. Sin embargo, su configuración dista de los reglamentos de necesidad *stricto sensu* que aquí se estudian, tanto desde el prisma material como desde el formal.

II.- REGLAMENTO DE NECESIDAD Y CONSTITUCIÓN

Entendida la reconstrucción dogmática y conceptual del reglamento de necesidad en el ordenamiento vigente, es preciso ahora atender a su posición en nuestro texto constitucional. Este acercamiento debe realizarse desde dos prismas: atendiendo a su basamento en nuestra norma fundamental y a su función en nuestro sistema jurídico.

1.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Si el fundamento constitucional de los estados excepcionales radica –principalmente– en el artículo 116 de nuestra Carta Magna, justo es preguntarse cuál es el anclaje en nuestra Carta Magna del reglamento de necesidad. Los constituyentes

intervención de medios materiales o personales», «el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias» o «la suspensión del ejercicio de actividades», entre otras, con el objeto de complementar la cláusula general prevista en el apartado primero del precepto.

obviaron esta categoría en el momento de la confección de nuestra norma fundamental, del mismo modo que lo hicieron también –en términos más amplios– respecto de la normativa prevista para situaciones de necesidad en la normativa ordinaria; acervo, hemos visto, en el que se integra la figura que nos ocupa, estando prevista –a diferencia de los estados excepcionales– para afrontar «situaciones extraordinarias más localizadas o singulares»[1646]. Este hecho, sin embargo, no es óbice para que puedan identificarse distintos preceptos que justifican su presencia.

El artículo 30.4 del texto constitucional indica que: «Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública». Por su parte, el artículo 31.3 de la Constitución Española proclama que: «Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

La doctrina no es unánime respecto a la significación de estos preceptos y su conexión con las situaciones de crisis no reconducibles a los estados excepcionales. De hecho, algunos autores entienden que existe cierta reiteración entre algunos apartados de los artículos 30 y 31 en lo que se refiere a las prestaciones personales[1647] [1648]. Ahora bien, la literatura jurídica dominante suele interpretar que la dicción del artículo 30.4 de la Carta Magna es suficiente para dotar de base constitucional a los preceptos de las

[1646] Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, pág. 861.

[1647] En este sentido, comentando el artículo 31.3 de la Constitución, deja entrever ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, 1ª ed., Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 282, su reiteración con el artículo 30.2 del mismo texto constitucional. También SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 30», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1996, pág. 400, refiriéndose específicamente a los artículos 30.3 y 31.3 de la Constitución. Más allá va TOLIVAR ALAS, L., voz «Prestaciones personales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1ª ed., Tomo XX, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1993, pág. 339 y 341, indicando que en estos dos preceptos se alude a «las prestaciones defensivas y las obligaciones tributarias» añadiendo que «el constituyente ha querido vincular, aún a fuerza de ser reiterativo, las prestaciones afectas a la protección civil a su origen militar, para posteriormente referirse a las imposiciones físicas, históricamente asimiladas a la potestad tributaria», calificando la operación de «indudable redundancia del constituyente a la hora de prever las prestaciones personales».

[1648] Estas prestaciones, en una somera mirada histórica, se pueden dividir en «ordinarias» –tanto civiles (arreglo de calles) como militares (servicio militar obligatorio)– como «extraordinarias» –también civiles (colaboración ante calamidades o catástrofes) y militares (llamamiento a las armas)– habiendo estado muy vinculadas tradicionalmente al mundo local. *Vid.*, TOLIVAR ALAS, voz «Prestaciones personales (*cit.*)», págs. 342 y ss. No es casualidad por ello que las habilitaciones generales para situaciones de necesidad siempre hayan estado también históricamente conectadas a los Alcaldes y a los Gobernadores Civiles en nuestro país.

Leyes que regulan situaciones de crisis[1649]. Y ello pese a que la atención al deber que en él se inserta «haya sido muy escasa o casi nula»[1650].

Desde otra perspectiva se considera que la actuación policial ante situaciones de crisis –fuera de los estados excepcionales– permite exigir actuaciones a terceros, pues «tal habilitación y deber encuentran fundamento último en la previsión constitucional del establecimiento de prestaciones personales de carácter público con arreglo a la Ley (art. 31.3 CE)»[1651]. El precepto constitucional indicado se reitera en un deber de colaboración general, presente hoy en el artículo 7 LOPCS, y que «habilita a la Administración para, en el mismo supuesto de estado de necesidad (…) adoptar respecto de particulares terceros (es decir, no perturbadores) las medidas estrictamente precisas para asegurar el cumplimiento de las Leyes y el ejercicio de los derechos; *consistiendo entonces el deber de auxilio y colaboración en tolerar, respetar y observar tales medidas*»[1652].

Así las cosas, el artículo 31.3 del texto constitucional podría entenderse también como sustento constitucional de este acervo normativo y, en congruencia, del reglamento de necesidad, en tanto en cuanto tales prestaciones pueden consistir en

[1649] REBOLLO PUIG., «Lección 1: la actividad administrativa de limitación (*cit*.)», pág. 37, aunque se refiere a ello de modo tangencial, al aludir a los «deberes de contribución positiva a la realización de ciertos intereses públicos» que «son más amplios en casos de situaciones de necesidad», y que «a ellos alude el art. 30.4 CE». A raíz de la pandemia, *vid*., también COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, págs. 95 y ss., quien subraya que «estos deberes de colaboración que pueden derivarse del artículo 30. 4.º CE, han sido desarrollados en normativa ordinaria especialmente de protección civil y salud y en no pocas ocasiones pueden suponer restricciones a derechos fundamentales»; CANTERO MARTÍNEZ, J., «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, pág. 84; y, en fin, también OCHOA MONZÓ, J., «Pandemias y protección civil: la necesidad de un sistema único y ordinario de gestión de emergencias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, pág. 4, dado que aunque conecta el precepto con la protección civil, el autor defiende que puede existir «un solo sistema de derecho ordinario para hacer frente a todo tipo de emergencias» (*vid*., págs. 21 y ss.). Aunque sin explicitarlo, esta idea también late en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Estado de alarma y libertades: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos», en VV. AA., *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, págs. 13-110.

[1650] COTINO HUESO, «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus... (*cit*.)», pág. 95. Recuerda al efecto a RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo-agosto 2001, págs. 20 y ss., 34 y 45, quien sostuvo que la previsión contiene un «deber constitucional», «autónomo» y dirigido a «todos los sometidos al poder, simplemente por serlo», siendo un deber «fundamental», en interés del Estado, no quedando limitado a los españoles, sino que se aplica también a los extranjeros.

[1651] PAREJO ALFONSO y DROMI, *Seguridad Pública y Derecho Administrativo* (*cit*.), págs. 133 y ss. Ello lo hace aludiendo a los supuestos de estado de necesidad «no formalizado», en el sentido antes advertido.

[1652] PAREJO ALFONSO y DROMI, *op. cit*., págs. 134-135. El autor alude al artículo 5 de la antigua LOPSC de 1992, del cual trae causa el artículo 7 LOPCS. La cursiva es mía.

respetar las «medidas» activadas. Los ejemplos podrían multiplicarse respecto de las de corte personal en el plano extraordinario. Pensemos en un reglamento de necesidad que establezca prestaciones de «hacer», tales como ayudar a sofocar un incendio; prestaciones de «no hacer», como no salir del domicilio tras una catástrofe (pandémica, industrial, nuclear, etc.).

Ahora bien, todos estos ejemplos podrían tener también su fundamento en el artículo 30.4 de la Constitución[1653]. Por ello, este último precepto estaría más dirigido a las prestaciones personales extraordinarias, mientras que el resto de los apartados de los artículos 30 y 31 de la Constitución estarían conectados a las prestaciones personales y patrimoniales de carácter ordinario, quedando trufadas todas ellas –ordinarias y extraordinarias; personales y patrimoniales– por la referencia genérica contenida en el artículo 31.3, con carácter de cierre[1654]. Téngase en cuenta que la dicción del artículo 30.4 es tan amplia –«grave riesgo, catástrofe o calamidad pública»– que permite dar cabida no sólo a situaciones conectadas con la naturaleza o la tecnología, sino también a contextos político-sociales provocados por la mano del hombre.

La reciente jurisprudencia constitucional parece secundar lo expuesto. En efecto, la STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 5 a) [reiterada en la STC 183/2021, de 27 de octubre, FJ 4 C), a)] indica que: «Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales. No hay que olvidar que, ante coyunturas de 'grave riesgo, catástrofe o calamidad pública' (en palabras del art. 30.4 CE), la libertad de circulación, como otras,

[1653] En esta posición intermedia, REBOLLO PUIG, «Sanidad animal: marco general y principios jurídicos (*cit.*)», pág. 35, recuerda respecto del artículo 26 LSA que «éstas son potestades que no encajan en el poder general de policía —siempre dirigido, como ya se ha dicho, contra el perturbador y con la finalidad de que no perturbe— y que necesitan de una expresa e inequívoca consagración legal. Nuestro Derecho sólo las consagra para situaciones excepcionales de necesidad. Y los deberes de los ciudadanos a que dan lugar son de naturaleza y régimen por completo distintos a los que permiten los amplios apoderamientos de la policía. Normalmente se trata de deberes de prestación personal o patrimonial de los previstos en el art. 31.3 CE (con el refuerzo, en su caso, del art. 30.4 CE, si se prevén sólo para situaciones de catástrofe, calamidad pública o grave riesgo)».

[1654] Más contundente es REBOLLO PUIG, «Lección 1: la actividad administrativa de limitación (*cit.*)», págs. 37-38, para quien este 31.3 alude más bien a «prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración» puesto que «en ambos casos, suponen una contribución al sostenimiento de los gastos públicos (aunque no se haga en dinero sino en especie o en trabajo, como era el caso del servicio militar) y no a la realización de comportamientos puramente privados que suponen un beneficio para los intereses públicos, no para la Administración», concluyendo que estas «prestaciones personales del art. 31.3 CE, como también las tributarias del art. 31.3, quedan al margen de la actividad administrativa de limitación y responden a ideas y principio distintos. Sin embargo, la frontera no siempre es clara».

podría llegar a redefinirse y contraerse –incluso sin dar lugar a un estado de alarma– con arreglo a lo que el tribunal llamó tempranamente los 'límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos […]' (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7)».

Sin embargo, todas estas referencias –doctrinales y jurisprudenciales– no se pronuncian expresamente sobre la figura que nos ocupa –el reglamento de necesidad– pese a que ello pueda sobreentenderse. Únicamente unos pocos autores han realizado tal conexión –especialmente con el artículo 30.4 de la Constitución– subrayando una fundamentación constitucional diferenciada respecto de los estados excepcionales (artículo 116) y de los Decretos leyes (artículo 86); en una posición a la que me adhiero parcialmente[1655]. Y digo parcialmente porque –al igual que el fundamento del Derecho de excepción no es únicamente el artículo 116 de la Constitución; dado que habría de añadirse otros, como el 55.1, el 117.5, el 169, etc.–, el reglamento de necesidad no pivota exclusivamente en torno a los mentados preceptos, sino que habría de adicionarse en este punto las referencias que realiza nuestro texto constitucional a la persecución de los «intereses generales» (*ex* artículo 103.1) –manifestados con fuerza en una intervención gubernativa en casos de catástrofe o calamidad–[1656], así como al artículo 97, relativo a la potestad reglamentaria.

[1655] SALAS HERNÁNDEZ, «Los Decretos-leyes en la Constitución de 1978 (*cit.*)», págs. 1815-1816, vinculó el artículo 30.4 de la Constitución con la «potestad de ordenanza» y las correlativas «ordenanzas de necesidad», entendiendo por éstas –en una concepción claramente influida por la configuración italiana– el producto de las cláusulas generales de necesidad; recordando que el indicado precepto dota de autonomía a la institución en nuestro ordenamiento, puesto que «la potestad de ordenanza ex artículo 30-4º de la Constitución no requier[e] la concurrencia de los requisitos inherentes a los artículos 86 y 116 de la misma». Ejemplifica además la cuestión con el artículo 117.d) de la Ley de Régimen Local de 1950 y el artículo 17 de la Ley de Orden Público de 1959; preceptos ambos que –recordemos– recogen cláusulas generales de necesidad y que fueron conectados por nuestra doctrina del siglo pasado a los «reglamentos de necesidad». Sigue esta tesis LASAGABASTER HERRARTE, «Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el ámbito autonómico (*cit.*)», págs. 97 y ss.

[1656] Baste recordar que, en el Derecho italiano, el fundamento de las «ordenanzas de necesidad» se ha querido ver en la referencia constitucional a la «buena Administración» del artículo 97 de la Constitución italiana; intentos de justificación que contrastan con lo acaecido en el ordenamiento alemán, en el que el problema ni siquiera se ha llegado a plantear: la tradición histórica de la «cláusula general policial» –en su configuración como parte inseparable del *Gefahrenabwehrrecht*– hace que sea bastante la habilitación por parte de una Ley para poder dictar estos reglamentos de excepción o policía (*ex* artículo 80 GG), sin precisarse de ulteriores reflexiones. Sobre la noción de interés general y las consecuencias de su constitucionalización, *vid.*, NIETO GARCÍA, A., «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1ª ed., Vol. III, Civitas, 1991, págs. 2185-2254; también GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 103», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1595-1606.

Y no sólo eso, sino que también debemos tener en cuenta que estamos ante un verdadero y genuino deber de actuación: los ciudadanos tienen derecho a que el poder político actúe protegiendo sus derechos y su libertad en contextos de crisis (*ex* artículos 10.1, 53.1)[1657]. Y, como contrapartida de este derecho, los poderes públicos tienen un deber de protección activo y no meramente pasivo, derivado del mandato de los artículos 9.3 y 53.1 de la Constitución[1658].

En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha destacado que «es preciso recordar que 'de la obligación de sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa' (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, y 129/1989, de 17 de julio, FJ 3)» [por todas, STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4][1659].

En definitiva, el sustrato constitucional de la figura que nos ocupa presenta un carácter plúrimo, dada la miríada de realidades que el reglamento de necesidad está llamado a afrontar, así como su fundamento –por lo general– de *ultima ratio* para estatuir un marco normativo aplicable ante situaciones excepcionales e imprevistas.

[1657] Recordemos que la doctrina alemana –con marcado influjo hegeliano– encajaba la autoconservación del Estado como una «obligación divina» (*heilige Pflicht*), *vid*. *supra*, el capítulo primero, apartado I.1.b).i), de la primera parte de esta obra.

[1658] En este mismo sentido, DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2006, págs. 241 y ss. Sobre la cuestión relativa a la actuación facultativa u obligatoria de actuación por parte de las autoridades en situaciones de necesidad, *vid*., ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs. 306 y ss.

[1659] En este sentido, CANTERO MARTÍNEZ, «La intervención administrativa en los derechos fundamentales… (*cit*.)», pág. 84. Además, el Tribunal Constitucional ha subrayado que «no cabe excluir la posibilidad de que, en aras de la protección de los ciudadanos» la autoridad competente actúe «para atajar riesgos de la salud pública, cuando esas medidas vengan impuestas por razones de necesidad y urgencia» (STC 33/1982, FJ 3). Y para ello –recuerda la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4–, siempre que se respete el 103.1 de la Constitución, cabe una «remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia».

2.- FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD

La función primordial del reglamento de necesidad en el ordenamiento constitucional es la de servir de estatuto jurídico aplicable a aquellas situaciones excepcionales para las que el ordenamiento jurídico no establece previsión alguna más allá de una mera cláusula general de necesidad. Su utilidad, además, se manifiesta con especial contundencia en las Comunidades Autónomas y en los municipios, pues tales entidades territoriales carecen de su propio Derecho constitucional de excepción.

Esta utilidad ha de interpretarse a la luz de un delicado equilibrio: dar respuesta a situaciones excepcionales imprevistas –e imprevisibles– y establecer unos parámetros de legalidad y control en favor de los ciudadanos. A tal equilibrio responde, precisamente, su función constitucional.

A).- LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD COMO REMEDIO PARA ESTABLECER EL MARCO JURÍDICO APLICABLE ANTE SITUACIONES COYUNTURALES, EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES

En sucinta perspectiva histórica, puede afirmarse que –esgrimiendo la noción de «policía» de «orden público» o de «seguridad pública»– se admitió tradicionalmente la posibilidad de modular el principio de legalidad y la reserva de Ley –o incluso de actuar al margen de ambos– con el objeto de mantener la sociedad libre de injerencias o de prevenirla frente a situaciones ciertamente excepcionales. Una potestad que, muchas veces, no gozaba, ni siquiera, de sustento jurídico-positivo alguno, sino que se sostenía únicamente en las aducidas ideas[1660]. Paulatinamente esta idea se irá abandonando, transitándose desde esta actuación sin base jurídica hacia otra con fundamento legal: las cláusulas generales de necesidad. En otras palabras: se pasaba de poder adoptar «todas las medidas necesarias» sin previsión normativa alguna, a poder dictar «todas las medidas necesarias» cuando la Ley así lo señalase, siendo éste un avance –especialmente en materia de seguridad jurídica y de control– que no precisa de ulterior puntualización.

En nuestro sistema jurídico, el reglamento de necesidad –heredero de toda la precitada tradición– presenta una función muy clara y definida: establecer un marco regulatorio concreto ante una situación excepcional y frente a la cual el ordenamiento o

[1660] Sobre esto, *vid*., ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs. 101 y ss.; 199 y ss.

bien no prevé nada más que una cláusula general, por ser tal contexto imprevisible; o alternativamente, recoge medidas concretas a adoptar que precisan de complemento a través de la indicada cláusula, terminando de perfilar el régimen jurídico aplicable[1661]. A esta función de «complemento» a la Ley se anuda su vocación de generalidad –dado su encaje reglamentario– y su eficacia provisional y claudicante, conectada directamente al presupuesto de hecho. Estos dos elementos –función de remedio reglamentario ante situaciones imprevistas y marcado carácter temporal– son los que explican su presencia e importancia en el sistema jurídico español.

i).- SU MISIÓN DE SALVAGUARDIA: EL REGLAMENTO DE NECESIDAD COMO INSTRUMENTO NORMATIVO ANTE SITUACIONES IMPREVISIBLES

A la configuración de las cláusulas generales de necesidad como *ultima ratio* frente a contextos de crisis no previstos por medidas estándar se añade la posibilidad de recurrir al reglamento de necesidad, como la expresión normativa de tales previsiones e instrumento destinado a ofrecer un marco jurídico de aplicación en tales contextos[1662]. Ahora bien, esta función de salvaguarda respecto de situaciones imprevisibles ha de ser puesta a la luz de los avances tecnológicos que –cada vez con mayor precisión– permiten a los poderes públicos adelantarse ante los fenómenos perturbadores a través de instrumentos derivados del principio de precaución o cautela; principio que vertebra las normas de seguridad pública y –claro está– conecta con la institución del reglamento de necesidad[1663].

[1661] Pensemos, por ejemplo, en los toques de queda o en el confinamiento. Aunque estuviesen previstas en la LOMESP siempre se precisaría aplicar también la cláusula general para establecer el régimen jurídico concreto, dada la situación de imprevisión: desde el establecimiento de obligaciones a los particulares –ej., obligaciones personales de higiene o uso de mascarilla– hasta las excepciones aplicables a esas prohibiciones –ej., pasear al perro o hacer la compra en horarios concretos–, pasando por, en su caso, el establecimiento de un régimen sancionador, la entrada en vigor de la norma y su duración, etc.

[1662] La imprevisión normativa no ha de entenderse únicamente respecto de la Ley, sino también de la Constitución o del Derecho de la Unión Europea.

[1663] El principio de precaución o cautela tiene por objeto prevenir los riesgos a través de la anticipación de los poderes públicos a fin de evitar que aparezca la catástrofe mediante actuaciones *ex ante*. Con origen en el Derecho alemán –trasunto del *Vorsorgeprinzip*– se configura como un principio general de la denominada «gestión de los riesgos», habiendo llegado a nuestro país a través del Derecho internacional y europeo, donde goza incluso de reconocimiento en el artículo 191.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), respecto de la protección del medio ambiente y que, posteriormente, se extenderá por la normativa y jurisprudencia europea a otros sectores como el alimentario, el sanitario, etc.; sectores que, en muchos casos, coinciden con los que las cláusulas generales de necesidad buscan cubrir. En España goza ya de un amplio reconocimiento no sólo por los Tribunales Supremo y Constitucional, sino también por el Derecho positivo. Sobre el tema, *vid*., CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril 2004, págs. 72-125; EMBID TELLO, A. E., «El principio de precaución», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho*

De todos estos instrumentos resulta especialmente relevante –para el tema que nos ocupa– el de la planificación. El ejemplo más acabado en la materia es el de la protección civil[1664], que embebe también la planificación de distintos riesgos específicos por razón de la materia –los denominados «planes especiales»[1665]–: en materia de inundaciones[1666], sequías[1667], incendios[1668], riesgos químicos[1669], así como un largo etcétera. Así las cosas, estos nuevos instrumentos de gestión del riesgo podrían llevar a la conclusión de que la previsión de cláusulas generales –y la consabida posibilidad de dictar reglamentos de necesidad– no son más que instrumentos caducos, de otra época, e incompatibles con los nuevos vientos de intervención administrativa[1670].

Nada más lejos de la realidad. La previsión y planificación de los riesgos es indudablemente útil y necesaria, hasta el punto de que –bien entendida– debería estar llamada a reducir el uso de los reglamentos de necesidad, dada su vocación de actuar

Administrativo, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 1221-1254; SORO MATEO, B., «Construyendo el principio de precaución», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49, 2017, págs. 87-151; o, ya, *in extenso*, SÁNCHEZ BARROSO, B., *El principio de precaución en España: precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional*, 1ª ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 2021. La aplicación de este principio se ha incluso desde el prisma de la evaluación normativa, así, recientemente, GÁMEZ MOLL, N., «Principio de precaución, proporcionalidad y evaluación 'ex ante' y 'ex post' de las normas jurídicas. El caso del lobo ibérico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 218, mayo-agosto 2022, págs. 235-262.

[1664] Para OCHOA MONZÓ, «Pandemias y protección civil… (*cit.*)», pág. 17 y ss., la planificación se erige en «el instrumento esencial del servicio de protección civil». Ello también se deja entrever en el artículo 14 LSNPC existiendo –de acuerdo con el reparto competencial– planes a nivel estatal (singularmente, el Plan Estatal General) y a nivel territorial (autonómico o local).

[1665] OCHOA MONZÓ, «Pandemias y protección civil… (*cit.*)», págs. 19-20, como recuerda el autor, estos planes se orquestan por razón del riesgo que se pretende afrontar (terremotos, inundaciones, incendios, accidentes industriales, etc.).

[1666] Resolución de 2 de agosto de 2011, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011, por el que se aprueba el Plan Estatal de Protección Civil ante el riesgo de inundaciones.

[1667] Son destacables, a tal efecto, los denominados «Planes de gestión de sequías», que en el marco de las cuencas intercomunitarias se manifiesta en la Orden TEC/1399/2018, de 28 de noviembre, por la que se aprueba la revisión de los planes especiales de sequía correspondientes a las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar; a la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; y al ámbito de competencias del Estado de la parte española de la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental; o, ya en materia de inundaciones, el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación; etc.).

[1668] Resolución de 31 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 2014, por el que se aprueba el Plan Estatal de Protección Civil para Emergencias por Incendios Forestales.

[1669] Real Decreto 1070/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Plan estatal de protección civil ante el riesgo químico.

[1670] Sobre estos cambios, *vid.*, las reflexiones de ESTEVE PARDO, J., «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», en *Revista Española de Administración Pública*, núm. 119, 2003, págs. 323-345; y, también –incidiendo más recientemente en ello–, «La regulación de los riesgos. Gestionar la incertidumbre», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021, págs. 32-45.

allí donde no exista regulación[1671]. Pese a ello, el principio de precaución y sus instrumentos no restan utilidad o importancia a la figura que nos ocupa. Por un lado, porque la activación de una cláusula general –y, en congruencia, la posibilidad de dictar reglamentos de necesidad– puede realizarse incluso antes de que se haya producido efectivamente la situación catastrófica. Es decir, que, cuando así sea preciso y el riesgo sea cierto, podrá establecerse un estatuto jurídico concreto ante una situación de la que –de acuerdo con el principio de proporcionalidad– pueda afirmarse que concurren razones debidamente fundadas de que se producirá.

Y, por otro lado, porque, aunque las Leyes se hagan eco en sus medidas nominadas y en sus cláusulas generales de situaciones de marcados ecos decimonónicos (catástrofes naturales; epidemias; etc.), ello no significa que no puedan seguir gozando de utilidad hoy día: baste destacar que los reglamentos de necesidad en materia de aguas –*ex* artículo 58 TRLA– se han seguido dictando pese a la importancia y densidad de la planificación en materia de sequía[1672]. Además, aunque el principio de precaución –y, especialmente, la planificación de los riesgos– abogue por atacar la situación excepcional incluso antes de que aparezca, lo cierto es que, por desgracia, es imposible preverlo todo. La cláusula general es –y seguirá siendo– una válvula de seguridad frente a situaciones inciertas[1673] y sus reglamentos de necesidad el instrumento preciso para establecer el *ius certum* aplicable en tales circunstancias[1674].

Este carácter de mecanismo de *ultima ratio* está llamado a reverdecerse en los próximos años al albur de los riesgos climáticos y, especialmente, de los derivados de

[1671] Así lo afirma EMBID IRUJO, «Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos (*cit*.)», págs. 25 y ss., en relación con los reglamentos de necesidad en materia de sequías, dada la frecuencia de este fenómeno en nuestro país.
[1672] *Vid*., EMBID IRUJO, *op*. *cit*., págs. 25-58.
[1673] Ahora bien, ello no significa siempre que se utilicen como medidas más restrictivas respecto de las nominadas –aunque en muchas ocasiones así será– sino que la cláusula general se prevé para situaciones imprevistas en las que podrá imponerse un reglamento de necesidad. Esto último es coherente con el artículo 4.1 LRJSP, que exige la elección de la medida menos restrictiva; idea reiterada para el plano local por el artículo 6 RSCL.
[1674] Como recuerda SETUÁIN MENDÍA, «Respuestas jurídicas a la reciente situación de sequía en España (*cit*.)», págs. 149-193, pág. 157, respecto de los reglamentos de necesidad del artículo 58 TRLA «Limitar la aplicación del artículo 58 TRLA a la elección de las medidas dentro del 'catálogo' que ofrezca el PES [Plan Especial de Sequía] supone alterar el sentido de estos Reglamentos [de necesidad]. Y más si se tiene en cuenta que no todos presentan en este punto el mismo nivel de desarrollo, no tanto en lo referido al número o tipo de medidas –la diversidad es hasta cierto punto necesaria en demarcaciones diversas– sino, más allá, en su propia determinación, en la claridad con la que se identifican y con que explican sus impactos».

las nuevas tecnologías[1675]. Como no podía ser de otro modo, los avances llevan también aparejados riesgos. Riesgos que operan en un terreno que nos es desconocido y sobre el que nuestro ordenamiento jurídico aún no está maduro, precisando por ello de una respuesta por parte de los poderes públicos a fin de que los derechos de los individuos no se vean constreñidos[1676]. Ante tal incertidumbre, la capacidad de dictar reglamentos con base en una cláusula general de necesidad y ante situaciones imposibles de prever se torna más importante que nunca.

ii).- SU FUNCIÓN DE REMEDIO REGLAMENTARIO TEMPORAL

La misión del reglamento de necesidad es, por su naturaleza, coyuntural. Y es que este tipo de norma está llamada a crear el primer estatuto jurídico aplicable al contexto temporal de una situación excepcional imprevista.

Esta posición contrasta con la del resto de instrumentos de Derecho de necesidad destinados a encarar situaciones extraordinarias; misión que realizan desde otra perspectiva: las medidas estándar reconocidas en las Leyes –así como la planificación sectorial y de protección civil– dotan de seguridad jurídica a situaciones más o menos previsibles, mientras que el Decreto ley está llamado a servir como instrumento de política legislativa ante situaciones de crisis, incidiendo especialmente en las consecuencias económicas y sociales. Los estados excepcionales, por su parte, se dirigen –fundamentalmente– a la protección del orden público en situaciones más graves –con las salvedades y matices indicados para el estado de alarma[1677]– siendo admisible por ello, bajo el seno del de excepción y del de sitio, proceder a la suspensión de derechos fundamentales.

Así las cosas, los reglamentos de necesidad están llamados a precisar el régimen jurídico aplicable de las medidas dirigidas a confrontar–por lo general– «situaciones

[1675] En este sentido, NOGUEIRA LÓPEZ, «Derecho administrativo *para* la excepción… (*cit.*)», págs. 7-8, defiende que «en una sociedad del riesgo donde las amenazas naturales o tecnológicas van a tender a multiplicarse (efectos del cambio climático, riesgos tecnológicos…) no debemos abordar situaciones cada vez más habituales con herramientas de excepción [los estados excepcionales] que implican afectaciones incisivas de derechos inherentes a una sociedad democrática y alteraciones importantes del reparto constitucional de poderes».

[1676] DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos…* (*cit.*), especialmente págs. 389 y ss., nos brinda algunos ejemplos pasados pero reales.

[1677] Me remito a mis reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional en VILLAR CRESPO, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional… (*cit.*)», págs. 179 y ss.

extraordinarias más localizadas o singulares»[1678]. De ahí que la restricción de derechos que prevea se despliegue frente al número de sujetos que sea necesario –sea este determinado, determinable o indeterminado– y con la intensidad que también sea precisa. En efecto, el hecho de que las Leyes contengan una cláusula de cierre como esta se debe, precisamente, a que las demás medidas estándar no son suficientes. No es posible preverlo todo, del mismo modo que tampoco es posible prever el carácter concreto de las medidas. De ahí que la conjunción del mandato constitucional a los poderes públicos de preservar fines constitucionales legítimos exija la activación de las cláusulas generales de necesidad en el sentido de que puedan ir más allá en la limitación o delimitación ordinaria de derechos fundamentales cuando ello sea preciso, así como en la modulación de las reservas de Ley constitucionalmente consagradas[1679]. Todo ello, eso sí, con carácter puntual o coyuntural y supeditado al principio de proporcionalidad: cuanto más contundentes sean las medidas, más limitadas en el tiempo –en principio– deberán estar.

Su carácter de primera respuesta normativa y su nervio estrictamente coyuntural frente a un contexto imprevisto de crisis justifica esta laxitud en sus límites. Y es que, ante tal situación, lo primero es actuar. No es posible limitar mentalmente las actuaciones de una cláusula general –y de sus reglamentos de necesidad– en un plano teórico, precisamente porque no es posible tampoco exigir a la autoridad competente llamada a dictarlas que, en tales supuestos de imprevisión, acote con exactitud sus límites.

B).- LAS CLÁUSULAS GENERALES –Y SUS CORRELATIVOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD– COMO DERECHO DE NECESIDAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES INFRAESTATALES

Hemos constatado en el anterior epígrafe que la función del reglamento de necesidad responde a la siguiente idea: actuar lo más rápidamente posible frente a situaciones inciertas e imprevistas mediante la creación de un estatuto jurídico aplicable para el contexto temporal de crisis. Esta misión torna indispensable en el ámbito de las entidades territoriales infraestatales, precisamente porque éstas –y, concretamente, las

[1678] Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, pág. 861.

[1679] Sobre la relación de los reglamentos de necesidad con la Ley, así como con los derechos fundamentales, *vid*. los apartados III.2 y IV.1.C) del presente capítulo.

Comunidades Autónomas y los municipios– carecen de un Derecho constitucional de excepción que cumpla tal función.

La autonomía constitucionalmente reconocida a estas entidades territoriales exige la previsión de instrumentos de defensa efectiva que permitan su autoconservación; razonamiento que se adhiere a la justificación antes advertida del reglamento de necesidad: la obligación de los poderes públicos a actuar ante situaciones de crisis, para así garantizar los derechos de los ciudadanos. Precisamente por ello, las Comunidades Autónomas y municipios no pueden depender de las autoridades estatales para hacer frente a situaciones extraordinarias e inciertas. En otras palabras: no pueden esperar a que éstas activen los estados excepcionales constitucionalmente consagrados. De ahí que –ante situaciones como las indicadas– quepa una cierta flexibilización del reparto competencial constitucional y normativamente previsto[1680]. Esto, además, se subraya con el hecho de que las cláusulas generales reconocidas en las Leyes –y sus correlativos reglamentos de necesidad– sean suficientemente amplias como para cubrir la totalidad de calamidades a las que es preciso hacer frente en tal ámbito territorial limitado[1681].

Otro elemento que hay que tener en cuenta es la proximidad al ciudadano de la que gozan estas entidades territoriales. En efecto, éstas serán las primeras en advertir el problema, lo que les permitirá actuar con mayor presteza –evitando, de paso, su extensión a ámbitos territoriales superiores– y, además, con también mayor exactitud, al dirigirse a un conjunto poblacional más limitado y cercano al poder político-administrativo.

[1680] La STC 33/1982, FJ 3, recuerda que «no puede esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos. Pero para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas» (FJ 3). *Vid*., también, la STC 95/1984, FJ 8, en cuanto recuerda que «por razones de seguridad y urgencia es incluso susceptible [el principio de coordinación] de alterar el orden normal de competencias cuando no pueda esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes en caso de urgencia y necesidad».

[1681] Las expresiones contenidas en los artículos 30.4 y 31.1 del texto constitucional son suficientemente amplias para dar cobertura a todo tipo de «reglamentos de necesidad» previstos en nuestra normativa vigente. Se habla de «casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» y de «prestaciones personales o patrimoniales de carácter público», respectivamente y sin especificar más al efecto. Téngase en cuenta que tales referencias están conectadas a la noción de «protección civil» que, de acuerdo con el artículo 1 LSNPC, aparece como el «instrumento de la seguridad pública» o «servicio público» dirigido a la protección de «personas bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada».

i).- EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Derecho de necesidad autonómico se compone –al igual que el estatal– de una vertiente constitucional, comprendida esencialmente por el artículo 116 de la Constitución y en la LOAES, y otra de carácter legal, donde encontramos una miríada de normas relativas a la seguridad pública, tanto estatales como autonómicas.

Sin embargo, el Derecho de excepción constitucional –en su configuración actual– limita enormemente la capacidad de decisión y actuación por parte de las Comunidades Autónomas. En efecto, la declaración de los estados excepcionales de alarma y de excepción se produce, exclusivamente, por el Gobierno de la Nación (artículos 116.2 y 3 de la Constitución; artículos 4 y 13 LOAES), delimitando además el ámbito territorial de aplicación (artículos 6.2 y 13.2 LOAES), del mismo modo que la solicitud al Congreso para declarar el de sitio sólo puede ser realizado por aquél (artículos 116.3 de la Constitución y 32 LOAES).

La gestión de la crisis circunscrita al territorio autonómico –y los términos en los que se ha de producir– tampoco depende de la Comunidad Autónoma, sino únicamente del Gobierno. Esta conclusión se extrae de la dicción del artículo 5 LOAES que, para el caso del estado de alarma, prevé que cuando los supuestos excepcionales del artículo 4 «afecten exclusivamente a todo, o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma, podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma», pudiendo –sólo en estos casos– delegar su condición de «autoridad competente» al Presidente de la Comunidad Autónoma (artículo 7 LOAES), situación en la que podrá solicitar la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (artículo 9 LOAES). Respecto del estado de excepción, la LOAES es mucho más parca, dado que sólo el artículo 31 se refiere a la cuestión autonómica, indicando que cuando la declaración «afecte exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, la Autoridad gubernativa podrá coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de dicha Comunidad». Por su parte, en lo relativo al estado de sitio, la LOAES no hace referencia alguna, aunque tangencialmente alude al ámbito territorial y a las medidas en él aplicables (artículos 32.2 y 33.2 LOAES).

Como puede verse fácilmente, en estas situaciones de crisis extremas las Comunidades Autónomas no disponen de margen de actuación alguno: si se pretende que alguno de los estados excepcionales sea aplicado –exclusivamente– en territorio

autonómico se precisará de una solicitud previa al Gobierno de la Nación, que decidirá, en su caso, si proceder a realizar tal declaración y en qué términos el Presidente autonómico correspondiente queda habilitado para actuar. En otras palabras: la declaración, extensión, y efectos de los distintos estados excepcionales escapan a la decisión autonómica.

Esta afirmación ha de trufarse con la doctrina vertida por la reciente STC 183/2021, de 27 de octubre, que en su FJ 10 ha subrayado contundentemente que no es constitucionalmente posible establecer un estado excepcional «paraguas» a favor de las Comunidades Autónomas. Es decir, que es inconstitucional declarar un estado excepcional en el que se designen «autoridades competentes delegadas» a los Presidentes de las Comunidades Autónomas para que éstas procedan a dictar –bajo el amparo de la declaración del estado de alarma– las medidas correspondientes en su territorio[1682]. Así las cosas, los estados excepcionales –y, especialmente, el de alarma– quedan prácticamente inutilizados para las Comunidades Autónomas.

Ante tal situación, las Comunidades Autónomas no pueden quedar inermes. La exigencia de autoconservación late también en el principio de autonomía del artículo 137 de la Constitución, que termina por justificar la posibilidad de actuar ante situaciones excepcionales. Y el mandato constitucional a todos los poderes públicos de garantizar los derechos de los ciudadanos –*ex* artículos 9.3 y 53.1 de la Constitución– incluye también a estas entidades territoriales. Ahora bien, ante la ausencia de previsiones constitucionales al efecto, su Derecho de necesidad va a tener que ser, necesariamente, de corte legal. El reconocimiento del Decreto ley en el plano autonómico –hoy con carácter general en el artículo 127 *in fine* LPAC– termina por perfilar la función del reglamento de necesidad autonómico en un sentido similar al presente en el plano estatal[1683].

[1682] En palabras de este mismo FJ: «[e]l Gobierno, en suma, habría optado por un modelo de estado de alarma que buscaría la menor afectación posible del principio autonómico y la mayor eficacia. Ni se habría abstenido de precisar el ámbito territorial de ese estado de alarma, ni habría dejado de determinar los efectos de su declaración, consistentes en la habilitación a los presidentes de las comunidades autónomas para que, como autoridades delegadas, adoptasen las medidas necesarias, de entre las expresamente previstas, para hacer frente a la evolución negativa de la pandemia». Además, la sentencia –en este mismo FJ 10, D)– recuerda cómo en los debates parlamentarios de la LOAES se planteó la posibilidad adjudicar el carácter de «autoridad competente» a los Presidentes de las Comunidades Autónomas, terminando finalmente por ser rechazada.

[1683] Y es que –se insiste– los Decretos leyes no se erigen ya en genuinas disposiciones de necesidad, sino más bien, en instrumentos jurídicos de cariz regulatorio permanente, destinados, en su caso, a confrontar problemas económicos o sociales, pero no excepcionales o de necesidad.

En cualquier caso, ello no significa reducir su margen de actuación: las cláusulas generales presentes en la legislación básica –y replicadas en la autonómica– otorgan un amplísimo margen de apreciación tanto respecto del presupuesto habilitante para actuar como de las medidas a adoptar, siempre que, claro está, se respeten ciertos límites y, especialmente, el principio de proporcionalidad. Esta amplitud ha sido reconocida recientemente por la jurisprudencia en el ámbito de la salud pública y con motivo de la lucha contra la COVID-19, llegando a admitir nuestro Tribunal Supremo la posibilidad de incoar –sobre la base de la cláusula general del artículo 3 LOMESP– medidas idénticas a las presentes en el estado de alarma, tales como cierres perimetrales o confinamientos domiciliarios[1684]. Ahora bien, respecto de esta afirmación es todavía necesario realizar una precisión. La figura del reglamento de necesidad no puede entenderse como sustituta –a nivel autonómico– del Derecho constitucional de excepción. Como hemos subrayado en líneas anteriores las cláusulas generales de necesidad y sus correlativos reglamentos de necesidad se prevén para situaciones coyunturales, interinas, y no para una situación sostenida en el tiempo[1685].

Así las cosas, puede aseverarse que las cláusulas generales presentes en la normativa estatal y autonómica se erigen como el botón de cierre del Derecho de necesidad autonómico. Estas últimas previsiones a nivel regional muchas veces aparecen como innecesarias, dada su presencia ya en la normativa básica estatal a la que podrían recurrir directamente (sirvan de ejemplo las replicaciones en materia de seguridad alimentaria[1686], aguas[1687], o, también, salud pública[1688]). Pero en otras

[1684] En este sentido, también BOIX PALOP, A., «Impacto sobre la normalidad competencial de las situaciones excepcionales. Centralización y coordinación extraordinarias frente a la intensificación de las técnicas cooperativas y de colaboración», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, págs. 16 y ss. Téngase en cuenta, al efecto, la STS 1102/2021, de 2 de agosto, FD 9º.

[1685] Precisamente por ello, algunas de las medidas sanitarias de corte normativo desarrolladas sobre la base del artículo 3 LOMESP durante la pandemia no pueden considerarse como buenos ejemplos de la figura que nos ocupa. Me remito a lo expuesto *infra*, punto IV.1.C).i) de este capítulo.

[1686] Se replica la cláusula general prevista en el artículo 20 LSAN. Sin carácter exhaustivo, *vid*. el artículo 54 de la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de Política Agraria y Alimentaria, de la Comunidad Autónoma de País Vasco; o la prevista en el artículo 59 de la Ley gallega 2/2005, de 18 de febrero, de promoción y defensa de la calidad alimentaria gallega, aunque es destacable que, aunque habla de «las medidas cautelares o preventivas que estime oportunas», trata de establecer en los artículos siguientes una cierta pormenorización.

[1687] *Vid*., al efecto el artículo 31.2.c) del Decreto Legislativo 3/2003, de la legislación en materia de aguas de Cataluña, que alude explícitamente al artículo 58 TRLA.

[1688] Por ejemplo, el artículo 55 de la Ley catalana 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública, o el artículo 38 de la Ley gallega 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia; preceptos que, además, se remiten a la legislación estatal y a sus cláusulas generales. Es destacable que –a raíz de la crisis de la COVID-19– algunas Comunidades Autónomas han dictado normativa *ad hoc* en la materia (*v.gr*., la Ley vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19).

ocasiones su encaje puede ser más problemático, planteando, cuando menos, dudas de constitucionalidad, bien por no respetar la doctrina de la *lex repetita*[1689], bien por desbordar la normativa básica[1690]. Sea como sea, el reglamento de necesidad –dada su vocación de generalidad y permanencia dentro de su provisionalidad– aparece como la manifestación más contundente del Derecho autonómico de necesidad, pues permite establecer un marco jurídico concreto que complementa la norma de rango suficiente que la contiene, estableciendo el estatuto excepcional aplicable en cada caso.

En definitiva, en los últimos cuarenta años los riesgos se han multiplicado, al tiempo que el desarrollo de nuestro Estado compuesto ha llevado aparejado una paulatina ampliación competencial a favor de las Comunidades Autónomas que, como era de esperar, ha terminado por manifestarse también en el plano de las actuaciones de necesidad. Aún más, puede decirse que el modelo de Derecho de excepción previsto en la Constitución Española de 1978 ha quedado desfasado ante la evolución autonómica, habiendo pasado a ser la figura que ocupa estas líneas una cuestión de primer orden.

ii).- EN LOS MUNICIPIOS

La figura del Alcalde ha estado vinculada tradicionalmente al Derecho de necesidad en nuestro país. No sólo a través del reconocimiento de habilitaciones estándar o de carácter general en las Leyes de policía y de régimen local decimonónicas,

[1689] Baste recordar que el fenómeno de replicar disposiciones estatales en normas autonómicas ha sido criticado por nuestro Tribunal Constitucional, indicando que esta técnica normativa no sólo es deficiente, sino que incluso puede llegar a incurrir en inconstitucionalidad en algunos casos concretos (STC 341/2005, FJ 9; STC 51/2019, FJ 6), siendo admisible únicamente esta repetición de la Ley «con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico» (STC 73/2016, FJ 10, reiterada por la STC 51/2019, FJ 6).

[1690] Al efecto, TOSCANO GIL, «Los bandos del alcalde en situación de necesidad (*cit.*)», págs. 281 y 287, quien se inspira en lo indicado por VELASCO CABALLERO, F., «La forma de gobierno municipal», en FONT I LLOVET, T., y GALÁN GALÁN, A. (Dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2019*, 1ª ed., Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, 2020, pág. 50. Dice el primero que «lo que no puede hacerse por ley autonómica es establecer una regulación de las medidas del alcalde en situaciones de necesidad que altere el equilibrio de poderes con el pleno, por ser esta una materia reservada a la legislación básica, al afectar a la forma de gobierno municipal». Al efecto, considero destacable reseñar que el Tribunal Constitucional ha subrayado que, en materia de régimen local, corresponde al Estado, *ex* artículo 149.1.18ª del texto constitucional, fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales –organizativos y funcionales– y a las competencias de los entes locales. Las bases estatales en materia de régimen local tienen por tanto el doble cometido de concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales, y de concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones públicas (SSTC 103/2013, 143/2013) [STC 161/2013, FJ 3].

sino también en las Leyes de Orden Público, que permitirían al edil –en muchas ocasiones– proceder incluso a la activación los distintos estados excepcionales[1691].

Esta configuración histórica se mantiene hoy, aunque desde diferente prisma. Y es que, en la actualidad, las cláusulas generales de necesidad presentes en la normativa de régimen local se encuentran anudadas a la expresión de «reglamento de necesidad»[1692] –hasta el punto de haberse subrayado que estamos ante «el supuesto más significativo de los que todavía contempla la legislación vigente para este tipo de situaciones»[1693]– siendo la habilitación contenida en el artículo 21.1.m) LRBRL su

[1691] Esta posibilidad está hoy abandonada en la LOAES. No obstante, la vinculación de la actuación de los Alcaldes con los estados excepcionales se ha vuelto a poner de manifiesto con motivo del estado de alarma declarado a raíz de la COVID-19, lo que hace que –por regla general– estemos, simplemente, ante actos o –en su caso– normas de ejecución del citado estado excepcional, y no tanto ante reglamentos de necesidad *stricto sensu*. Sobre estas actuaciones bajo el paraguas del estado de alarma, *vid*. VELASCO CABALLERO, F., «Derecho local y COVID-19», en *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 59, enero-junio 2020, págs. 241 y ss.; GUILLÉN NAVARRO, «Los Bandos de Alcaldía en el ordenamiento jurídico español (*cit*.)», págs. 144 y ss.; GARCÍA RUBIO, F., «El derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 54, octubre 2020, págs. 68 y ss.; también TOSCANO GIL, «Los bandos del alcalde en situación de necesidad (*cit*.)», págs. 268 y ss., quien se plantea hasta qué punto tales actuaciones establecían restricciones adicionales y distintas a las incluidas en el Real Decreto 463/2020, declaratorio del estado de alarma, en tanto en cuanto distintos bandos edilicios delimitaron los horarios o las condiciones en los que era posible pasear al perro o hacer la compra bajo la situación de confinamiento domiciliario establecida por la activación del indicado estado excepcional; medidas todas ellas que llevarían incluso a que la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, el 27 de marzo de 2020, recordase a los municipios la falta de competencia para desbordar las limitaciones de derechos incluidas en el propio marco del estado de alarma, terminando los municipios por retirar sus actuaciones. Lo mismo puede decirse respecto de la pormenorización –o extensión– de medidas contenidas en las distintas Órdenes de Consejería autonómicas –dictadas con base en la Orden de 14 de agosto de 2020 del Ministro de Sanidad, y con fundamento en el artículo 65 de la Ley 16/2003, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud–, y que buscaba coordinar las actuaciones de las Comunidades Autónomas en la lucha contra la COVID-19; Órdenes que después fueron desarrolladas a través de actuaciones edilicias que delimitaron –o ampliaron– la restricción de derechos en el municipio. Sobre este último tema, *vid*. GUILLÉN NAVARRO, *op. cit*., págs. 150 y ss. En cualquier caso, el análisis de todas estas medidas –dictadas en ejecución o desarrollo de las actuaciones estatales (estado de alarma) y autonómicas (normas sanitarias)– excede del presente trabajo, en tanto en cuanto éstas no se dictaron –o al menos no exclusivamente– con base en el artículo 21.1.m) LRBRL.

[1692] La práctica totalidad de la doctrina española –donde destacan los especialistas en temas locales– siguen esta estela. *Vid*., EMBID IRUJO, «Ordenanzas y reglamentos municipales (*cit*.)», pág. 735, recuerda que los bandos del Alcalde sólo podrán tener contenido normativo en los supuestos del –hoy– artículo 21.1.m) LRBRL «lo que nos sitúa ante lo que en la doctrina es conocido como 'reglamentos de necesidad' y que, en virtud de esa necesidad, pueden excepcionar las reglas normales establecidas de la competencia y de la jerarquía normativa»; también en *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español* (*cit*.), págs. 106 y ss.; GALÁN GALÁN, *El Reglamento Orgánico Local* (*cit*.), pág. 107; RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local* (*cit*.), pág. 83, bajo la expresión de «bandos de necesidad»; o, en fin, VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes* (*cit*.), págs. 314 y 316.

[1693] SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo* (*cit*.), pág. 192. En sentido similar, FARRÉ TOUS, «Los bandos del Alcalde (*cit*.)», pág. 115, sostiene que estamos ante «una manifestación de los reglamentos de necesidad en el ámbito local».

ejemplo más paradigmático[1694]. A este supuesto, además, han de añadirse las previsiones de la normativa especial[1695] y autonómica[1696].

La fundamentación y justificación constitucional del reglamento de necesidad goza de mayor nitidez en el plano local. Y es que del reconocimiento de la autonomía local por parte de nuestra Constitución (*ex* artículo 140) –y de su configuración como genuina garantía institucional (por todas, STC 32/1981, de 28 de julio, FFJJ 2 y 3)– se extrae no sólo una capacidad de autogobierno, sino también la posibilidad de actuar –aunque sea coyunturalmente– ante situaciones de crisis, con objeto de confrontar una situación excepcional.

A ello se debe añadir que el mandato constitucional de los poderes públicos de garantizar los derechos fundamentales –artículos 9.3 y 53.1 de la Constitución– se torna aquí todavía más esencial. La actuación por parte del Alcalde ante un contexto de crisis es la que permite –en su caso– cortar el problema de raíz y evitar su expansión y

[1694] El precepto indica que: «El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones (...) Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno». Téngase en cuenta también otras habilitaciones generales presentes en la normativa de régimen local por razón del municipio, como el artículo 124.4.h) LRBRL (para grandes municipios), el artículo 14.3.f) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (para el municipio de Madrid), o, en fin, el artículo 13.1.l) de la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona (para el municipio de Barcelona).

[1695] La mera alusión a la «autoridad competente» como órgano capaz de activar las distintas cláusulas generales de necesidad nos conduce –en muchos casos– a que sea precisamente el Alcalde quien pueda hacer uso de ellas, pudiendo citarse a título ejemplificativo el artículo 3 de la LOMESP. Al efecto, defiende CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, 1ª ed., Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 149, especialmente nota 114, que la referencia de esta norma a las «autoridades sanitarias» incluye a las locales por dos motivos: primero, porque «donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros»; y, en segundo punto, porque la situación de proximidad de las entidades locales a la ciudadanía les permite ofrecer «una respuesta pública inmediata».

[1696] A título ejemplificativo puede citarse el artículo 53.1.m) del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña; el artículo 61.1.k) de la Ley 5/1997, de 22 de junio, de Administración Local de Galicia (que, por cierto, en vez de medidas necesarias habla de «medidas precisas y adecuadas»); o el artículo 30.1.l) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, que ha de ponerse en conexión con su artículo 142.2, donde parece atribuirle el carácter de «bando» a tales actuaciones. En sentido idéntico puede verse el artículo 104 de la Ley balear 20/2006, municipal y de régimen local de las Illes Balears. Además, hay algunas Comunidades Autónomas que no recogen esta habilitación –por ejemplo, la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid o la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León– o que se desmarcan de lo indicado al no prever una cláusula general concreta, pero sí esta tradicional potestad del Alcalde, siendo el caso del apartado 1.d) de la disposición adicional I de la Ley vasca 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi, que indica que: «Las normas dictadas por las entidades locales adoptarán las siguientes formas: (...) d) Bandos de alcaldía: Disposiciones de carácter general dictadas por el alcalde o alcaldesa en situaciones de excepcionalidad o urgencia. Su objeto puede ser también el de mero recordatorio de obligaciones o anuncios, supuesto en el que no tienen valor normativo».

desarrollo al ámbito autonómico o incluso estatal[1697]. Estamos, pues, ante la primera fase de una situación de necesidad, ostentando este poder el Alcalde en detrimento del Pleno –como ha defendido algún autor– «por ser aquél órgano unipersonal mucho más adecuado para enfrentar con celeridad esas situaciones»[1698]. Tiene, en definitiva, la función de preservar el municipio, como expresión de la autonomía local[1699].

Así pues, las cláusulas generales de necesidad a favor del Alcalde constituyen el elemento sustancial del «Derecho de necesidad local», teniendo fundamento constitucional claro no sólo –como el resto de habilitaciones de esta índole– en el artículo 30.4 de la Constitución y el resto de preceptos conexos[1700], sino también en la propia autonomía local. Y es que –se insiste– la capacidad de autogobierno lleva aparejada, como no podría ser de otro modo, la de autoconservación.

En intrínseca conexión con la idea de la autonomía local –y de la legitimación democrática de los órganos locales– se ha venido erigiendo la tesis de la vinculación negativa a la Ley en el plano local[1701]. Esta posición podría configurarse, *a priori*, como un argumento más a favor de los poderes de necesidad del Alcalde que aquí se anotan. Sin embargo, se ha de destacar que –no ya por las dificultades que podría plantear el extrapolar esta posición de la ordenanza local al bando u otra actuación edilicia[1702]– la

[1697] A título ejemplificativo, se ha de destacar que así se procedió en el supuesto de la tormenta de nieve «Filomena». Desde el Ayuntamiento de Madrid se dictó en primer lugar el Decreto del Alcalde de 10 de enero de 2021, con objeto de establecer ciertas medidas extraordinarias. Sólo en un segundo momento se procedió a emitir el Acuerdo de 14 de enero de 2021 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueba solicitar al Gobierno de España la declaración de la ciudad de Madrid de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil, prevista en la LSNPC, con objeto de confrontar la situación desde un plano supramunicipal.

[1698] REBOLLO PUIG, M., GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A., «Artículo 21», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tomo I, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 485.

[1699] *Cfr*. con MORELL OCAÑA, L., *El régimen local español*, Tomo I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1988, pág. 574, para quien la atribución del Alcalde en el marco del –hoy– artículo 21.1.m) LRBRL aparece como una de las competencias «que en el pasado se le atribuyeron en cuanto eslabón último de la autoridad gubernativa del Estado» y que hoy se erige como un reconocimiento para que actúe «en sustitución de la autoridad gubernativa del Estado, cuando ésta no puede estar presente y asumir aquél ejercicio [el de actuar en materia de seguridad pública, por razones de urgencia]».

[1700] *Vid*. *supra*, el punto II.1 del presente capítulo.

[1701] La idea de la vinculación negativa a la Ley de la Administración local está muy extendida, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Me remito a lo indicado en el punto II.1 del capítulo segundo de esta segunda parte de la obra.

[1702] La doctrina de la vinculación negativa se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente respecto de las ordenanzas locales. La explicación es clara: es el método común de intervención administrativa (ordenanzas de seguridad, tributarias, etc.). Ahora bien, los bandos del Alcalde son también, como reconoce el artículo 84.1.a) LRBRL, un mecanismo de intervención en «la actividad de los ciudadanos», siendo por ello trasladables en este punto las apuntadas reflexiones. Es interesante, en este sentido, REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, «Artículo 84 (*cit.*)», págs. 2155 y ss., y especialmente –en lo concerniente a los bandos– págs. 2244 y ss.

aplicación práctica del principio de vinculación negativa en el caso que nos ocupa no añadiría nada nuevo a la justificación de estos poderes: la habilitación genérica que realiza el artículo 21.1.m) LRBRL: recordemos que el precepto permite al Alcalde dictar las «medidas necesarias», esto es, realizar prácticamente todo[1703].

En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido esta función de autoconservación municipal de cláusula general, habiendo admitido dictar o desarrollar «medidas necesarias» bastantes para proceder –a través de la su mera activación– al secuestro del servicio en caso de acumulación de basura (STS de 23 de septiembre de 1991); a la realización de obras con carácter urgente como consecuencia de contaminación en los pozos de captación de agua (STS de 24 de febrero de 1992); al cierre cautelar de un camping inundado (STS de 5 de diciembre de 2001)[1704]; a la paralización de la actividad industrial como consecuencia de un escape de dióxido de azufre (STS de 21 de octubre de 2003[1705]); a la intervención ante la posibilidad de un desabastecimiento de agua (STS de 19 de diciembre de 1991 y STS de 29 de marzo de 1996[1706]); o, en fin, a la suspensión de la tramitación de expedientes sobre petición de licencia de instalación de antenas de repetición de telefonía (SSTSJCyL 2310/2005 de 14 de octubre y 729/2008, de 28 de abril[1707]).

[1703] REBOLLO PUIG, GOSÁLBEZ PEQUEÑO y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Artículo 21 (*cit.*)», pág. 486.

[1704] La sentencia admite que –sobre la base de una «orden de la Alcaldía»– se proceda, con fundamento en la cláusula general local, a realizar obras de necesidad inmediata por parte del Ayuntamiento (en el ámbito material que le correspondía al concesionario) consistentes en la instalación de una tubería para el abastecimiento de agua de un camping motivadas por «una contaminación en los pozos de captación de agua para dicho Camping y amenazar peligrosamente la salud de la población acampada (400-500 personas)».

[1705] *Vid*., también, como correlativa a ésta, la STS de 30 de septiembre de 2003, que resuelve sobre la impugnación de las actuaciones del Gobierno vasco en la materia –realizadas, por cierto, sin un fundamento jurídico claro– y que son dadas por válidas por el Alto Tribunal.

[1706] La STS de 1991 permite la activación de los poderes de necesidad del Alcalde ante «un grave riesgo de infortunio público como era el que se produjese la falta total de agua para el consumo humano en la barriada contigua». En la de 1996, el Alto Tribunal anula una intervención del Ayuntamiento en el servicio de abastecimiento de aguas en dos urbanizaciones de Boadilla del Monte, aunque destaca que ésta habría sido ajustada a Derecho en caso de haberse realizado sobre la base la cláusula general local. En otras palabras, reconoce que «restablecer el abastecimiento de agua» cumpliría el presupuesto habilitante.

[1707] Las actuaciones –Instrucción en el caso de la STSJ de 2005 y Decreto en la de 2008– son anuladas por la Sala que, en ambos casos, rechaza que –como esgrimía el Ayuntamiento– estemos ante un «reglamento de necesidad», no tanto porque no se cumpla el presupuesto habilitante, sino porque cuando se dicte una medida de esta índole se ha de hacer constar que se produce con fundamento en el artículo 21.1.m) LRBRL y, además, se acredite por la Administración que concurren los requisitos para ser dictado, esto es, se motive (FFDD 3º de ambas SSTSJ).

La mayoría de estos supuestos –a los que habría que añadir otros que no llegaron a judicializarse[1708], otros que se produjeron antes de la entrada en vigor de la Constitución[1709] o, en fin, otros que están previstos en la normativa de régimen local[1710]– son difícilmente definibles como reglamentos de necesidad *stricto sensu*, en tanto en cuanto no parece posible dilucidar su contenido normativo, si bien ser erigen como botón de muestra de las posibilidades de esta cláusula general, siendo sencillo –en la mayoría de estos casos– imaginar situaciones de corte similar en los que sí se precise establecer un estatuto jurídico temporal (reglamento).

Además, de la habilitación general se desprende la posibilidad de intervención del Alcalde ante todo tipo de situaciones, incluidas las circunscritas al ámbito tradicional del «orden público»[1711]. De ahí que pueda afirmarse que la cláusula general de necesidad local se asemeja a las previstas en las Constituciones germánicas decimonónicas: tanto el Monarca como el Alcalde pueden intervenir

[1708] Me refiero a las actuaciones de los Alcaldes realizadas con motivo del fenómeno meteorológico «Filomena» –a las que antes nos hemos referido–, así como incoadas a raíz de la crisis de la COVID-19. En relación con estas últimas, éstas se limitaron –fundamentalmente– a medidas de carácter organizativo (suspensión de actividades de los Ayuntamientos, establecimiento de servicios mínimos, reorganización del trabajo, etc.), como ya destaqué en VILLAR CRESPO, «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español (*cit.*)», págs. 10 y ss., y a cuyos ejemplos concretos me remito.

[1709] Con las preceptivas cautelas, dado que el Alcalde bajo la LRL de 1950 se encajaba como Delegado del Gobierno en el término. No obstante, *vid*., con fundamento en la cláusula general presente en el artículo 117.d) LRL –de dicción prácticamente idéntica a la que aquí se anota– la STS de 10 de febrero de 1958, que entiende conforme a derecho la actuación del Alcalde ante una edificación en peligro inminente de ruina; o la STS de 26 de enero de 1978, que permite incluso la inaplicación de una sentencia para evitar la expansión de un brote pandémico. Sobre los poderes de necesidad del Alcalde y la jurisprudencia durante el periodo preconstitucional, *vid*. *supra*, punto V.2.B).ii) del capítulo primero de la segunda parte de este trabajo, así como toda la bibliografía allí citada a la que me remito.

[1710] Sin querer entrar en su discutible conformidad con la distribución competencial, sirva de ejemplo el –ya citado– artículo 237 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que –en sus apartados 3 y 4, dejan entrever cómo en un bando de necesidad –«de urgencia», los denomina la norma– podría establecerse incluso un régimen sancionador.

[1711] *Vid*. la STS de 23 de julio de 2003, en la que se resuelve sobre una actuación del Alcalde que limita horarios comerciales y establece sanciones sobre la base del –hoy– artículo 21.1.m) LRBRL, con objeto de obligar al cierre nocturno de la única tienda de la localidad abierta de la que pudieron salir botellas que más tarde fueron utilizadas para provocar daños y alteraciones en el orden público; medidas que fueron rechazadas como acordes al ordenamiento jurídico por el TSJ de Cataluña y sobre las que el Tribunal Supremo decidió no entrar en casación sobre el fondo del asunto, por entender que no se cumplían los requisitos formales para ello. En este caso es evidente que estamos ante una actuación de contenido normativo, de ahí que REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, «Artículo 84 (*cit.*)», pág. 2252, nota 108, lo cataloguen de «reglamento de necesidad». Téngase en cuenta también que la STC 148/2021, FJ 11, ha reconfigurado la noción tradicional de «orden público», ampliando su espectro, hacia otra más amplia: el «orden público constitucional».

ante toda situación de alteración de la seguridad o el orden público dictando cualesquiera medidas necesarias para confrontar el contexto de crisis[1712].

Tales actuaciones incluyen los reglamentos de necesidad que aquí nos ocupan, que buscarán establecer un marco jurídico temporal aplicable a una situación excepcional e imprevista, conteniéndose en ellos cualquier tipo de medida –incluso aunque la materia esté atribuida al Pleno; alterando las reglas competenciales[1713]– con objeto de lograr la autoconservación del municipio y la salvaguarda de los derechos fundamentales de los vecinos.

III.- LA SINGULARIDAD DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN SU RELACIÓN CON LA LEY

De acuerdo con la literatura jurídica mayoritaria la emisión de un reglamento de necesidad implica el despliegue de una eficacia jurídica *contra legem* o, al menos, una modulación de los principios de legalidad y de reserva de Ley. Sin embargo, estas concepciones tradicionales merecen un análisis detallado, a fin de entender la verdadera relación del reglamento de necesidad con la Ley.

1.- DEL REGLAMENTO *CONTRA LEGEM* AL REGLAMENTO «COMPLEMENTARIO»: ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN «AUXILIAR» DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD

La configuración del reglamento de necesidad como contrario a la Ley responde al contexto en el que se produjo la recepción de esta categoría en nuestro sistema jurídico hace más de cien años: ante la ausencia de previsión legal se dictaban

[1712] REBOLLO PUIG, GOSÁLBEZ PEQUEÑO y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Artículo 21 (*cit.*)», pág. 486. Por ejemplo, la STS de 21 de octubre de 2003, FD 3º, permite la activación de la cláusula general del artículo 21.1.m) LRBRL frente a «la existencia de un grave riesgo para la salud pública», por lo que aparece como sustitutivo de las cláusulas generales en materia sanitaria. También puede decirse lo propio respecto de las catástrofes relacionadas con el agua, dado que –aunque la habilitación para dictar reglamentos de necesidad a nivel estatal y autonómico se encuentra en el artículo 58 TRLA– a nivel local, recuerda EMBID IRUJO, «Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos (*cit.*)», pág. 67, nota 112, en materia de inundaciones es el Alcalde el que ostentará la competencia en su término municipal, en virtud de artículo 21.1.1.m) LRBRL siendo éste «uno de los ejemplos –escasos– en el derecho español de 'reglamentos de necesidad'». Y, en fin, también en lo que concierne a la cláusula general prevista en el artículo 26 LSA, como recuerda REBOLLO PUIG, «Sanidad animal: marco general y principios jurídicos (*cit.*)», págs. 27-28, al afirmar que «[e]n nuestro ámbito de la sanidad animal podría suponer incluso un aumento de las competencias municipales para lo cual dan sustento los arts. 21.1.m) y 124.4.h) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local».

[1713] ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), pág. 378; también REBOLLO PUIG, GOSÁLBEZ PEQUEÑO y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Artículo 21 (*cit.*)», pág. 485, quienes matizan que esta letra m) del artículo 21.1 LRBRL no añade una competencia más al Alcalde, sino que meramente «incorpora una regla que altera para circunstancias excepcionales todo el sistema normal de distribución de competencias entre Pleno y Alcalde».

reglamentos en situaciones excepcionales sin fundamento legal alguno, hecho que provocó que la literatura jurídica los adjetivase como *contra legem*. El adagio latino se ha mantenido hasta la actualidad, siendo utilizado aún por algún importante sector doctrinal[1714], así como –en ocasiones– por la propia jurisprudencia[1715].

Sin embargo, la paulatina reclusión del reglamento de necesidad en cláusulas generales de necesidad difícil sostener todavía esta posición: el reglamento de necesidad no surge ya como consecuencia de una mera situación de hecho, sino que emana de una concreta habilitación prevista en la Ley. Si la naturaleza del reglamento de necesidad antes se asemejaba a la de un reglamento independiente[1716], ahora se acerca más a la del reglamento ejecutivo, en tanto en cuanto aparece previsto por la Ley. Por muy amplia que sea la habilitación general de la Ley, su mera presencia impide calificar a sus productos como contrarios a ella[1717]. En otras palabras: si hay previsión legal –si la

[1714] Baste citar al efecto a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, págs., 246 y ss., o a RODRÍGUEZ-ARANA, «Ley y reglamento en el Derecho Administrativo español (*cit.*)», págs. 1177-1179. Otros, aunque sin hacer uso de ella, indican que estos reglamentos pueden ir contra las Leyes, así REBOLLO PUIG, «Lección 8: la potestad reglamentaria (*cit.*)», en págs. 240-241. Pese a ello, en los últimos años parece abogarse por una posición contraria. Así, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo (cit.*), pág. 751, matiza tal configuración *contra legem* indicando que «más bien, de lo que se trata es de una manifestación de potestad reglamentaria excepcional»; posición compartida por PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 266-267; o, en fin, BALAGUER CALLEJÓN, «Capítulo VIII. Las fuentes reglamentarias (*cit.*)», pág. 199. En sentido similar, VILLAR PALASÍ, y VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 226, subrayan que «este tipo de reglamentos no adoptan la forma de disposiciones 'contra legem' ya que, generalmente, se encuentran previstos en las propias Leyes no dando así a una colisión entre éstas y los reglamentos que se produzcan en tales situaciones (en la medida en que la excepción a la Ley está ya contemplada en la misma)»;o, también, FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo* (*cit.*), Vol. I, pág. 428, recuerda que «este poder reglamentario de excepción no se puede entender en la actualidad como un poder implícito del Gobierno para dictar reglamentos *contra legem*, sino que el mismo siempre debe contar con la correspondiente cobertura legal». Por último, ya concretamente sobre este tema, también BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit.*)», págs. 2159-2160, subrayando que «[e]s hora ya de desprenderse del tópico del reglamento *contra legem* y reconocer paladinamente que los poderes de excepción también están sujetos a la razón del Derecho».

[1715] Las primeras sentencias sobre la materia (SSTS 22 de octubre de 1981 y de 10 de diciembre de 1982) y en alguna otra posterior (STS de 18 de marzo 1993) recogieron la expresión. El sintagma latino se abandona a partir de la STS de 19 de julio de 1993 –salvo error mío y con la excepción de la STS de 1 de octubre de 1997, FJ 4– hasta la actualidad. Y es que tampoco hace uso de la expresión la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cataloga las actuaciones gubernamentales excepcionales en materia de aguas como «reglamentos de necesidad» (por todas, STS de 12 de julio de 1993). Únicamente alguna Sala territorial la mantiene en algún momento posterior; aunque, eso sí, con fundamento –como no podía ser de otro modo– en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal de principios de los años noventa (*vid*., STSJPV de 21 de marzo de 2005; las dos SSTSJ Andalucía, de 14 de abril de 2008, FD 2º y FD 1º respectivamente). Sin embargo, parece ser esta ya una posición minoritaria.

[1716] En este sentido, BAÑO LEÓN, *op. cit*., págs. 2156-2157, cuando indica que este reglamento «tiene una justificación histórica en la teoría del Estado, que se solapa con la del reglamento independiente».

[1717] Los artículos 47.2 y 128.2 LPAC recuerdan que los reglamentos que sean contrarios a las Leyes son ilegales y, en congruencia, nulos de pleno Derecho. Esta misma regla la encontramos en el ámbito local, en el artículo 55 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Tampoco la doctrina del Tribunal Constitucional ofrece lugar a dudas, habiendo recordado que «ni las apelaciones a la necesidad pueden

necesidad tiene Ley– no hay vulneración de ésta y, en congruencia, no hay tampoco actuación *contraria a la Ley*[1718].

Por su parte, la aludida proximidad al reglamento ejecutivo (*secundum legem*) es relativa, dado que su eficacia y finalidad desbordan el mero desarrollo o ejecución de la Ley[1719]. En efecto, el reglamento de necesidad pretende «auxiliar» a la Ley para dotar de regulación o de estatuto jurídico temporal a la situación excepcional, al no disponer ella de medios para hacerlo por sí misma, dada la marcada situación de imprevisibilidad. Tal función excede, con mucho, la tradicional misión asignada a los reglamentos ejecutivos en nuestro país[1720], así como también en el Derecho comparado[1721]. Así, aunque en ambos casos el reglamento busque adaptar o desarrollar

hacerse valer por encima de la legalidad, ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la ley (sobre este último extremo, aunque para otros supuestos, SSTC 52/1983, de 7 de julio, FJ 5, y 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3)» [STC 183/2021, FJ 3, B), e)].

[1718] El único supuesto imaginable de disposiciones *contra legem* que podrían tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico son –en su caso– aquellas relativas a la transposición de Derecho de la Unión Europea. Hablamos de supuestos en los que las Administraciones Públicas se vean obligadas a transponer Directivas europeas a través de reglamentos, vulnerando la reserva de Ley, por haber vencido el plazo de transposición y con objeto de evitar un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, pág. 212. *In extenso*, sobre esta cuestión, *vid*. las reflexiones de DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., *La reserva de Ley en la transposición de Directivas europeas*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2016, págs. 183 y ss.

[1719] Tal vez por ello algún autor ha tratado de configurarlos como disposiciones «a caballo» entre éstos y los de necesidad, así ALZAGA VILLAAMIL y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978* (*cit*.), págs., 531-532.

[1720] El Tribunal Constitucional ha terminado por configurar el reglamento ejecutivo en los siguientes términos: «aquellos que están directamente y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (o Leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el Reglamento» (por todas, STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 4). La sentencia reproduce la tradicional concepción ya presente en la Moción del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1969, los reglamentos ejecutivos de las Leyes, trasladándose después a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sobre el tema, *vid*., *in extenso*, MUÑOZ MACHADO, S., «Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 77, mayo-agosto, 1975, págs. 139 y ss.

[1721] En Alemania, hemos visto, la posibilidad de dictar reglamentos sobre la base de una cláusula general en el ámbito del Derecho de prevención de peligros (*Gefahrenabwehrrecht*), ha hecho que la doctrina distinga entre «reglamentos de ejecución» (*Ausführungsverordnungen*) y «reglamentos de aplicación de la Ley» (*gesetzanwende Verordnungen*), siendo estos últimos los que –excediendo la mera ejecución de la Ley– pueden establecer nuevas obligaciones para los particulares, al trasladarse a la discrecionalidad de la autoridad la posibilidad de regular situaciones diferentes a las previstas en la norma legal. En Italia a raíz del «poder de ordenanza» (*potere di ordinanza*) –o potestad para dictar «ordenanzas de necesidad»– se discutió la vulneración del principio de legalidad (dado que no estamos ante actuaciones, normativas, cuando lo son, de ejecución o desarrollo legal), llegándose a la conclusión de que, más bien, lo que se producía era una modulación del principio de tipicidad de las actuaciones administrativas, prefiriéndose por ello –todavía hoy– la expresión *extra ordinem*. Sobre ambas cuestiones, *vid*. *supra*, los capítulos segundo y cuarto de la primera parte de esta obra, respectivamente. Por su parte, en nuestro país, la doctrina reconoce que el reglamento hoy día excede ya la mera ejecución de la Ley, así GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa autónoma local*, 1ª ed., Atelier, Barcelona, 2001, pág. 36, recuerda que el reglamento se concibe ya, en muchas ocasiones, «como el vehículo habitual para la manifestación y actuación de la voluntad propia del ente que las dicta, y no como mero instrumento para la ejecución de una voluntad ajena, esto es, la voluntad contenida en la ley».

las medidas previstas por la norma legal, lo cierto es que unas normas y otras gozan de distinta justificación en nuestro ordenamiento jurídico y persiguen fines distintos, de ahí que su régimen jurídico sea también –obligadamente– diferenciado para poder alcanzarlos[1722].

Es por ello por lo que el Tribunal Supremo sostiene que estos reglamentos no se dictan en ejecución de la Ley, sino «en uso de las facultades que la ley concede»[1723]. Estamos, en definitiva, ante reglamentos con carácter y mimbres propios, dictados sobre la base de una Ley autorizante, que establecen un estatuto jurídico transitorio ante una situación excepcional[1724]. En este sentido, se recuerda que la potestad reglamentaria no tiene límites intrínsecos, sino que éstos aparecen marcados por las propias Leyes habilitantes. Así lo recuerda la STC 108/1986, FJ 24, cuando indica que «[n]o hay, por tanto, razones suficientes para admitir la limitación objetiva de la potestad reglamentaria (…) Antes bien, debe entenderse que esa potestad reglamentaria se extiende, como dice el art. 97 de la Constitución, a todo lo que le autoricen esta y las leyes».

[1722] En este sentido, también MARINA JALVO, *op. cit.*, pág. 137, que, además, recuerda que «[l]a regulación establecida por los reglamentos de necesidad no debe asimilarse a un desarrollo ejecutivo de la ley (…) en la práctica, se confunden las funciones normativas de éstos y las de los reglamentos ejecutivos (…) precisamente en estos supuestos de mayor proximidad debe evitarse la confusión entre ambos tipos de normas y de funciones normativas», pues si a los reglamentos de necesidad «se les da naturaleza de disposiciones generales de carácter ejecutivo y se les imponen las exigencias de elaboración propias de esta últimos, se anula la facultad de adecuación del ordenamiento a situaciones excepcionales que la necesidad otorga a los poderes públicos».

[1723] Recordemos que la potestad reglamentaria es originaria (*ex* artículo 97 del texto constitucional) y que la Ley sólo ha de autorizar al reglamento para actuar en aquellos ámbitos que le están vedados. *Vid*., el punto II.1 del capítulo segundo de la segunda parte de este trabajo.

[1724] La idea de que existen otro tipo de reglamentos que no encajan dentro de las categorías clásicas de ejecutivos e independientes ya se planteó hace cerca de cincuenta años, así MUÑOZ MACHADO, «Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español (*cit.*)», págs. 139 y ss., ideas reiteradas hoy en su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (*cit.*), pág. 101, recordando que «no todas esas regulaciones de desarrollo de la ley tienen idéntico régimen jurídico». *Vid*., también, TORNOS MAS, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional (*cit.*)», pág. 486, ya destacaba que «en algunos casos, el Reglamento es verdaderamente ejecutivo (...) pero en otros casos la norma legal será una autorización mucho más amplia, de forma que el Reglamento no ejecuta, sino más bien regula, según los criterios del Gobierno, algún aspecto material que le ha sido remitido por la Ley. En este último caso no estamos ante un Reglamento independiente, pues existe una reserva material de Ley, y ha sido precisa una ley previa de la que trae causa el Reglamento. Pero no es tampoco verdaderamente ejecutivo, no desarrolla el contenido de Ley alguna, sino que regula de hecho sin límite material aquel contenido que la Ley le permite. Pudiera, pues, reconocerse la existencia de reglamentos que calificaremos de 'remitidos' o dictados 'por remisión' como tercer género junto a los ejecutivos e independientes». Más recientemente, REBOLLO PUIG, «Lección 8: la potestad reglamentaria (*cit.*)», pág. 245, establece una clasificación de la potestad reglamentaria aludiendo a esta complementariedad de los reglamentos –siendo singularmente cercano al concepto que nos ocupa el que denomina «habilitado y complementario»– que puede exceder de una ejecución en el sentido más tradicional.

La eficacia que despliega el reglamento de necesidad es complementaria de la Ley, interina y excepcional. Con su emisión se establecen –a discrecionalidad de la autoridad competente– nuevas medidas, nuevas disposiciones normativas, para hacer frente a una situación de necesidad; medidas cuyo contenido es enormemente casuístico, pues dependen de lo que requiera la situación excepcional: pueden ir desde el establecimiento de una regulación más restrictiva sobre negocios e industrias o sobre la libertad deambulatoria, pasando por la previsión de procedimientos abreviados adicionales para la emisión de las medidas dictadas bajo su seno, hasta, incluso, el establecimiento de un régimen sancionador dirigido a garantizar su cumplimiento[1725]. Se «complementa» así –siguiendo con la expresión aducida– a la Ley habilitante, que es, naturalmente, incapaz de prever y pormenorizar todas y cada una de las situaciones excepcionales.

No obstante, su eficacia no tiene porqué ir acompañada de un concreto adagio latino[1726]. De hecho, su utilización puede generar confusión, del mismo modo que acaece respecto de los términos de *secundum* y *praeter legem* para los ejecutivos y los independientes, respectivamente[1727]. Y es que la utilización de vocablos de esta índole para tratar de explicar la función de los reglamentos –más allá de criterios estrictamente pedagógicos– no parece jurídicamente exacta. Como ya destacó GIANNINI, este tipo de

[1725] Algunas de estas previsiones pueden encontrarse en los reglamentos de necesidad dictados al amparo del artículo 58 TRLA. Sobre el tema, *vid*., MARINA JALVO, *op*. *cit*., págs. 128 y ss.

[1726] *Cfr*. con GALLEGO ANABITARTE, y MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97: funciones del Gobierno (*cit*.)», págs. 182 y ss., 192 y ss., quienes –comentando la citada STS de 12 de julio de 1993 y que califica a un Real Decreto de «reglamento de necesidad»– sostienen que «[a]hora bien, aunque no se trata de un Reglamento ejecutivo en el sentido habitual (en eso tiene razón el Tribunal), precisamente por estar prevista en la Ley (en el caso, art. 56 de la Ley de Aguas) la adopción de estas medidas excepcionales, lo correcto sería decir que es un Reglamento *intra legem*, porque la calificación como 'de necesidad' es meramente descriptiva de las circunstancias que justifican su aprobación, pero en modo alguno justifica la aplicación de un régimen jurídico excepcional que vaya más allá de lo previsto en la propia Ley».

[1727] BAÑO LEÓN, J. M.ª, «Artículo 97: la potestad reglamentaria», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo II, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 396, recuerda que «la distinción entre reglamentos independientes y ejecutivos ha quedado hasta cierto punto diluida y es que indica que la distinción entre reglamento ejecutivo y reglamento independiente, después de la Constitución de 1978, tiene mucha menos importancia, porque en todos los ámbitos reservados a la ley, que son muchos, no puede haber reglamentos independientes de la ley. Podría decirse, en definitiva, que si no fuera por el hecho de que los reglamentos ejecutivos requieren dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano equiparable de la Comunidad Autónoma, tal distinción carecería de relieve práctico alguno. Lo importante de la relación entre ley y reglamento es conocer en qué medida la reserva de ley condiciona el reglamento».

referencias no son más que la manifestación de un inaceptable «primitivismo jurídico», carente de rigor académico[1728].

En definitiva, los reglamentos de necesidad no pueden ser concebidos ya como *contra legem*. La eficacia de este tipo de normas se despliega en el ordenamiento jurídico realizando un complemento coyuntural o transitorio de corte normativo ante una situación extraordinaria, quedando su función y vocación «auxiliar» de la Ley –y de su cláusula general de necesidad– modulada o matizada al quedar supeditada a la situación extraordinaria, siendo por ello tales efectos circunstanciales, temporales y de carácter volátil.

2.- LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD RESPECTO DE LA RESERVA DE LEY

La indiscutible potencia del reglamento de necesidad y el despliegue de su vigencia en los más variados ámbitos de regulación ha provocado que gran parte de la literatura jurídica haya afirmado su capacidad para producir una efectiva «suspensión»[1729] o «excepción»[1730] de las Leyes vigentes, llegándose a afirmar incluso que los efectos del reglamento de necesidad llegan a la quiebra o inaplicación de los principios de legalidad y de reserva de Ley.

[1728] GIANNINI, «Potere di ordinanza e atti necessitati (*cit*.)», págs. 954 y ss. Critica al efecto no sólo la expresión *contra legem*, sino también otras como la de *ultra legem*, indicando el maestro italiano el carácter estrictamente «topográfico» de esta última.

[1729] SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General* (*cit.*), Vol. I, pág. 219, subraya su capacidad de «suspender» la aplicación de las Leyes, «sustituyendo su contenido por otro diverso»; PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (*cit.*), págs. 266-267, subrayando que estos reglamentos suponen la «suspensión del principio de jerarquía normativa», siguiendo al anterior autor. En sentido similar, EMBID IRUJO, «Potestad reglamentaria (*cit*.)», pág. 105, indicaba que estos reglamentos de necesidad se erigen como «cauces de escape de los rígidos principios de la jerarquía normativa»; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I* (*cit.*), pág. 110, habla de «suspender la vigencia de normas contenidas en la ley»; GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 143, recordando que estos reglamentos «carecen de eficacia derogatoria, simplemente suspenden las normas ordinarias»; BALAGUER CALLEJÓN, «Capítulo VIII. Las fuentes reglamentarias (*cit.*)», pág. 199, y en *Fuentes del Derecho* (*cit.*), págs. 453-454. También, MORELL OCAÑA, *El régimen local español* (*cit.*), pág. 217, entiende –aludiendo a la cláusula general local– que en estos supuestos de normación de urgencia se «excepciona por tiempo limitado la legalidad ordinaria», siendo éste un «efecto de suspensión y sustitución temporales de la legalidad establecida», admitiendo también que con ello se produce una alteración de las reglas competenciales.

[1730] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, pág. 250, indica que «más que contradecirse las Leyes formales, se excepcionan *durante el tiempo que duren las situaciones de emergencia que se trata de afrontar*». La cursiva es suya. En sentido similar, SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo* (*cit.*), pág. 192; FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo* (*cit.*), Vol. I, pág. 427-428, indicando claramente que no se trata «de que el poder ejecutivo pueda hacer uso de su potestad reglamentaria al margen de la ley, sino que, yendo más lejos, puede, incluso, imponerse a la misma, desplazándola o dejándola sin efecto por razón de concurrir una circunstancia o situación de especial gravedad para los intereses generales que obliga a una actuación rápida y expeditiva».

En una posición muy conectada a la anterior, algunos autores enmarcan –bajo razonamientos similares–la figura dentro del fenómeno de la «deslegalización», entendiendo que el dictado de reglamentos de necesidad bajo el paraguas de una cláusula general implica alterar la vigencia de tales principios constitucionales[1731]. Por último, un tercer grupo, aunque sin hacer expresa referencia a la noción que nos ocupa, defiende la incompatibilidad de las cláusulas generales de necesidad con la reserva de Ley[1732].

Estas tesis deben ser rechazadas. No puede hablarse de suspensión o inaplicación de la Ley –o de sus reservas constitucionalmente consagradas– porque es la propia norma la que prevé tal actuación[1733]. Del mismo modo, tampoco puede hablarse de deslegalización porque no estamos ante una remisión en blanco de la Ley al reglamento –entendida como remisión libre e ilimitada para que el reglamento entre a regular las materias reservadas constitucionalmente a la Ley–, sino de un mero mandato para que la autoridad competente establezca una regulación transitoria y coyuntural, de

[1731] COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I* (*cit.*), pág. 110, en cuanto indica que «al estar previstos en las propias leyes, pueden ser concebidos [los reglamentos de necesidad] como una variante de supuestos de deslegalización condicionada a la existencia de determinados presupuestos fácticos, cuya concurrencia limita también el ámbito temporal de su vigencia». Téngase en cuenta que el autor –al aludir a los reglamentos de necesidad– nos ofrece dos ejemplos directamente relacionados con las cláusulas generales, entre otros, el artículo 21.1.m) LRBRL. Por su parte, para ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Vol. I/1, págs. 122 y 128-130, existe una cierta similitud entre ambas instituciones en tanto en cuanto –al menos *a priori*– el límite de la jerarquía normativa adquiere una especial configuración. De ahí que este autor encaje bajo la rúbrica de «reglamentos excepcionales» ambos fenómenos –reglamentos de necesidad y deslegalización–, distinguiendo nítidamente entre ambos. En sentido similar, y con carácter más reciente, REBOLLO PUIG, «Lección 8: la potestad reglamentaria (*cit.*)», págs. 240-241, estudia estos dos fenómenos –deslegalización y reglamentos de necesidad– bajo la rúbrica de «excepciones» respecto de la configuración de los reglamentos como «normas de rango inferior a la ley» y del sometimiento a ésta.

[1732] Esta tesis de la remisión normativa no permitida es precisamente la que han sostenido algunos en relación con la cláusula general prevista en el artículo 3 LOMESP y a raíz de la crisis originada por la COVID-19, criticando su indeterminación, su ausencia de certeza –especialmente en lo que respecta a la «calidad de la Ley» en la limitación de derechos– y, en congruencia, indicando que se produce una quiebra de la reserva de Ley. Muy contundente, TAJADURA TEJADA, J., «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, 2021, especialmente págs. 145 y ss., donde realiza un análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia a la luz de las medidas dictadas en el marco de la pandemia, concluyendo que tanto con la LOAES como con la LOMESP (artículo 3) «se ha vulnerado el principio de reserva de ley en su dimensión material» (pág. 150). También ARAGÓN REYES, M., «Epílogo», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, F. D. (Dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pág. 13, indicando que no puede existir «una especie de habilitación en blanco efectuada por ley orgánica».

[1733] En este sentido, BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit.*)», pág. 2160, subraya –en relación con los reglamentos de necesidad– que: «[l]a Administración no tiene poder para vulnerar las leyes o para suspenderlas momentáneamente, pero sí que tiene el poder-deber de adoptar medidas extraordinarias cuando la situación de necesidad lo exija. Esto y no otra cosa es lo que reconocen las leyes citadas. Que esa habilitación para actuar sea genérica no significa que no esté sujeta al ordenamiento jurídico y a sus principios rectores».

carácter caduco[17341735]. Y, en fin, la constitucionalidad de las cláusulas generales de necesidad –así como los reglamentos dictados con base en ellas– ha sido ya subrayada por la jurisprudencia[1736].

[1734] Y ello de acuerdo con la configuración que realiza nuestro Tribunal Constitucional de la deslegalización, ya desde pronto con la STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4, aludiendo a una habilitación para que se regule por reglamento una materia sin indicar límites ni criterios concretos, como una remisión en blanco, añadiendo que «esa habilitación constituye una deslegalización». La posición ha sido reiterada posteriormente en numerosas ocasiones: la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, afirma que se produce «una verdadera deslegalización de la materia reservada» (también, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3; o 42/1987, de 7 de abril). La STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3, conecta la deslegalización a las «puras y simples remisiones al reglamento, vacías de todo vínculo sustantivo»; mientras que la STC 132/1989, de 18 de julio, respecto de un precepto que contenía una remisión en blanco, entiende que «constituye más bien una deslegalización». Son también destacables las SSTC 101/1991, de 13 de mayo, FFJJ 3 y 4; 225/1993, de 8 de julio, FJ 7; 112/2006, de 5 de abril, FJ 5; 223/2021, de 29 de noviembre, FJ 12; 111/2014, de 26 de junio, FJ 4; 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9; 139/2016, de 21 de julio, FJ 9; y, en fin, 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8. Como puede verse, en el supuesto que nos ocupa no hay remisión en blanco alguna: el legislador en su cláusula general de necesidad no renuncia a regular una determinada materia con carácter perenne, sino únicamente habilita para el dictado de un reglamento de necesidad, norma de carácter «puntual» o «coyuntural». Sobre el tema, *vid*., las referencias –ya clásicas– de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (*cit*.), siendo la primera edición de 1970; TORNOS MAS, «La relación entre la Ley y el reglamento... (*cit*.)», pág. 503-505; y, en fin, REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno (*cit*.)», págs. 158-173. Más recientemente, *in extenso*, *vid*., ROIG BATALLA, A. *La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales, en Francia, Italia y España*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2003; y, también, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *De la Ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

[1735] Tampoco estaríamos ante un fenómeno de deslegalización en el sentido concebido por algunas voces doctrinales, esto es, como una habilitación dada por la propia Ley al reglamento para derogar preceptos con rango de Ley –en este sentido, DE OTTO Y PARDO, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes (*cit*.)», pág. 1019, a quien siguen ROIG BATALLA, *La deslegalización…* (*cit*.), págs. 194-195, y SÁNCHEZ BARRILAO, *De la Ley al reglamento delegado…* (*cit*.), pág. 203– o, en su caso, ante una degradación del rango de la Ley con el objeto de que el reglamento pueda regular en tales ámbitos (incluso derogando o modificando normas de rango legal, si es preciso) –por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, págs. 310 y ss.–. Y es que con el reglamento de necesidad no se produce una «derogación» o una «modificación» de las normas consecuencia de la autorización de la Ley, sino una mera regulación transitoria de carácter no definitivo (sin derogación/modificación) del regir ordinario de las Leyes con motivo de la habilitación dada por la cláusula general prevista en una norma legal. Tampoco se da una degradación del rango legal: todas las normas que puedan resultar afectadas –*v. gr*., en una catástrofe natural: Leyes de tráfico y movilidad, servicios públicos, etc.– no alteran su rango y lo degradan al reglamentario, sino que siguen rigiendo con carácter general en aquellos ámbitos en los que no aplica el reglamento de necesidad. La cláusula general es, pues, una mera habilitación o autorización más o menos genérica para actuar, que incide sobre la potestad reglamentaria. La deslegalización, por su parte, afecta a la propia Ley. Como ejemplos de este tipo de deslegalización (permitida) pueden verse a nivel estatal la disposición derogatoria segunda de la LGS, o, en fin, el artículo 94.2 LRJSP. El fenómeno es muy común en las Comunidades Autónomas, siendo bastante con destacar dos ejemplos recientes: la disposición final tercera –rubricada como «Deslegalización»– de la Ley vasca 14/2022, de 22 de diciembre, del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la Inclusión; o, en fin, la disposición final séptima –también con la rúbrica de «Deslegalización»– de la Ley 9/2023, de 3 de abril, de modificación de la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del juego y las apuestas de las Illes Balears.

[1736] *Vid*., SSTC 52/1993, FJ 5, y 81/1993, FJ 4, respecto a la cláusula general local, sita hoy en el artículo 21.1.m) LRBRL; STC 227/1988, FJ 26.h), en relación con la presente en materia de aguas (en la actualidad, artículo 58 TRLA); y, en fin, SSTC 148/2021, FFJJ 5 y 10, 183/2021, FFJJ 4 y 7, y, en términos amplios, 70/2022, en lo que concierne a la del artículo 3 LOMESP. El Tribunal Supremo, por su parte, entiende la configuración de esta técnica no como «una cláusula en blanco que apodera a la

Pese a ello, sí que puede hablarse de una cierta flexibilización o modulación de las reservas de Ley previstas en el texto constitucional, en tanto en cuanto cabe una injerencia puntual en ellas de carácter no sostenido en el tiempo; modulación que, en cualquier caso, no es extraña en nuestro Derecho –que se encuentra plagado de otros ejemplos[1737], siendo destacable el de la policía administrativa[1738]– y que es plenamente compatible con el respeto a las reservas de Ley, de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Tres son, en este sentido, los motivos que justifican la

autoridad sanitaria para hacer cualquier cosa en cualquier momento», puesto que –en relación con los artículos 26 LGS, 54 LGSP y 3 LOMESP– «este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales (…) las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas– (…) no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación» (por todas, STS 719/2021, de 24 de mayo, FD 4º; reiterada en SSTS 792/2021, de 3 de junio, FD 4º; 875/2021, de 17 de junio, FD 4º; etc.).

[1737] Con carácter general, *vid*., MELERO ALONSO, E., «La flexibilización de la reserva de Ley», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004, págs. 109-131; GARCÉS SANAGUSTÍN, A., «Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103 (septiembre-diciembre), 2015, págs. 209-253. Ya, específicamente por materias, puede verse, para la cuestión tributaria, CHECA GONZÁLEZ, C., «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145, 2010, págs. 5-40; o, en el plano sancionador MESTRE DELGADO, J. F., «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991, págs. 2493-2528, así como CANO CAMPOS, T., y REBOLLO PUIG, M., «Reserva de ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones»: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de Aguas?, en *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, págs. 53-90. La modulación es especialmente acusada en el plano de las relaciones especiales de sujeción, así *vid*., GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 34, enero/abril 1961. La cuestión ha sido tratada posteriormente, así GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1994 y, en fin, PRIETO ÁLVAREZ, T., «La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción», en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril 2009.

[1738] Sobre la noción de policía y su capacidad de flexibilizar estas exigencias constitucionales, *vid*. REBOLLO PUIG. «Lección 1: la actividad administrativa de limitación (*cit*.)», págs. 30 y ss., recuerda que en materia de policía se planteó históricamente la negación del principio de legalidad –en sus versiones más extremas, pudiendo actuarse *contra legem*– o, al menos, «una consustancial flexibilización o relajación del principio de legalidad como vinculación positiva a la ley y de las reservas de ley en cuanto fuese necesario para conservar el orden público». En la actualidad, indica que «ya no se parte de admitir que la Administración tenga por directa atribución constitucional todas las potestades necesarias para mantener el orden público y que, por el contrario, se considera que es necesaria una ley que las atribuya» si bien «no puede dejar de reconocerse que en este ámbito sí que se admite con facilidad que las leyes confieran con gran amplitud e imprecisión potestades limitativas para asegurar el orden público. Se suele aludir a tales habilitaciones legales como 'cláusulas de orden público' o 'cláusulas de policía', se trata de preceptos legales que describiendo con gran amplitud el supuesto de hecho (supuesto de fondo identificable con alteración del orden público) establecen con similar imprecisión la medida limitativa que podrá adoptar la Administración (la necesaria para combatir la alteración de que en cada caso se trate» (pág. 32). A raíz de la crisis de la COVID-19, también IZQUIERDO CARRASCO, «COVID-19, policía administrativa y modulación del principio de legalidad (*cit*.)», págs. 6-30.

coexistencia de la eficacia del reglamento de necesidad con las reservas de Ley constitucionalmente consagradas.

En primer lugar, es la propia Ley –a través de una cláusula general– la que prevé la posibilidad de que este tipo de normas coyunturales sean dictadas. Por medio de una habilitación genérica –las «medidas generales»– se autoriza a la autoridad competente para dictar normas, esto es, reglamentos de necesidad, de los que no puede afirmarse –con carácter general– que de todos ellos vaya a derivarse una vulneración de la reserva de Ley o, en su caso, una modulación permitida. Y es que deberá atenderse casuísticamente a todas y cada una de estas disposiciones reglamentarias a la luz de las materias para las que la Constitución consagra una reserva legal para poder afirmar si, en determinado punto y en su caso, se produce tal injerencia o modulación.

Además, esta habilitación general no es, en ningún caso, absoluta, sino que se encuentra supeditada al cumplimiento de determinados requisitos y límites[1739]. El Tribunal Constitucional –y el artículo 128.2 LPAC– admite la colaboración entre la Ley y el reglamento, incluso también en materias reservadas[1740], puesto que la reserva de Ley «sólo es incompatible con una potestad reglamentaria discrecional sin límites»[1741]. Esta normal relación entre ambos tipos de normas exige siempre un cierto reenvío o remisión de la primera al segundo, siempre que no «hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (STC 83/1984, FJ 4; reiterado en las SSTC 235/2000, FJ 5; 292/2000, FJ 14; 111/2014, FJ 4; y 139/2016, FJ 9). En este supuesto, el reglamento de necesidad queda claramente subordinado a la Ley, hasta el punto de que el incumplimiento sobrevenido de sus requisitos –*v. gr.*,

[1739] REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, «Lección 5: el principio de legalidad administrativa (*cit.*)», pág. 157, recuerdan –respecto a la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho– que «también se aceptan *apoderamientos relativamente amplios*. Incluso se habla a veces de 'cláusulas generales de apoderamiento'. No son ni pueden ser realmente generales, es decir, conferir todo género de potestades o hacerlo sin mesura ni tasa. Una atribución de tal género arruinaría cualquier significado útil de la vinculación positiva y las aspiraciones mínimas del Estado de Derecho».

[1740] Y ello lo ha hecho con cierta amplitud, incluso en materia de derechos fundamentales (así, y, entre otras, SSTC 77/1985, FJ 4; 101/1991, FFJJ 3 y 4; 105/2000, FJ 6).

[1741] REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pág. 156.

presupuesto habilitante– supone la pérdida de su eficacia[1742]. Así las cosas, la cláusula general de necesidad contiene, en definitiva, la «regulación esencial» en la materia[1743].

En segundo punto, el reglamento de necesidad presenta una función de complemento o auxilio del respecto de la Ley habilitante (cláusula general; medidas estándar). Su colaboración es, además, indiscutible. La Ley no puede preverlo todo y, por ello, el reglamento de necesidad está llamado a regular la situación extraordinaria no prevista por la norma de rango legal, cubriendo así la casuística a la que la Ley, por su generalidad, no puede llegar. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha resaltado desde pronto que el reglamento ha de erigirse en «*complemento de la regulación legal que sea indispensable* por motivos técnicos o *para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley*» (por todas, STC 83/1984, FJ 4)[1744]. Esta «intervención auxiliar o complementaria del reglamento» se permite en materias reservadas a la Ley [STC 99/1987, FJ 3, a)]; reservas que, además, son de carácter «relativo»[1745]. Y es, precisamente, lo que viene a realizar el reglamento de necesidad: complementa o auxilia a la Ley para poder «optimizar» el cumplimiento de la finalidad propuesta por la previsión legal (hacer frente a la situación

[1742] Sobre el necesario respeto a las previsiones de la cláusula general, *vid*., el punto IV.2 del presente capítulo.

[1743] REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, «Artículo 84 (*cit*.)», págs. 2216 y ss., recuerdan que «[h]asta la reserva de ley, que entraría en juego en tanto que los derechos fundamentales pudieran verse afectados por medidas de policía reglamentarias basadas en las cláusulas generales, sufre menos porque puede mantenerse que, al fin y al cabo, en la ley se encuentra la regulación esencial de la materia, regulación que consiste en la prohibición de perturbar o poner en peligro grave la tranquilidad, la seguridad y la salubridad pública y en la habilitación a la Administración sólo para imponer ese deber con las medidas adecuadas, congruentes, proporcionadas, verdaderamente imprescindibles, etc.».

[1744] La cursiva es mía. Algunos autores van incluso más allá: GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97: funciones del Gobierno (*cit*.)», pág. 195, destaca que «aunque no exista una estricta reserva de Ley, en un Estado de Derecho, la Ley debe regular lo fundamental, los principios esenciales, constituyendo el Reglamento una precisión y complemento de lo establecido en la regulación legal». También BAÑO LEÓN, «Artículo 97: la potestad reglamentaria (*cit*.)», pág. 396, recuerda que: «[e]n nuestra Constitución, la reserva se configura como un límite al poder de disposición del legislador en garantía de los ciudadanos. Precisamente porque el legislador debe respetar la Constitución, debe observar la decisión constitucional en favor de que sea el Parlamento y no el Gobierno quien regule una determinada materia. Y esto es justamente lo que subraya el Tribunal Constitucional. No cabe constitucionalmente que el legislador renuncie a su obligación de regular una cuestión dando un cheque en blanco al Gobierno. Al contrario, el legislador tiene la obligación de regular los aspectos básicos de una materia, de modo que el papel del reglamento esté efectivamente subordinado a la ley.».

[1745] Conviene recordar que el fundamento constitucional de las cláusulas generales de necesidad se encuentra en los artículos 30.4 y 31.3 de la Constitución, preceptos ambos que establecen una reserva de Ley de carácter relativo (entre otras, SSTC 60/1986, de 20 de mayo; 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4). Ahora bien, ello no es óbice para que –en ocasiones– la configuración de tales deberes o prestaciones puedan implicar injerencia en otras reservas de Ley constitucionalmente consagradas (ej., la obligación de reclusión en el domicilio propio puede implicar una restricción a la libertad de circulación que exige reserva de Ley, de conformidad con el artículo 53.1 de la norma fundamental); injerencia que, en tales casos, será «puntual».

extraordinaria) y la Constitución (la protección de los derechos y la consecución del interés general, *ex* artículos 53.1 y 103.1).

Más aún, la colaboración resulta, en este punto, necesaria. Como recuerda la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14, la remisión al reglamento «resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias». Ante situaciones imprevisibles «sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística» (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3), hecho que se hace especialmente patente cuando estemos ante una situación en la que resulten amenazadas personas y bienes (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4)[1746].

Por último, se ha de destacar que la doctrina expuesta no debe resultarnos ajena. Como hemos podido advertir en líneas anteriores, la potestad reglamentaria se atribuye aquí a la autoridad competente a través de una cláusula general, en un sentido similar a lo que acaece en el marco de las Autoridades Administrativas Independientes (*ex* artículo 129.4 LPAC). En efecto, la potestad reglamentaria ejercida en este punto se produce con fundamento en una atribución también genérica –cláusulas generales de necesidad– por razón de la naturaleza y de las especialidades que derivan de una situación imprevisible y excepcional[1747].

En tercer lugar, el reglamento de necesidad se dicta para confrontar una situación extraordinaria y acotada en el tiempo. Esto supone que la innovación que realiza en el ordenamiento jurídico es inestable, coyuntural, careciendo de una vocación definitiva de permanencia. Bajo esta perspectiva, la doctrina constitucional sobre la reserva de Ley no puede presentar el mismo grado de aplicabilidad respecto de reglamentos ordinarios y permanentes que respecto de reglamentos extraordinarios y temporales. Y es que, dado que el reglamento de necesidad despliega efectos únicamente interinos, no puede decirse que realice una regulación «de fondo» de la

[1746] La Sentencia se pronuncia sobre un supuesto en el que estaban en riesgo la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios «cuando situaciones imprevistas amenacen estos bienes, reclamando actuaciones urgentes y eficaces», recordando que la colaboración reglamentaria en áreas reservadas a la Ley se erige como «indispensable» en ámbitos «en las que la complejidad técnica, la prontitud de actuación y las precisiones normativas» permiten que la Ley se limite a establecer el contenido fundamental del derecho, así como las limitaciones necesarias para alcanzar los fines pretendidos por aquélla.

[1747] Al efecto, *vid*., el punto I.1.A) del presente capítulo.

materia; regulación que, por otro lado, es la efectivamente vedada por la jurisprudencia constitucional[1748]. Por ello puede afirmarse que la reserva de Ley no aplica aquí en su función de técnica de distribución del poder normativo.

A ello se ha de añadir que, en ocasiones, la existencia misma de una situación de necesidad es bastante para flexibilizar las reglas ordinarias[1749]. En el presente supuesto, no sólo estamos ante una situación como la indicada, sino que, además, ésta aparece prevista por la propia Ley, que precisa los requisitos para su activación (competencia, exigencias procedimentales, cumplimiento del presupuesto de hecho, etc.). Esto explica que la jurisprudencia, en alguna ocasión, haya admitido la modulación de los principios constitucionales de legalidad y de reserva de Ley en la activación de cláusulas generales de necesidad[1750].

Ahora bien, se ha de advertir que tal modulación o flexibilización se produce únicamente con carácter «puntual» y por la necesidad de actuar ante situaciones imprevistas por el ordenamiento jurídico ante las que el poder público debe ofrecer una

[1748] BELADÍEZ ROJO, «La vinculación de la Administración al Derecho (*cit.*)», pág. 331, entiende que la Ley «para que sea acorde con la reserva constitucionalmente garantizada deberá contener la regulación de fondo de esa materia», siendo inconstitucional la regulación «de fondo» realizada por el reglamento, pues éste sólo puede complementar la regulación legal en materias reservadas a la Ley en los términos indicados por la jurisprudencia constitucional.

[1749] *Vid*., las reflexiones de ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 320 y ss., respecto de la capacidad derogatoria del principio de necesidad. También, REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ, «Lección 5: el principio de legalidad administrativa (*cit.*)», págs. 158 y ss., aluden a las «reales o supuestas» excepciones al principio de legalidad, incluyendo bajo tal epígrafe las situaciones de necesidad, la policía, las relaciones especiales de sujeción, y, en fin, el ejercicio de derechos y de la autonomía de la voluntad por parte de la Administración.

[1750] La jurisprudencia en la materia ha admitido tal modulación en relación con las reservas de Ley relativas al servicio público (artículo 128.2 de la Constitución) o al ámbito sancionador (artículo 25 de la Constitución). En relación con el artículo 21.1.m) LRBRL, son interesantes las SSTS de 19 de diciembre de 1991 y de 29 de marzo de 1996, en conexión con el servicio público, siendo también reseñable en el plano sancionador la STS de 23 de julio de 2003, así como el artículo 237, apartados 3 y 4, del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. Por su parte, los reglamentos de necesidad dictados al amparo del artículo 58 TRLA suelen realizar una regulación o del régimen sancionador establecido a su amparo o, en su caso, una modulación del ordinario. Por ejemplo, el artículo 8 del Real Decreto 1419/2005, en sus apartados 1 y 2, «complementan la tipificación realizada por el TRLA y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante, RDPH) y predeterminan de forma directa la subsunción de las conductas en un tipo de infracción y la gravedad de la misma, tareas que, en situaciones normales, son realizadas por el órgano competente para la tramitación del procedimiento sancionador», tratando de «adaptar las normas sancionadoras del TRLA y del RDPH, de modo que resulten más eficaces para hacer frente a las situaciones excepcionales y de emergencia», como recuerda MARINA JALVO, *op. cit.*, págs. 135-136. Previsiones similares encontramos en otros reglamentos de necesidad dictados también *ex* artículo 58 TRLA: así el artículo 8 del Real Decreto 233/2008, de 15 de febrero, o, más recientemente, en el artículo 5 del Real Decreto 684/2017, de 30 de junio. La dinámica es parecida en el plano autonómico (*v. gr*., Decretos de la Generalitat de Cataluña 22/2002, de 22 de enero, 207/2005, de 27 de septiembre, o, en fin, 84/2007, de 3 de abril).

respuesta basada en un mínimo fundamento legal. Del mismo modo que no puede hablarse en Derecho penal de una actuación contraria a la Ley en las situaciones de legítima defensa o estado de necesidad –o en Derecho administrativo respecto de la aplicación de los procedimientos de urgencia– por estar tales excepciones previstas por la Ley, no puede entenderse tampoco que el producto normativo de una cláusula general de necesidad hace excepción, inaplica, quiebra o suspende a una Ley o la reserva legal, sino que, en su caso, se limita a modular su eficacia ordinaria por regir un supuesto extraordinario[1751].

En resumen, el reglamento de necesidad no implica suspensión, excepción o inaplicación de las Leyes, ni tampoco deslegalización no permitida. La cláusula general de necesidad sirve de fundamento para su emisión: se prevé en la Ley, con carácter genérico, pero no ilimitado, por motivos técnicos o de optimización de resultados y ante la imposibilidad de que la Ley lo prevea todo al regular la actuación pública ante situaciones extraordinarias y marcadamente coyunturales. No se da pues, vulneración de las reservas de Ley constitucionalmente consagradas, sino acaso su mera modulación, y siempre y cuando se cumplan los requisitos y límites establecidos en la Constitución, así como en la propia cláusula general de necesidad en la que se fundan[1752]. Estamos, en definitiva, ante una modulación del principio de reserva de Ley que –se insiste– no es exclusiva en esta materia y que está incluso más justificada que las existentes en el resto del ordenamiento jurídico, tanto por su temporalidad como por la situación excepcional a la que se busca hacer frente[1753].

IV.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD

Los reglamentos de necesidad están sujetos a una serie de exigencias y de límites. El hecho de que emanen de una habilitación general –«las medidas necesarias»–

[1751] Por ejemplo, los procedimientos de urgencia en materia expropiatoria (artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954; en adelante, LEF), o de tramitación normativa (artículo 27 LG), así como, claro está, los procedimientos de urgencia y de emergencia en materia de contratación pública (artículos 119 y 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; en adelante, LCSP).

[1752] No se ha visto tampoco vulneración de estos principios en la utilización de este tipo de cláusulas en el Derecho comparado, como ha podido advertirse en la primera parte de esta obra, en los capítulos segundo, tercero y cuarto, relativos a los Derechos alemán, francés e italiano, respectivamente.

[1753] Por ejemplo, la STC 37/1987, FJ 3, recuerda que resulta «evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución *flexibiliza la reserva de Ley* en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración 'de acuerdo con las Leyes' cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla». La cursiva es mía.

no implica que estemos ante un apoderamiento en blanco o de carácter absoluto. Al contrario, los reglamentos de necesidad aparecen supeditados a las previsiones establecidas tanto en la Constitución como en las cláusulas generales que les dan vida, así como, en su caso, a los propios requisitos o límites que se establezcan en su letra[1754].

1.- EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra Carta Magna establece una serie de requisitos o límites al dictado de reglamentos de necesidad, por resultar directamente aplicables en este punto. En concreto, podemos analizar los concernientes a la obligada justificación y publicación de tales normas, así como al imprescindible respeto a las reservas constitucionales y a los derechos fundamentales.

A).- LA IMPRESCINDIBLE JUSTIFICACIÓN Y SU EXTERIORIZACIÓN MEDIANTE LA MOTIVACIÓN

La obligación de explicitar los motivos que llevan a adoptar las normas reglamentarias aparece como una conquista de nuestro tiempo[1755], habiéndose

[1754] Algunos de estos reglamentos de necesidad han realizado una genuina «autolimitación» de las medidas en ellos previstas. Es el caso del Real Decreto 355/2015, de 8 de mayo, por el que se declara la situación de sequía en el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Júcar y se adoptan medidas excepcionales para la gestión de los recursos hídricos, que indica en la disposición adicional segunda: «Lo dispuesto en los artículos 2.2 a 5 del presente real decreto se entenderá sin perjuicio de que ninguna de las medidas a adoptar en su aplicación podrá apartarse de la regulación general de las situaciones de sequía prolongada previstas en los artículos 8.1 y 19.2, en relación con los artículos 10.1, 12 y apéndice 6.1, del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Júcar aprobado por Real Decreto 595/2014, de 11 de julio, ni podrá alterar la preferencia en las actuaciones que se prevén en el mismo cuando se actúe en alguno de los Sistemas para los que el citado Plan prevé acciones o medidas a acometer o llevar a cabo en casos de sequía prolongada, salvo que se motive adecuadamente su insuficiencia o la imposibilidad de acometerlas con carácter urgente». Previsiones similares pueden verse en el Real Decreto 356/2015, disposición final segunda, o en el Real Decreto 684/2017, de 30 de junio, por el que se declara la situación de sequía prolongada en la parte española de la demarcación hidrográfica del Duero y se adoptan medidas excepcionales para la gestión de los recursos hídricos (disposición final segunda), o, también, en los reglamentos de necesidad dictados por autoridades autonómicas (*vid*., el Decreto catalán 84/2007, de 3 de abril, de adoptación de medidas excepcionales y de emergencia en relación con la utilización de los recursos hídricos, en cuanto dispone en su artículo 2 que «corresponde al Gobierno de la Generalidad, a propuesta del consejero del Departamento de Medio Ambiente y Vivienda declarar, mediante acuerdo que será objeto de publicación en el DOGC, la entrada y salida de los escenarios de excepcionalidad y emergencia tomando en consideración los umbrales indicativos que figuran en el anexo 2, la previsión de la evolución de las reservas, la evolución pluviométrica, el grado de contención de las demandas, la situación de los acuíferos y la incorporación de nuevos recursos provenientes de la ejecución de las actuaciones paliativas, y otras circunstancias que motivadamente se sometan a su consideración»). Ahora bien, el encaje de una previsión como la indicada no es óbice para que la autoridad competente –en el marco de las facultades atribuidas por la cláusula general– dicte otro reglamento de necesidad suprimiendo o sustituyendo el anterior, en aquellos casos en los que sea preciso actuar en esos ámbitos inicialmente «autorreservados».

[1755] Sobre el tema, ya dio cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria (*cit.*)», págs. 131 y ss., y, posteriormente, BLANQUER CRIADO, D., *El control de los*

terminado por consolidar tal exigencia con carácter más o menos reciente en la jurisprudencia (STS 414/2022, de 4 de abril[1756]). En el caso de la exigencia de justificar las normas dictadas ante situaciones de necesidad, la cuestión parece pacífica en el Derecho comparado[1757]. En lo que concierne a los reglamentos de necesidad patrios, este es –sin duda– un mandato al poder público derivado directamente de la Constitución y, concretamente, de su artículo 9.3 que recoge los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica. Así las cosas, tales previsiones constitucionales se plasman en la obligación de motivar por tres motivos diferenciados.

En primer lugar, como consecuencia de la marcada incidencia que este tipo de normas tienen en el plano de los derechos fundamentales. La potestad reglamentaria es una genuina potestad discrecional, hecho que se acentúa cuando se ejerce ante situaciones de necesidad. Los particulares tienen derecho a conocer los motivos por los cuales se activa una potestad discrecional tan exorbitante, que afecta a su esfera jurídica. De ahí que el Tribunal Constitucional exija siempre un «requerimiento de reforzada motivación (…) a toda limitación de un derecho fundamental» (STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 5; y, más recientemente, STC 61/2023, de 24 de mayo, FJ 3).

En segundo punto, porque los reglamentos de necesidad –dado el contexto extraordinario en el que son dictados– gozan de un procedimiento de elaboración más liviano. Ello reduce las posibilidades tanto del particular afectado, como del potencial órgano jurisdiccional llamado a controlar el reglamento, de conocer los motivos por los que éste se dictó[1758]. A tal efecto, la jurisprudencia ha subrayado que los informes y las

reglamentos arbitrarios, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1988, págs. 269 y ss. Más recientemente, *vid*., GARCÍA PÉREZ, M., «Segunda parte. El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos», en MEILÁN GIL, J. L., y GARCÍA PÉREZ, M., *Norma y acto administrativos*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2018, págs. 271 y ss.

[1756] Su FD 2º indica que «[l]a exigencia de motivación, si bien es propicio en el ámbito de los actos administrativos, como garantía de evitar la arbitrariedad en las decisiones adoptadas por las Administraciones Púbicas, es lo cierto que la Jurisprudencia viene desde hace tiempo imponiendo dicha exigencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Que ello es así lo pone a las claras de manifiesto lo razonado en la sentencia de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010 (…) cuando declara que si bien no existe un precepto similar al previsto para los actos administrativos (ahora el artículo 35 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), es lo cierto que los principios que se imponen para el ejercicio de la potestad reglamentaria, obligan a dar cuenta o justiciar la finalidad y contenido de la norma reglamentaria».

[1757] Al efecto, me remito a los capítulos segundo, tercero y cuarto de la primera parte de esta obra.

[1758] En este sentido, BLANQUER CRIADO, *El control de los reglamentos arbitrarios* (*cit*.), págs. 321-322, ya destacó que la motivación del reglamento en su Preámbulo «refuerza la tutela judicial efectiva», puesto que la función de aquél «es objetivar la motivación de la Administración y facilitar el control judicial».

actuaciones llevados a cabo durante la elaboración de una disposición reglamentaria pueden servir de fundamento de la propia motivación[1759]; informes y actuaciones que serán reducidos o directamente inexistentes en el caso de los reglamentos de necesidad.

En tercer y último lugar, la indeterminación de una cláusula general de necesidad debe quedar dulcificada con un *plus* de motivación en las medidas a adoptar[1760]. En otras palabras: si la autoridad competente procede a dictar un reglamento de necesidad con fundamento en una habilitación general, ello tendrá que quedar especialmente justificado y, en su caso, tales motivos explicitados en la letra de la norma. Esta afirmación puede extraerse de la doctrina jurisprudencial vertida en relación con las cláusulas generales previstas en la normativa de salud pública[1761], así como también en la normativa local[1762]. La justificación, en efecto, ha de ser plena y completa, debiendo versar sobre distintos extremos que pueden sintetizarse en los siguientes[1763].

Cita, además, el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de enero de 1996, que se pronuncia en sentido similar.

[1759] *Vid*., SSTS de 27 de noviembre de 2006; de 8 de enero de 2014; o, especialmente, de 7 de octubre de 2019, cuyo FD 4º recuerda que «el deber de motivación no tiene la misma plasmación jurídica en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que en el procedimiento administrativo, al engarzarse en aquél caso en los presupuestos constitucionales sobre la justificación de la norma reglamentaria, que se plasma en las actuaciones e informes que sirven de presupuesto a la misma y que se justifica con la razonabilidad y coherencia de la norma con la realidad que se pretende regular, con la 'naturaleza de las cosas' o la esencia de las instituciones, y sin que, frente a ello, puedan imponerse las apreciaciones subjetivas de la parte sobre la oportunidad del criterio establecido por el titular de la potestad reglamentaria, cualquiera que sea la valoración que merezca, pues se trata de valoraciones que pertenecen al ámbito de la discrecionalidad y consiguiente decisión del contenido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita».

[1760] En este sentido, también MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», 2020, pág. 126, recordando que «[l]a falta de concreción legal del contenido de las decisiones pertinentes ha de suplirse siempre por una cuidadosa y explícita motivación de las resoluciones que se adopten».

[1761] En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, cuando tilda al artículo 3 de la LOMESP de precepto «innegablemente escueto y genérico» (STS 788/2021, FD 7º), al tiempo que recuerda también que éste es bastante para limitar derechos en tanto en cuanto las medidas dictadas a su amparo «estén sustancialmente justificadas según las circunstancias del caso y siempre que tal justificación esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate: esto, es debe justificarse que son medidas indispensables para salvaguardar la salud pública» (STS 62/2022, de 26 de enero, FD 5º, puntos 6 y 7; reiterado, entre otras, por las SSTS 139/2023, de 6 de febrero, FD 4º, y 146/2023, de 7 de febrero, FD 5º).

[1762] STSJCyL de 14 de octubre de 2005 y la STSJCyL 729/2008, de 28 de abril indican –en relación con el artículo 21.1.m) LRBRL– que se ha de acreditar por la Administración que concurren los requisitos para actuar (FFDD 3º de ambas sentencias), entendiendo que es un requisito para que un «reglamento de necesidad» pueda ser dictado.

[1763] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado los parámetros de la motivación concernientes a la activación de las cláusulas generales de necesidad en materia de salud pública, erigiéndose ya como doctrina consolidada. La STS 62/2022, de 26 de enero, FD 5º, punto 10, indica que: «Así respecto de qué le es exigible a la Administración para que esas medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales sean conformes a Derecho y puedan contar con la cobertura normativa expuesta, hemos declarado lo siguiente: 1º Debe justificar la realidad de que haya una enfermedad que comporte un riesgo

Por un lado, reglamento de necesidad deberá de justificar la concurrencia de los distintos requisitos que exige el cumplimiento del presupuesto habilitante; exigencia que varía en cada uno de los distintos supuestos previstos en nuestro ordenamiento (crisis de salud pública, sequía o inundación o cualquier otro tipo de calamidad). Por otro, la norma deberá contener una explicación bastante sobre el efectivo cumplimiento del principio de proporcionalidad, así como de sus subprincipios (necesidad, adecuación y proporcionalidad *stricto sensu*). La autoridad competente está obligada a recurrir al medio menos gravoso o lesivo para los particulares –*ex* artículo 4 LRJSP– lo que incluye también, claro está, la motivación de haber optado por el ejercicio de la potestad reglamentaria. Y, en fin, tendrá que quedar debidamente justificada la definición del ámbito de aplicación del reglamento de necesidad, tanto desde el prisma territorial como –en la medida que sea posible– desde el temporal.

La motivación, además, «no es una cuestión de extensión ni de variedad, sino de explicación y ésta puede lograrse con pocas palabras si son las precisas para el caso del que se trata» (STS 1079/2021, FD 5º). Es decir, que no es necesario extenderse en ella y, en coherencia, no puede esgrimirse por la autoridad competente llamada a dictar el reglamento de necesidad que su cumplimiento implicaría una ralentización de la puesta en marcha de las medidas. La plasmación de la justificación puede incluirse en la parte expositiva del reglamento de necesidad; en la propia Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante, MAIN) abreviada –en caso de que exista tiempo suficiente para su elaboración y se dicte por parte de la autoridad estatal[1764]–; o, incluso, en los informes especializados adheridos al expediente, que servirán de complemento, en su caso[1765].

grave de transmisibilidad. 2º Debe justificar también que esas medidas restrictivas o limitativas son idóneas o adecuadas e imprescindibles por no haber otros medios más eficaces, lo que se concreta en un triple juicio: de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad. 3º Debe fijar un ámbito territorial atendiendo a la población afectada, así como el tiempo que considera imprescindible atendiendo a la gravedad de la enfermedad. 4º Y, en fin, también hemos sostenido que la exigencia de justificación no significa aportar informes prolijos y variados según el lugar, ni se traduce en la exigencia de que se extiendan a lo largo de un número determinado de páginas».

[1764] *Vid*. STS 414/2022, de 4 de abril, FD 2º. Recuérdese que la MAIN no es básica, pero que las entidades territoriales, en la práctica, suelen realizar informes similares con el objeto de motivar las normas.

[1765] La jurisprudencia de las Salas territoriales sobre la motivación de las medidas incoadas con base en el artículo 3 LOMESP y durante la crisis de la COVID-19 han dejado claro el valor de estos informes y su conexión con la motivación de los reglamentos de necesidad. *Vid*., al efecto, la STSJ de Cataluña 1092/2022, de 25 de marzo, FD 6º.

La justificación de los motivos que llevan a dictar el reglamento –y su plasmación por escrito, para conocimiento de afectados y control de los órganos jurisdiccionales– se erige, en definitiva, en un requisito fundamental y constitucional del reglamento de necesidad, implicando su omisión la indefectible nulidad de la norma[1766].

B).- LA PUBLICACIÓN

El artículo 9.3 de la Constitución Española «garantiza la publicidad de las normas». Este mandato constitucional ha de entenderse aplicable a todas y cada una de ellas –desde Leyes hasta reglamentos– habiéndose finalmente terminado el debate respecto la inexigencia de publicación de algunas de ellas[1767], al estar hoy plenamente asentado y asumido que la omisión de tal requisito conlleva la imposibilidad de que la norma despliegue su eficacia[1768].

La cuestión –no obstante– se ha planteado también respecto de los reglamentos de necesidad. Y es que, dado el contexto de crisis en el que se dictan, podría pensarse que deberían desplegar efectos desde el mismo momento en el que son emitidos, sin tener que esperar a su publicación. Este razonamiento ha sido esgrimido respecto de los «bandos de necesidad», dictados por el Alcalde –incluso aunque gocen de contenido

[1766] La STS 524/2019, de 12 de abril, FD 3º, recuerda que «solo cuando la omisión de trámites del procedimiento previsto para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, conllevará la nulidad de la disposición que se dicte. Esta finalidad se traduce en una garantía ad extra, en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos (…) como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, y en una garantía interna, encaminada a asegurar tanto la legalidad como el acierto de la regulación reglamentaria». Estos razonamientos son reiterados por la STS 414/2022, FD 2º. Ya, concretamente, sobre actuaciones de necesidad, baste recordar que la STS 1103/2021, FFDD 5 y 6º, confirma la no autorización de la regulación del pasaporte COVID en Andalucía, dictado con fundamento en el artículo 3 LOMESP, por –entre otras cuestiones– ausencia de motivación.

[1767] Me refiero al ámbito de los planes urbanísticos, cuestión que fue criticada por la literatura jurídica, y cuyo debate debe entenderse superado. Sobre el tema, *vid*, por todos, COLOM PASTOR, B., «Las normas de los planes urbanísticos se deben publicar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 1990, págs. 417 y ss.

[1768] Sobre el tema, GARCÍA PÉREZ, «Segunda parte. El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos (*cit*.)», págs. 287 y ss. Algunos autores defendieron que la ausencia de publicación no implicaba la ineficacia de la norma, sino, más bien, su directa inexistencia, así GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, pág. 148. *Cfr*., con SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit*.), pág. 813 y ss., así como con la jurisprudencia más extendida (entre otras, STS de 10 de febrero de 2003, FD 3º), que abogan por la tesis tradicional.

normativo–, puesto que, como se ha defendido en muchas ocasiones, los bandos no siempre precisan de publicación[1769].

Sin embargo, considero que este razonamiento es matizable. Los bandos –al igual que cualquier otra actuación emanada del poder público– están supeditados a la tesis ordinamentalista, de tal suerte que sólo deben configurarse como genuinos «reglamentos de necesidad» aquellas medidas que integren un contenido normativo, aunque éste sea coyuntural. Creo que no hace falta destacar que –pese a que los bandos no precisen siempre de publicación– en aquellos supuestos en los que ostenten tal contenido, ésta sí habrá de ser exigida en congruencia con el artículo 131 LPAC, que destaca que: «Las normas con rango de ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente *para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos* (...)».

Podría aducirse que –como hemos advertido en líneas anteriores– si el reglamento de necesidad sólo se rige por lo dispuesto en su cláusula general habilitante, el indicado precepto de la LPAC tampoco debería ser aplicable a las normas que nos ocupan. Sin embargo, los preceptos y principios constitucionales –como el de seguridad jurídica o el de publicidad de las normas, recogidos en el artículo 9.3 del texto constitucional– son, en todo caso, aplicables, lo que produce, en coherencia, la imposibilidad de que este tipo de reglamentos desplieguen su eficacia antes de su publicación. Además de tales exigencias constitucionales, considero que este requisito se configura como *condictio sine qua non* para que el reglamento pueda surtir efectos por –todavía– una serie de ulteriores razonamientos.

En primer término, por la propia naturaleza de la institución que nos ocupa. El reglamento de necesidad busca establecer un estatuto jurídico concreto respecto de una situación excepcional, por lo que la actuación puede demorarse mínimamente: antes de ésta caben otras actuaciones tales como actos administrativos o medidas provisionales. Efectivamente, a través de tales instrumentos –y cuando los poderes públicos se encuentren ante situaciones de extrema urgencia– podrá procederse directamente, incluso omitiendo la forma escrita y procediendo a la emisión de actos por mera vía

[1769] Así, REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, «Artículo 84 (*cit.*)», págs. 2155 y ss., y especialmente –en lo concerniente a los bandos– págs. 2254-2255; y, más recientemente, GUILLÉN NAVARRO, *op. cit.*, pág. 140, para quien no parece ser precisa la publicación en estas «situaciones de urgencia o necesidad, habida cuenta que deben ponerse en conocimiento del Pleno».

oral, acústica o incluso a través de la fuerza, cuando sea estrictamente necesaria una actuación inmediata –y previa al reglamento de necesidad– ante la ponderación de los bienes e intereses en juego[1770]. Se ha de recordar que las cláusulas generales dan cabida a todo este tipo de actuaciones.

En segundo punto, porque la publicación de las normas a la luz de los medios electrónicos y el desarrollo tecnológico actual permite su inclusión en el boletín oficial correspondiente de modo prácticamente inmediato. Además, el reglamento de necesidad puede ser puesto en conocimiento desde el mismo momento en el que se dicte –o incluso antes– a través de medios de comunicación o redes sociales, que faciliten su difusión, con objeto de alcanzar el fin pretendido, dirigido a la protección de personas y bienes. El hecho de que se publique ulteriormente en el boletín correspondiente –cuestión que, se insiste, únicamente precisa unas horas si se realiza en sede electrónica– sólo plantearía problemas de eficacia por su incumplimiento (ej., si establece un régimen sancionador)[1771]. La primera declaración del estado de alarma a raíz de la COVID-19, a través del Real Decreto 463/2020, es una buena muestra de lo que aquí se expone[1772], siendo posible establecer su inmediata entrada en vigor tras la publicación[1773]. Por lo demás, los reglamentos de necesidad han operado en términos similares[1774], sin perjuicio de que, en ocasiones, se haya querido adelantar su vigencia a la misma firma, técnica que, en definitiva, ha de considerarse cuestionable[1775].

[1770] ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), pág. 427, subrayando que esto puede producirse cuando estemos ante situaciones que hagan «peligrar la realización de los fines que tienen encomendados la forma escrita», dado que el retraso puede ir en contra de éstos. *Vid*., también AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa* (*cit*.), pág. 398 y ss., quien se hace eco del tradicional debate sobre la existencia o no del acto administrativo en estos casos: parte de la doctrina entiende que no hay acto administrativo *stricto sensu*, mientras que otros defienden que estamos ante un acto «no procedimentalizado», como es el caso de este autor.

[1771] Pensemos, por ejemplo, en los reglamentos de necesidad dictados al amparo del artículo 58 TRLA, que –como hemos visto– suelen prever un régimen sancionador aplicable.

[1772] El Real Decreto 463/2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 14 de marzo de 2020 (sábado). Días antes se hizo saber a la ciudadanía a través de distintos medios que tal norma se estaba preparando, anunciándose a través de comunicado oficial el día previo. Puede consultarse aquí: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/130320-sanchez-declaracio.aspx

[1773] De nuevo, sirva de ejemplo la declaración del primer estado de alarma dictado a raíz de la crisis de la COVID-19. En efecto, la disposición final tercera del Real decreto 463/2020 disponía que «[e]l presente real decreto entrará en vigor en el momento de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'».

[1774] A título ejemplificativo, el Real Decreto 684/2017, de 30 de junio, por el que se declara la situación de sequía prolongada en la parte española de la demarcación hidrográfica del Duero y se adoptan medidas excepcionales para la gestión de los recursos hídricos –dictado al amparo del artículo 58 TRLA– prevé en su disposición final cuarta que entrará en vigor «el mismo día de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'».

[1775] Por ejemplo, sobre la base del artículo 14.3.a) y, especialmente f), de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid –precepto, recordemos, sustancialmente idéntico al artículo

En tercer y último lugar, se ha de tener en cuenta que la STC 70/2022, de 2 de junio, anuló la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) dada por la Ley 3/2020, que preveía la autorización o ratificación previa de los «reglamentos sanitarios de necesidad» –en expresión de la sentencia– porque, entre otros motivos, la intervención jurisdiccional implicaba que tales disposiciones dejasen de ser «objeto de publicación oficial, con el consiguiente menoscabo a su vez de los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica consagrados por el art. 9.3 CE». En otras palabras: el Tribunal Constitucional afirmó–en una interpretación *a contrario*– que los reglamentos de necesidad únicamente pueden entrar en vigor una vez publicados. Y ello incluso aunque hubieran sido autorizados previamente por un órgano jurisdiccional.

En resumen, puede afirmarse por todo ello que la publicación de los reglamentos de necesidad aparece como un elemento derivado directamente de la Constitución y cuyo incumplimiento impide a este tipo de normas desplegar sus efectos en el ordenamiento jurídico.

C).- LAS FRONTERAS EN LA «DELIMITACIÓN» DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DURACIÓN TEMPORAL COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ

La eficacia del reglamento de necesidad tiene carácter normativo y coyuntural. Esta doble realidad es especialmente importante en lo que a la afección de los derechos fundamentales de los particulares –perturbadores de la seguridad pública o no– se refiere[1776].

21.1.m) LRBRL– se dictó el Decreto de 10 de enero de 2021 del Alcalde por el que se establecen un conjunto de medidas organizativas en los centros de trabajo dependientes del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, como consecuencia de la borrasca «Filomena», disposición que preveía en su apartado décimo que «[e]l presente decreto surtirá efectos desde el momento de su firma y hasta la finalización del día 12 de enero de 2021, sin perjuicio de su posible prórroga y de su publicación en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid». Similar previsión encontramos en su prórroga, esto es, en el apartado cuarto del Decreto de 12 de enero. Como se ve, en estos casos el reglamento de necesidad parece pretender desplegar su eficacia «desde el momento de la firma», esto es, antes de la publicación efectiva en el boletín oficial. Podríamos entender también que este inciso responde a la dificultad de encajar este Decreto como reglamento y entender que estamos ante un acto administrativo y que, en definitiva, son aplicables los artículos 39 y 45 LPAC, aunque la dicción del mismo –y la misma referencia a su publicación– nos lleva a entender que innova en el ordenamiento, erigiéndose como una norma genuina.

[1776] La presencia de una cláusula general se justifica –además de para afrontar situaciones imprevistas– en su capacidad para desplegar medidas de mayor intensidad. En este sentido ya se pronunciaba ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), pág. 440, en relación con el artículo 14 de la LOPSC de 1992 –que se mantiene prácticamente incólume en el también artículo 14 de nuestra LOPSC de 2015, aunque sigue sin permitir el dictado de reglamentos de necesidad, dada su dicción– indicando que ésta no sólo

El carácter normativo implica que, más que una «limitación» de los derechos, estaremos ante una «delimitación» de los mismos. En efecto, la norma –reglamento de necesidad– procede –a través de la regulación– a definir el contenido y ejercicio de los derechos durante la situación excepcional, y no a realizar una reducción o compresión directa de aquél: actúa como un reglamento de policía en el sentido tradicional, perfilando el modo de ejercitar las situaciones jurídicas de los particulares[1777]. Ahora bien, son las autoridades competentes las que, con fundamento en tal regulación, incoarán las actuaciones concretas de limitación, a través de actos administrativos, coacción directa, etc.[1778]. Mientras la delimitación del reglamento de necesidad fija las fronteras en el ejercicio de los derechos ante un contexto excepcional y por motivos de interés público, la limitación opera sobre el contenido mismo del derecho. La distinción no es producto de un mero bizantinismo jurídico, sino que presenta importantes consecuencias prácticas[1779].

La eficacia coyuntural o temporal del reglamento de necesidad, por su parte, implica que la afección que va a realizar en los derechos fundamentales de los particulares –bien directamente, bien a través de sus actos de aplicación– es meramente temporal y claudicante. Para que pueda hablarse de una afección coyuntural de derechos se han de cumplir dos requisitos fundamentales. Por un lado, que ésta tenga carácter «puntual», esto es, que la eficacia tenga carácter caduco o interino. Y, por otro, que de su actuación no se conformen alteraciones estables de la realidad, cuya eficacia

«opera como cláusula de cierre de las cláusulas estándar» previstas en la norma, sino que con ella se habilita a las autoridades competentes habilitadas «para dictar órdenes o prohibiciones con un contenido mucho más restrictivo para los derechos y libertades fundamentales, en comparación al que resultan ordinariamente habilitadas».

[1777] Ello puede entreverse incluso en el artículo 350 del Código Civil, en cuanto indica que: «*El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella*, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, *y con sujeción a lo dispuesto* en las leyes sobre Minas y Aguas y *en los reglamentos de policía*». La cursiva es mía.

[1778] La regulación dada por el reglamento de necesidad establecerá el *ius certum* aplicable ante una situación excepcional: un confinamiento o cierre perimetral, una regulación de la actividad empresarial adaptada a la situación extraordinaria, etc. Es decir, realizará una delimitación normativa de los derechos de los particulares. Los actos administrativos dictados con fundamento en esa regulación –requisas civiles de empresas o negocios; actuaciones dirigidas a mantener y sancionar el incumplimiento del cierre perimetral o confinamiento, etc.– supondrán ya una injerencia concreta en la esfera del ciudadano y sus derechos, esto es una «limitación». Sobre esta distinción, *vid*., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit*.), Tomo I, págs. 169 y ss.

[1779] No es lo mismo impugnar un acto administrativo que un reglamento o solicitar responsabilidad patrimonial de la Administración por una actuación u otra. Al efecto, *vid*., el apartado V.2 del presente capítulo.

trascienda el contexto de crisis con un impacto perenne o mantenido en los derechos fundamentales de los ciudadanos[1780].

Precisamente por lo indicado, el régimen jurídico al que quedan sometidos los derechos fundamentales es ciertamente peculiar: no se aplican las normas ordinarias en la materia relativas a las restricciones de derechos. En efecto, este tipo de afección jurídica consecuencia de un estado de necesidad presenta unos mimbres propios, que dotan a la injerencia de un carácter autónomo y diferenciado. Tal peculiar eficacia ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, FJ 5, a), admitiendo que, ante situaciones de necesidad, es posible realizar una limitación «tan intensa» como un confinamiento domiciliario, a través de una «regulación u ordenación general» del derecho, de acuerdo con «lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales», con fundamento en el artículo 30.4 de la Constitución[1781].

En cualquier caso, esta técnica presenta unos marcados límites de carácter temporal. La afección en los derechos únicamente puede ser puntual, dado que su mantenimiento en el tiempo está reservado a otros institutos previstos en nuestro ordenamiento constitucional: la restricción de derechos de especial intensidad o generalidad sostenida en el tiempo exigirá una medida estándar o nominada reconocida en la Ley (norma última que deberá revestir carácter ordinario u orgánico, según los

[1780] Implican modificaciones estables de la realidad la destitución de un cargo público con carácter definitivo, la revocación –también definitiva– de una licencia o concesión o, entrando ya en supuestos recientes, el establecimiento de la vacunación obligatoria. A esta cuestión nos referiremos más adelante.

[1781] El inciso se pronuncia específicamente sobre el artículo 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020, declaratorio del estado de alarma y por el cual se decretó un confinamiento domiciliario; confinamiento –como se sabe– anulado por la sentencia con el argumento de que éste implicaba la suspensión del derecho fundamental. En concreto, señala que: «Bajo la rúbrica 'Limitación de la libertad de circulación de las personas', el artículo 7, en sus números 1 y 3, no se queda en la acotación del ámbito de esa libertad, como ocurre con otras reglas previstas para situaciones de normalidad; sino que la limita o restringe de modo drástico, hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore* su contenido esencial. *Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales. No hay que olvidar que, ante coyunturas de 'grave riesgo, catástrofe o calamidad pública' (en palabras del art. 30.4 CE), la libertad de circulación, como otras, podría llegar a redefinirse y contraerse –incluso sin dar lugar a un estado de alarma–* con arreglo a lo que el tribunal llamó tempranamente los «límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7)». Y añade que: «[a]hora bien, la mera constatación de que los números 1 y 3 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 limitan la libertad de circulación más allá de lo que admitiría, *con carácter general*, el artículo 53.1 CE no resuelve la controversia aquí planteada, que en última instancia consiste en si tal medida puede encontrar amparo en la declaración del estado constitucional de alarma» [doctrina reiterada por la STC 183/2021, FJ 4 C) a)]. La cursiva es mía en ambos casos.

casos); y, en fin, la suspensión de derechos y el recurso a la jurisdicción militar precisará de una previa activación de los estados excepcionales de excepción y sitio, según los casos, en los términos previstos por la Constitución y la LOAES. Veamos estos dos supuestos y su relación con la institución que nos ocupa.

i).- LA AFECCIÓN COYUNTURAL DE DERECHOS «INTENSA» Y «EXTENSA» Y LA INNECESARIEDAD DE LEY ORGÁNICA

Es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional que toda injerencia en un derecho fundamental precisa de tres requisitos diferenciados: que la restricción tenga cobertura en una Ley; que tal actuación persiga una finalidad, un bien o un valor constitucionalmente legítimo; y, por último, que se respete el principio de proporcionalidad [por todas, STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5 d)][1782]. Los dos últimos han de regir con contundencia en supuestos extraordinarios, puesto que la persecución del interés general es el elemento que permite intervenir, al tiempo que el principio de proporcionalidad actuará como límite y parámetro de enjuiciamiento por excelencia[1783].

El primero de los requisitos –la cobertura legal– adquiere un grado de complejidad mayor cuando atendemos a la existencia en nuestro sistema jurídico de los dos tipos de normas adecuadas para regular derechos: Ley ordinaria y Ley orgánica[1784].

[1782] La bibliografía en la materia es muy extensa, pudiendo destacarse DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, L., y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos Fundamentales y Constitución*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1988, trabajo hoy recogido en sus *Obras Completas*, 1ª ed., CEPCP-Universidad de Oviedo, 2010, especialmente págs. 1478 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 1ª ed., Tomo IV, EDERSA, 1996, especialmente págs. 456 y ss.; o, entre otros, VILLAVERDE MÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en BASTIDA FREIJEDO, F. J., *et alt*., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2004. También, MEDINA GUERRERO, M., «Comentario al artículo 53 de la Constitución», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018, especialmente págs. 1462 y ss.; o, en fin, aunque ya desde la perspectiva de la «restricción sacrificial», *vid*., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2022, especialmente págs. 320 y ss.

[1783] La medida habrá de ser adecuada o idónea; necesaria; y, en fin, proporcional *stricto sensu* (por todas, STC 60/2010, FJ 9), no habiendo de olvidarse que estará en intrínseca conexión con la exigencia de salvaguarda de un bien «constitucionalmente protegido». Sobre el principio de proporcionalidad y su relación con los derechos fundamentales, *vid*., BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad: estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 15-50; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2007; ALEXY, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, págs. 11-29.

[1784] En cualquier caso, el fundamento es el mismo: la injerencia debe realizarse a través de una «Ley», entendida como expresión de la soberanía (entre otras, STC 49/1999, de 27 de abril, FJ 4). La cuestión

La primera de ellas –con fundamento en el artículo 53.1 de la Constitución– habilitaría para incidir sobre el derecho tanto desde una perspectiva positiva (regulación), como desde una negativa (limitación). La segunda iría más allá: el artículo 81.1 de la Constitución exige la intervención de una Ley orgánica en los supuestos de «desarrollo» de un derecho fundamental, lo que se enfoca también desde el prisma positivo y negativo. A tal efecto, el Tribunal Constitucional distingue entre «restricciones directas del derecho fundamental» –que exigirían, efectivamente, Ley orgánica– y «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental» –que precisan únicamente de Ley ordinaria– (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11)[1785].

Esta teoría general sirve para explicar las distintas injerencias que puedan producirse en los derechos fundamentales de los particulares con carácter ordinario[1786]. Ahora bien, su aplicación resulta más compleja cuando hablamos de afecciones de carácter puntual o coyuntural en los derechos; afecciones que son las que están llamados

también se extiende –como no podría ser de otro modo– al plano de las restricciones ante situaciones de necesidad, no siendo posible realizar tales afecciones con fundamento en una mera disposición reglamentaria (*vid*., al efecto, el conocido Auto 128/2020 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 9 de octubre de 2020, que declaró nulas las actuaciones que afectaban a derechos fundamentales por ausencia de «cobertura legal»).

[1785] Además, el requisito de la «Ley previa» como indispensable para la restricción de derechos aparece aderezado por la doctrina de la «calidad de la Ley». Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), desde su conocida Sentencia *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, viene exigiendo que toda regulación restrictiva de derechos revista una «calidad» adicional: la medida no sólo ha de estar prevista por una Ley, sino que además ha de ser suficientemente previsible para los potenciales destinatarios. Esta «previsibilidad» implica, para el TEDH, tres cuestiones: la existencia de una base legal, la accesibilidad de esta última para el afectado, y, en fin, la previsibilidad *stricto sensu*, esto es, «en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables». Estas exigencias han sido recogidas por la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque destacándose, eso sí, que el requisito de «calidad de la Ley» no encarna un elemento de control de la constitucionalidad (entre otras muchas, STC 33/2019, de 14 de marzo, FJ 3). Algunos autores han planteado que las cláusulas generales de necesidad pueden colisionar con esta exigencia –TAJADURA TEJADA, «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales (*cit*.)», págs. 145 y ss.; o ARAGÓN REYES, «Epílogo (*cit*.)», pág. 13– precisamente por el carácter general de estas habilitaciones. Ahora bien, tal afirmación resulta exagerada: las cláusulas generales de necesidad –como se ha expuesto *supra*– han sido admitidas ampliamente por nuestra jurisprudencia, están destinadas precisamente a hacer frente a situaciones de carácter «imprevisible» (de ahí que tampoco puedan expresarse en términos de previsibilidad absoluta) y, además, la injerencia en el derecho se prevé meramente puntual. No es, por ello, aplicable esta doctrina al caso que nos ocupa. Sobre estas cuestiones, *vid*., CRUZ VILLALÓN, P., «Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la Ley» y de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ambos publicados en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003; o, también, BARCELONA LLOP, J., «Injerencias policiales en derechos fundamentales y habilitación legal», en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA Á. M., DESCALZO GONZÁLEZ, A., (Coords.), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tomo II, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1615-1658. Ya, en términos más amplios, *vid*. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Calidad de la Ley: razonabilidad, arbitrariedad y control», en BAÑO LEÓN, J. M.ª (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, 1ª ed., Tomo II, CEPC, Madrid, 2016.

[1786] La relación entre el reglamento y la Ley orgánica presenta diferencias respecto de la clásica entre reglamento y Ley ordinaria (*vid*., STC 77/1985, FJ 14; STC 137/1986, FJ 3; STC 108/1986, FJ 26).

a realizar los reglamentos de necesidad que aquí nos ocupan. Se plantea entonces una importante cuestión: ¿existen diferencias respecto de lo que puede hacer un reglamento de necesidad dictado con fundamento en una cláusula general de una Ley orgánica respecto de uno basado en una Ley ordinaria?

El único supuesto de cláusula general de necesidad previsto en una Ley orgánica se encuentra en el artículo 3 LOMESP[1787], que dispone: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»[1788].

Esta especialidad –como ha indicado MUÑOZ MACHADO– responde a una explicación histórica: en un principio la Ley 14/1986 se tramitó de forma conjunta con la Ley orgánica 3/1986 (LOMESP), si bien esta última se desgajó de la anterior en sede parlamentaria. Se entendió en las Cámaras –discutiblemente, como recalca el autor– que

[1787] Téngase en cuenta también que el artículo 3 LOMESP cuando se aplica se hace en interpretación conjunta con los artículos 26 LGS y 54 LGSP (STS 1102/2021, de 2 de agosto, FD 8º, entre otras muchas). *Cfr*., con NOGUEIRA LÓPEZ, «Derecho administrativo *para* la excepción… (*cit*.)», págs. 12 y ss., para quien además de la LOMESP encontramos otra Ley orgánica que también daría cobertura a medidas de similar intensidad: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC), aduciendo que «es posible que esto se deba a que las medidas de limitación de los derechos fundamentales son más invasivas (registros corporales, entrada en domicilio, internamiento hospitalarios o aplicación de tratamientos médicos…) afectando a la esfera más íntima de la persona». Bajo mi perspectiva, la LOMESP es la única que prevé este tipo de medidas por una cuestión coyuntural e histórica –como antes se ha destacado–. El hecho de que la LOPSC sea una Ley Orgánica probablemente se deba al mandato del artículo 104 de la Constitución, así como al presente en el artículo 55.1 respecto de la detención preventiva (artículo 17.2), la intervención en las comunicaciones (artículo 18.2) y la entrada en el domicilio (artículo 18.3) que puede terminar incidiendo en esta norma. Si fuese por una cuestión de «intensidad» en la afección de los derechos, las Leyes de protección civil –por ejemplificar la cuestión– deberían revestir carácter orgánico.

[1788] Este precepto ha sido fundamental durante la pandemia de la COVID-19 en los interregnos en los cuales el estado de alarma no estuvo vigente, siendo activado por las Comunidades Autónomas para imponer medidas restrictivas de derechos en los siguientes periodos: antes de la declaración del primer estado de alarma, el 14 de marzo de 2020; una vez expirado éste y hasta la declaración del tercero (segundo, si no tenemos en cuenta el específico para Madrid, del 26 de junio al 25 de octubre de 2021); y, en fin, una vez finalizado éste, el 9 de mayo de 2021. Como indica ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Propuestas para la reordenación del Derecho destinado a hacer frente a las grandes pandemias en nuestro país», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 101-102, noviembre-diciembre 2022, pág. 87, aunque la legislación para afrontar este tipo de catástrofes está compuesta por diversos preceptos dispersos en una pluralidad de leyes «a la hora de la verdad se reducen (…) a tan sólo uno: el art. 3 LOMESP».

así se lograba dotar de una mayor garantía a los derechos fundamentales potencialmente afectados, precisamente por revestir a estos preceptos de carácter orgánico[1789].

Sea como sea, esta previsión ha traído aparejada un acalorado debate, discutiéndose si las injerencias «intensas» y «extensas» en derechos fundamentales son únicamente posibles con fundamento en una Ley orgánica o si, por el contrario, es bastante la Ley ordinaria. Es decir, si las restricciones de «especial intensidad» o de una marcada «generalidad» –por dirigirse a una pluralidad indeterminada de personas– exigen cobertura legal distinta[1790]. En efecto, algunos autores entienden que una generalidad en la afección de los derechos puede suponer un «vaciamiento» de la Ley orgánica[1791], al tiempo que otros atienden a su intensidad cualificada para defender tal

[1789] MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», págs. 116-117.

[1790] La STS 719/2021, de 24 de mayo, FD 7º D), ya indicaría que: «con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y *establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales*». Ahora bien, inmediatamente después destaca que la medida –la limitación de viajes entre islas, «confinamiento perimetral», establecido por la Consejería de Salud canaria– no tendrá carácter general, dado que «[s]egún se cuenten los enfermos y quieren han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentre, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto [artículo 3 LOMESP] se irá extendiendo correlativamente, pero *sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general*». Posteriormente, la STS 788/2021, de 3 de junio, FD 7º, –respecto del toque de queda y las limitaciones al derecho de reunión establecidos por la Administración balear– subraya que las «medidas sanitarias como las aquí consideradas, *precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica*, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. *Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible*», añadiendo también que el toque de queda nocturno y las limitaciones al derecho de reunión «por su intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales) (...) *requieren de una ley orgánica* que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible». Por su parte, la STS 62/2022, de 26 de enero, FD 5º, recuerda que cabe dictar cualesquiera medidas siempre que «estén sustancialmente justificadas según las circunstancias del caso y siempre que tal justificación esté a la altura de la intensidad *y la extensión de la restricción de que se trate*: esto, es debe justificarse que son medidas indispensables para salvaguardar la salud pública». La cursiva es mía en todos los casos.

[1791] Así, SÁENZ ROYO, E., «Estado autonómico y COVID-19», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021, pág. 394; o, también, GARCÍA MAJADO, «Libertad de circulación de las personas, Leyes de policía sanitaria y COVID-19 (*cit.*)», pág. 134. Ahora bien, la discusión sobre la exigencia de Ley orgánica se planteó mucho antes en términos amplios, así CIERCO SEIRA, C., «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población», en *Derecho y salud*, Vol. 13, núm. 2, julio-diciembre 2005, pág. 216. Para algunos autores, incluso, la restricción generalizada de derechos únicamente puede producirse en el seno del estado de alarma, posición que se extrae de la STC 148/2021, FFJJ 3, 4 y 5, pero que, posteriormente, parece haber sido desplazada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como por la STC 70/2022, FJ 7. Sobre el tema, *vid*., VILLAR CRESPO, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional… (*cit.*)», págs. 198 y ss.

quiebra[1792]. Únicamente un número reducido de autores sostiene que la distinción entre ambos tipos de Leyes es innecesaria, las medidas indicadas –independientemente de su «intensidad» o «extensión»– son adoptables con fundamento en una Ley ordinaria[1793]. En sentido similar, parece también pronunciarse el Consejo de Estado[1794].

Desde la perspectiva del reglamento de necesidad, este debate es estéril. Estas disposiciones buscan establecer limitaciones de derechos con carácter «puntual» o «coyuntural» y, por ello, las medidas en ellas contenidas y reguladas encontrarán base

[1792] ARROYO GIL, A., «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021, págs. 99-100; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pág. 9; o, también, ÁLVAREZ GARCÍA, «Una historia jurídica de la lucha frente a la pandemia de la COVID-19 (*cit.*)», pág. 12. Por último, recordemos que algunos autores han defendido incluso que estas medidas no tienen cabida siquiera bajo una Ley Orgánica, así BARNÉS VÁZQUEZ, «La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19 (*cit.*)», págs. 101-139, especialmente págs. 106 y ss., posteriormente actualizado en «La alarma *vs.* Legislación ordinaria contra pandemias en perspectiva comparada (*cit.*)», págs. 155 y ss.; o TAJADURA TEJADA, «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales (*cit.*)», págs. 150 y ss.

[1793] Por todos, MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», págs. 116-117, recuerda que el deslinde de los preceptos de la hoy LGS a la LOMESP fue «una decisión errónea, la primera de una serie importante, pero el error no se notó hasta que se presentó en nuestro territorio una epidemia importante», y es que «la Constitución no exige que medidas de limitación de derechos tengan que incluirse necesariamente en una ley orgánica», por lo que –entiende– esta previsión hubiese sido más que suficiente en una Ley ordinaria. En sentido similar, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021, pág. 370. Por su parte, en un punto intermedio, VELASCO CABALLERO, F., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., «Distribución territorial del poder durante la pandemia», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021, págs. 75-76, tratan de salvar esta problemática defendiendo que existen «dos reservas de Ley»: una de Ley Orgánica, que autoriza de forma abstracta y general la imposición de medidas tan restrictivas (estando tal autorización en el artículo 3 LOMESP); y otra de Ley ordinaria, en la que se pormenoriza ya cuáles son concretamente tales medidas (estando tal pormenorización en la normativa básica estatal, *v. gr.*, artículos 26 LGS, 54 LGSP, y en la autonómica).

[1794] *Vid.*, el dictamen 213/2021, de 22 de marzo, del Consejo de Estado, cuyas palabras son del todo claras: «[a] la vista de su contenido, el apartado 1 del nuevo artículo 38 de la Ley 8/2008 de Galicia entronca con la regulación estatal fundamentalmente contenida en el artículo 26 de la Ley 14/1986 y el artículo 54 de la Ley 33/2011, introduciendo, en ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado, una serie de medidas que en unos casos son idénticas a las establecidas en tales leyes y que en otros se amparan en la cláusula residual prevista en ellas, *sin que, por su naturaleza o alcance, constituyan una materia reservada a la ley orgánica*, atendida la interpretación restrictiva de la expresión 'desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas' que ha realizado el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, para que proceda una ley orgánica, debe tratarse de un desarrollo 'directo', es decir, 'global o en alguno de sus aspectos esenciales', de alguno de los derechos y libertades contemplados en la sección 1.ª, capítulo II del título I de la Constitución -artículos 14 a 29- (Sentencia 31/2018, de 10 de abril, FJ 7, entre otras muchas)». La cursiva es mía.

jurídica bastante en el artículo 53.1 de la Constitución[1795]. Distinto es que –durante la crisis de la COVID-19– se haya hecho un uso indebido del artículo 3 de la LOMESP, utilizando su cláusula general para dictar medidas que no eran realmente coyunturales, pues establecían regulaciones que excedían de lo puntual (ej., toques de queda y cierres perimetrales mantenidos durante semanas; exigencia de pasaporte COVID durante meses[1796]) o pretendían realizar actuaciones que implicaban modificaciones estables de la realidad (ej., vacunación obligatoria[1797]). En efecto, aunque el desarrollo de estas actuaciones no coyunturales precisaba de una previsión concreta en la Ley –a través de medidas estándar en la Ley, ordinaria u orgánica[1798], según el caso[1799]– el Tribunal

[1795] *Cfr*. con ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021, págs. 19 y 20, sostiene la necesidad de aprobar una Ley orgánica para poder dictar medidas que impliquen una restricción importante de derechos fundamentales, incluso aunque tales medidas sean «puntuales».

[1796] SSTS 1103/2021, de 18 de agosto, FD 5º, indica claramente que: «[e]n línea con cuanto queda expuesto, la Sala sigue manifestando en su sentencia que *medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica*, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que *requieren de una ley orgánica* que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible», y, también, en su FD 6º: «[c]on ello quiere ponerse de relieve que *no se trata de una limitación puntual* que afecta a un determinado número de personas, sino que se refiere a medidas dirigidas y que afectan a un sector determinado, fundamentalmente del ocio nocturno, que *se adoptan respecto a todo el territorio de la Comunidad de Andalucía y de forma indefinida*, esto es, sin determinación de una vigencia temporal, *restricciones pueden considerarse intensas y extensas*». La exigencia de Ley orgánica se entrevé también de las otras dos resoluciones sobre esta concreta cuestión: las SSTS 1112/2021, de 14 de septiembre, y 1412/2021, de 1 de diciembre. Sobre estas tres sentencias *vid*., ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias», en *Diario del Derecho*, 10 de enero de 2022; en tono muy crítico, EIROS BACHILLER, M., «El pasaporte COVID ¿una alternativa a la vacunación obligatoria con más garantías? A raíz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, 2022, págs. 185-206, especialmente 195 y ss.; y, en fin, MORALES SANCHO, G. A., «Pasaporte COVID a examen. *Nudging* y derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 115, septiembre-diciembre 2022, págs. 171-204.

[1797] Las consecuencias de una vacunación obligada implican, efectivamente, una alteración estable de la realidad, dada su «irreversibilidad» –en este sentido, los argumentos del Abogado del Estado en el ATC 74/2021, FJ 4– o su «directa» afección a los derechos fundamentales, exigiéndose por ello cobertura orgánica y, añadiría, también una concreta previsión en la Ley. *Vid*., en esta línea, el Dictamen 213/2021, de 22 de marzo, del Consejo de Estado, del que se extrae que la vacunación obligatoria debería establecerse, en su caso, con fundamento en una Ley Orgánica (reiterado en el Dictamen 298/2022, de 24 de marzo). El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley gallega 8/2021, manteniendo la suspensión del precepto que habilitaba para incoar la vacunación obligatoria (ATC 74/2022); recurso que, posteriormente, fue retirado. Se mantiene el recurso frente a la Ley vasca 2/2021, que, en términos similares, establece esta vacunación obligatoria, habiendo también el Tribunal Constitucional mantenido la suspensión (ATC 112/2022). *Cfr*., con CIERCO SEIRA y SALAMEDO TEIXIDÓ «La protección de la salud pública en contextos de excepción (*cit*.)», págs. 18 y ss.

[1798] Al efecto, la STS 792/2021, de 3 de junio, FD 4º recuerda que «el desarrollo de derechos fundamentales no es equivalente a limitación puntual de los mismos y que la ley ordinaria puede preverla con tal de que no desnaturalice el derecho afectado», afirmación reiterada en la STS 875/2021, de 17 de junio, FFDD 4º y 5º. Lo mismo puede decirse de la STS 1079/2021, de 21 de julio, FD 5º D), que entiende que un reglamento de necesidad –la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 7 de julio de 2021 de la Junta de Andalucía– que procede al confinamiento perimetral de un municipio entero (Peal de

Supremo se vio forzado a convalidar muchas de ellas dictadas con fundamento en una mera cláusula general, en una tónica que –entiendo– no puede extrapolarse al debido funcionamiento de esta técnica[1800]. Y es que, en resumen, la problemática respecto de la injerencia en los derechos fundamentales a raíz de una situación extraordinaria no radica tanto en la «intensidad» o «extensión» de la medida, sino, únicamente, en su *durabilidad*[1801].

Se insiste: las cláusulas generales y las medidas en ellas contenidas –incluidos los reglamentos de necesidad– no tienen otra pretensión que dictar medidas extraordinariamente temporales y supeditadas al presupuesto habilitante. De ahí que sean un magnífico instrumento para atender situaciones imprevistas. Ahora bien, si la situación se perpetúa en el tiempo –es decir: se *normaliza* la excepción o ésta se hace *previsible*[1802]– lo correcto será regular tales medidas en disposiciones estándar por las

Becerro) aunque «afecta a la libertad de circulación (…) es igualmente verdad que no comporta una limitación de intensidad acusada pues esa medida no impide los movimientos dentro del término municipal y los que se produzcan en tránsito y tampoco los que están cubiertos por los motivos enunciados en el artículo segundo de la Orden de 7 de julio de 2021 [el reglamento sobre el que se solicita la autorización]» añadiendo que la limitación tiene «un alcance relativo». También, la STS 62/2022, de 26 de enero, FD 5º, recuerda que «fuera de ese desarrollo así entendido, la restricción o limitación puntual de un derecho fundamental cabe hacerla mediante ley ordinaria, siempre respetando su contenido esencial y sin desnaturalizarlo»; doctrina reiterada en la STS 833/2022, de 22 de junio, FD 4º.

[1799] Estamos, en definitiva, ante una cuestión casuística. Como recuerda el propio Tribunal Supremo la opción por la Ley orgánica o por la ordinaria para la limitación de derechos «sólo puede verificarse examinando cada medida que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación» (entre otras muchas, STS 1112/2021, de 14 de septiembre, FD 7º). En este sentido, *vid*., también, las SSTC 292/2000 y 53/2000, que recuerdan que estas restricciones son posibles cuando no impliquen un «desarrollo directo de los elementos esenciales» del derecho; ahora bien, cuando la actuación no es puntual o coyuntural entonces opera la jurisprudencia relativa a la Ley orgánica (artículo 81 de la Constitución), dado que sí que hay un desarrollo directo (STC 6/1982) al afectar a aspectos esenciales del derecho (SSTC 127/1994; 173/1998).

[1800] Sobre el tema, *vid*., MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «La pandemia, el estado de alarma y los jueces», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 121, septiembre-diciembre 2021, págs. 61-128.

[1801] De hecho, si sobre estas idénticas medidas –toques de queda; limitaciones al derecho de reunión– se hubiesen dictado con carácter meramente puntual, no hubiese habido problema en que su fundamento jurídico fuese una mera Ley ordinaria. Todos los días se publican reglamentos locales, autonómicos y estatales que afectan a muchas más personas que aquellos sobre los cuales se pronunció el Tribunal Supremo en su jurisprudencia. Por otro lado, en ocasiones, también se realizan actuaciones de altísima intensidad –mayor incluso que un toque de queda– por medio de la aplicación de una Ley de carácter ordinario ante situaciones extraordinarias, también con fundamento en una mera Ley ordinaria (ej., como consecuencia de la erupción del volcán de La Palma).

[1802] Tras varios meses de pandemia no puede esgrimirse la imprevisibilidad de ciertas medidas a adoptar, tales como los aducidos cierres perimetrales, toques de queda, cierres de negocios, etc. Lo lógico hubiese sido desarrollar una Ley al efecto, en la cual se precisaran todas aquellas medidas a dictar a través de concreciones nominadas o estándar, puesto que no estábamos ya ante situaciones imprevistas ante las que haya que actuar con rapidez. El contexto era ya previsible y la situación extraordinaria de la pandemia estaba ya, hasta cierto punto, «normalizada». Un ejemplo es la pretensión de regular el pasaporte COVID *ex* artículo 3 LOMESP: dos Reglamentos europeos sobre pasaporte COVID avalan que su regulación pudo haberse realizado durante la negociación de los mismos o en un momento posterior.

Leyes[1803], tal y como resulta común en el Derecho comparado[1804]. Afirmar lo contrario implicaría desvirtuar por completo la función de las cláusulas generales de necesidad y, en definitiva, de los reglamentos de necesidad que llevan aparejados en nuestro sistema jurídico[1805].

A todo ello se ha de añadir una apreciación adicional. Si exigiésemos la presencia de una Ley orgánica para el dictado de cualesquiera reglamentos de necesidad que ejercieran una injerencia en derechos «intensa» o «extensa» estaríamos –directamente– tornando inoperante a la institución. Y es que –hasta la fecha– sólo existe una habilitación como tal en una Ley orgánica y ésta es exclusiva para situaciones de salud pública (LOMESP), lo que implicaría dejar fuera de su cobertura otros supuestos extraordinarios previstos en distintas cláusulas generales (artículos 58 TRLA, 15

[1803] Esta necesidad ha sido puesta de manifiesto por gran parte de la doctrina: ARROYO GIL, «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia (*cit.*)», págs. 99 y 100; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021, págs. 26 y 28; o, también, SÁENZ ROYO, «Estado autonómico y COVID-19 (*cit.*)», pág. 396. El propio Tribunal Supremo ha recordado en su STS 719/2021, FD 4º D), que «[s]in ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. (…)».

[1804] En efecto, así sucedió en Alemania, donde, tras la utilización de la cláusula general prevista en la normativa de salud pública, se procedió a dictar una Ley específica, por entender tal restricción más acorde con la seguridad jurídica y el Estado de Derecho. Una situación similar se dio en Italia, donde las distintas ordenanzas de necesidad –dictadas con fundamento en diversas cláusulas generales– se entendieron también insuficientes y se procedió al dictado de un Decreto ley *ad hoc*, con medidas estándar (*atti necessitati*). Y, en fin, también en Francia, donde las cláusulas generales y la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales –activadas en los primeros días de la crisis– se entendió insuficiente, dictándose por ello una Ley especial. En todos estos supuestos se partía de que sus instituciones estaban destinadas a cubrir contextos extraordinarios de carácter temporal, pero no tan sostenidos en el tiempo. A todo ello nos hemos referido en la primera parte de esta obra, en los capítulos segundo, tercero y cuarto.

[1805] La STS 62/2022, de 26 de enero, FD 5º, recuerda que la normativa sanitaria y, en especial, el artículo 3 LOMESP «no fue pensado para una pandemia como la actual, sino para brotes infecciosos aislados, de ahí nuestra advertencia de lo pertinente de contar con una regulación adecuada a una pandemia». Y es que esta situación de especial *durabilidad* de las crisis sanitarias –fuera de brotes infecciosos aislados– las distingue de otras catástrofes o calamidades, como recuerda ÁLVAREZ GARCÍA, «Propuestas para la reordenación del Derecho destinado a hacer frente a las grandes pandemias en nuestro país (*cit.*)», págs. 81 y ss., indicando que «[l]as pandemias no conocen de fronteras y, una vez que se generan, son susceptibles de extenderse por todo el planeta (o, al menos, sobre una parte muy significativa del mismo), además de poder alcanzar una duración ciertamente prolongada (muchos meses, cuando no años). Los restantes tipos de catástrofes (…) se suelen localizar en puntos territoriales concretos y su extensión temporal no suele ser muy larga (un terremoto o un tsunami pueden ser tremendamente devastadores, pero duran horas –aunque luego se tarde años en la reconstrucción–; un incendio, una gran nevada o unas inundaciones se prolongan durante unos días; una erupción volcánica, quizá lo haga durante unos meses)».

TRLGCU, etc.), así como –directamente– desarmar a los municipios frente a catástrofes y calamidades, dada la naturaleza ordinaria del artículo 21.1.m) LRBRL[18061807].

Por último, es cierto que podrá aducirse –con razón– que la noción de «puntual» o de «coyuntural» es muy genérica e indeterminada[1808], más aún si tenemos en cuenta los criterios utilizados para su delimitación por el Tribunal Supremo[1809] o por el propio Tribunal Constitucional, en tanto en cuanto ha dejado entrever el reconocimiento de este peculiar sistema de afección de derechos fundamentales en la –ya citada al principio de este epígrafe– STC 148/2021, FJ 5, a), para el caso de «hipótesis de emergencias coyunturales».

Y es que, en efecto, estamos ante una cuestión casuística. Lo que no es óbice para que –en tanto en cuanto la jurisprudencia no perfile la noción– rija el sentido común: un cierre perimetral o un toque de queda de varias horas debido a una catástrofe natural o industrial podrá incoarse perfectamente por un Alcalde en su municipio y con alcance general, si ello es preciso [*ex* artículo 21.1.m) LRBRL, esto es, a través de Ley ordinaria]; pero el establecimiento de «toques de queda» de carácter gravoso –aunque de menor intensidad que en el supuesto anterior– y desplegados en el tiempo durante varios meses difícilmente podría encajarse como puntual o coyuntural[1810]. Lo mismo

[1806] Esta cuestión ya la advertí en VILLAR CRESPO, «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español (*cit.*)», pág. 41. Un apunte adicional a esta cuestión: el artículo 3 LOMESP podría ser activable por un Alcalde en su ámbito municipal, pero dejaría fuera otro tipo de catástrofes y calamidades no relacionadas con la salud pública, dado que el artículo 21.1.m) LRBRL tiene un carácter meramente ordinario y no orgánico. Lo mismo puede decirse respecto de la normativa de protección civil de las Comunidades Autónomas.

[1807] Además, una exigencia estricta de Ley orgánica implicaría realizar una reserva en favor del Estado a la hora de regular este tipo de actuaciones, impidiendo el desarrollo de esta técnica por parte de las Comunidades Autónomas. En este sentido afirman VELASCO CABALLERO y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, «Distribución territorial del poder durante la pandemia (*cit.*)», pág. 75, que «la opción entre la ley orgánica y la ley ordinaria esconde una 'preferencia competencial', pues solo el Estado –y no las comunidades autónomas– pueden aprobar leyes orgánicas».

[1808] MORALES SANCHO, «Pasaporte COVID a examen. *Nudging* y derechos fundamentales (*cit.*)», págs. 175 y ss., critica esta doctrina del Tribunal Supremo de las restricciones «puntuales».

[1809] Es «puntual» una limitación como los confinamientos perimetrales (STS 719/2021, FD 4º), pero no lo son –y por tanto precisan de Ley orgánica– los «toques de queda» y las limitaciones amplias al derecho de reunión (STS 788/2021, FD 4º), así como también lo es la regulación del pasaporte COVID (con especial énfasis: STS 1103/2021, FFDD 5º y 6º). Ahora bien, de las sentencias relativas al pasaporte COVID –SSTS 1103/2021, de 18 de agosto, FFDD 5 y 6º, 1112/2021, de 14 de septiembre, FD 7º y 1412/2021, de 1 de diciembre, FD 5º– se extrae que ni siquiera es necesario aludir expresamente al fundamento legal (orgánico) de la medida, dado que puede extraerse de otros elementos.

[1810] El origen de estas reflexiones puede verse en VILLAR CRESPO, «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español (*cit.*)», págs. 37 y ss. Téngase en cuenta que muchas de estas medidas de especial «intensidad» o «extensión» se prevén en la normativa ordinaria –*v. gr.*, artículo 7 bis.5 de la LSNPC, cuando alude a «las medidas restrictivas de derechos que sean adoptadas»–. Sea como sea, no estamos ante un supuestos

puede decirse respecto de las intervenciones en derechos que impliquen alteraciones estables de la realidad. Éstas no podrán ser incoadas con fundamento en un reglamento de necesidad –puesto que sus consecuencias no son «puntuales»– sino que precisarán de una medida estándar con cobertura legal ordinaria o, en su caso, orgánica.

En conclusión, el respeto a los derechos fundamentales aparece como un mandato indiscutible a la autoridad competente llamada a dictar reglamentos de necesidad. Tal mandato se entenderá cumplido cuando la actuación sea meramente puntual o coyuntural y, además, no realice modificaciones estables en la realidad. Y, también, claro está, cuando se cumplan las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional en lo que concierne a la (de)limitación de los derechos fundamentales.

ii).- LAS «RESERVAS CONSTITUCIONALES»: LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

La Constitución española establece dos marcadas «reservas» en favor de los estados excepcionales de mayor contundencia. Por un lado, los derechos referidos en el artículo 55.1 sólo pueden ser «suspendidos» previa declaración del estado de excepción o del de sitio (añadiéndose a este último la posibilidad de incidir también el recogido en el artículo 17.3 del texto constitucional). Y, por otro, sólo es posible recurrir a la jurisdicción militar «en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio» (artículo 117.5). Estas previsiones implican que únicamente puede hacerse uso de ellas en los supuestos indicados por el texto constitucional, lo que excluye también otras instituciones de Derecho de necesidad[1811] y, claro está, también las cláusulas generales y los reglamentos de necesidad.

hipotético, sino real. La erupción volcánica acaecida en la isla de la Palma trajo aparejadas medidas generales y de altísima intensidad, tales como confinamientos poblacionales o la evacuación de miles de ciudadanos; medidas que se emitieron con fundamento único en el Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico en la Comunidad Autónoma de Canarias (PEVOLCA), aprobado por el Decreto autonómico 112/2018, de 30 de julio, y que –atendiendo a su exposición de motivos– se fundamenta en dos normas de rango legal (ordinario): la LSNPC estatal y la Ley 9/2007, de 13 de abril, del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias y de modificación de la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de Canarias.

[1811] A ello ya me referí en relación con el estado de alarma y la coerción estatal a la que se refiere el artículo 155 de la Constitución. *Vid*., al efecto, VILLAR CRESPO, «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español (*cit.*)», págs. 37 y ss., para el estado de alarma; y «Poderes militares de necesidad y coerción estatal… (*cit*.)», págs. 213 y ss., para la coerción estatal.

En efecto, estos dos artículos –el 55 y el 117.5– son, verdaderamente, «firmes» frente a la institución que nos ocupa[1812]. Tal afirmación se hace evidente a la luz del mandato del artículo 9.1 de la Constitución, que demanda la sujeción de «todos los poderes públicos» a ella; a las exigencias de «autointegración» respecto a la interpretación de la Carta Magna; a la vinculación de la Administración «a la Ley y *al Derecho*» (*ex* artículo 103.1 del texto constitucional); y, en fin, a la doctrina del «principio de unidad de la Constitución» –por todas, STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 3– que obliga a interpretar los preceptos constitucionales no de forma aislada, sino sistemática. Adicionalmente, pueden esgrimirse otros motivos para cada una de estas dos «reservas».

El recurso a la jurisdicción militar no plantea demasiadas dudas. La Constitución es clara en su exigencia: sólo puede ejercerse sobre personal militar bajo situaciones ordinarias, así como sobre personal civil y militar previa declaración del estado de sitio[1813]. Pese a la indeterminación de la cláusula general, es evidente que queda fuera del reglamento de necesidad la posibilidad de «movilizar» al personal civil y, ulteriormente, hacer uso de la jurisdicción militar para con ellos; puesto que tal interpretación iría, directamente, contra el espíritu de nuestra Carta Magna[1814]. Además, se ha de tener en cuenta que la utilización de este fuero jurisdiccional implicaría el

[1812] En el sentido expresado por ANSCHÜTZ, «Kommentar zu art. 48 (*cit*.)», pág. 285 y ss., respecto del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar, subrayando que algunos de sus preceptos se erigían «firmes frente a la dictadura» (*Diktaturfest*). Esta es la expresión de la que también hacen uso los juristas alemanes al hablar de «derechos fundamentales firmes frente a la cláusula general» (*Generalklauselfeste Grundrechte*), como recuerda SCHUCHT, *Generalklausel und Standardmaßnahmen* (*cit*.), págs. 462 y ss.

[1813] Respecto a la jurisdicción militar, son clásicos los trabajos de FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La jurisdicción militar en la Constitución y en el Código de Justicia Militar», en *Boletín de Información CESEDEN*, núm. 158, 1982, o, para un estudio comparado, «La jurisdicción castrense en Inglaterra, Estados Unidos e Italia», también en *Boletín de Información CESEDEN*, núm. 224, 1992; RUIZ VADILLO, E., «Artículo 117: El Poder Judicial», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1998, págs. 318-321; SERRANO ALBERCA, J. M., y ARNALDO ALCUBILLA, E., «Artículo 117.5», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1898-1917; GARCÍA LOZANO, C. (Dir), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, 1ª ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008. Pese a lo indicado, la expresión «en el ámbito estrictamente castrense» provocó una apertura de esta jurisdicción especialísima a otros supuestos, como fue el caso de los controladores aéreos con la declaración del estado de alarma en 2010; hecho criticado por la doctrina y sobre la cual el Tribunal Constitucional no terminó por pronunciarse en su STC 83/2016.

[1814] La Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional –tras distintos avatares legislativos– fue derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. La literatura jurídica previa a esta derogación definitiva también era contraria a aplicar la jurisdicción militar a la ciudadanía fuera del estado de sitio, siendo especialmente expresivo CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Estado de sitio y tiempos de guerra (*cit.*)», pág. 446, proclamando que «cualquier disposición que, bajo conceptos indeterminados, implique directa o indirectamente la extensión de la jurisdicción militar en cualquier de sus esferas (territorial, temporal o material) al margen del mecanismo del artículo 116,4, no podrá ser calificada sino de inconstitucional».

establecimiento de alteraciones estables de la realidad, cuestión que –en ningún caso– puede hacerse a través de instrumentos llamados a combatir situaciones coyunturales o puntuales. Resulta inimaginable un contexto en el que fuese preciso recurrir a la jurisdicción militar a través de la figura que nos ocupa sin acudir a otras previsiones constitucionales de excepción.

En lo que concierne a la suspensión de derechos, esta técnica implica su genuina «derogación temporal», impidiendo que los derechos fundamentales suspendidos desplieguen su eficacia durante el lapso indicado por la declaración del estado excepcional en cuestión[1815]. Esta «suspensión» implica la posibilidad de afectar al centro neurálgico del derecho, esto es, a su «contenido esencial»; capacidad que contrasta con la mera «limitación» –fundada en el artículo 53.1 de la Constitución–, por la cual cabe realizar una restricción o regulación más gravosa de los derechos fundamentales, aunque sin alcanzar su núcleo[1816]. La complejidad radica entonces en trazar la línea divisoria entre una y otra categoría, dado que el reglamento de necesidad podrá limitar, pero no suspender derechos[1817].

[1815] *Vid*. los trabajos de FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, págs. 31-58 –en el que indica, pág. 40, que esta suspensión no implica la abrogación del derecho, «sino tan sólo una restricción temporal en el ejercicio de tales derechos»– y, en fin, «La suspensión de derechos: artículo 55», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 1ª ed., Tomo IV, EDERSA, 1996, especialmente págs. 611 y ss. También REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?» en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, págs. 107-137, y, de la misma autora, «Comentario al artículo 55 de la Constitución», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 1522, donde afirma que «nuestra Constitución (…) parece acoger en su art. 55 una idea amplia de suspensión, que va mucho más lejos de ser una mera agravación de la intensidad de los límites que pueden operar sobre los derechos» puesto que tal suspensión «daría cobertura lisa y llanamente a una supresión temporal de la vigencia de las normas iusfundamentales»; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M., «Artículo 55», en CAZORLA PRIETO, L. M.ª (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo I, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2018, pág. 1653, es también claro al indicar que el artículo 55 CE «se refiere a la suspensión, que supone la pérdida temporal de la eficacia de la norma para los casos en que se excluye»; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Los límites de los derechos y el sistema normativo», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, pág. 451, señala que «aunque con efectos claramente restrictivos puede distinguirse de la limitación *la suspensión* que es una privación temporal o episódica del ejercicio de los derechos» (la cursiva es del autor). También en este sentido y a raíz de la crisis del COVID-19, COTINO HUESO, «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus... (*cit*.)», pág. 92; así como DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Estado de alarma y libertades: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos (*cit*.)», págs. 13-110.

[1816] DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución (*cit*.)», pág. 1481.

[1817] Recuerda VELASCO CABALLERO, F., «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en BLANQUER CRIADO, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 89 y ss., que la propia LOAES –en desarrollo del artículo 55 del texto constitucional y para con los estados de excepción y sitio– al aludir a las medidas

Para ello se han edificado dos teorías en la doctrina patria: la teoría «relativa» y la teoría «absoluta». En la primera, el contenido esencial no se concibe «como algo dotado de algún valor incondicional frente al límite», lo que implica que «el juicio acerca de la constitucionalidad de la limitación ha de hacerse *tan solo a partir de la relación entre esta y el bien cuya protección se persigue* (juicio de exigibilidad o juicio de proporcionalidad)»[1818]. Por su parte, bajo la tesis absoluta, se parte de la existencia de un centro neurálgico del derecho que el legislador no puede traspasar so pena de inconstitucionalidad de la norma, siendo ésta la tesis mayoritaria[1819]. Sin embargo, ambas posiciones parecen haber sido recogidas por el Tribunal Constitucional, aunque, eso sí, con cierta preeminencia en la de carácter absoluto[1820]. En cualquier caso, la metodología para conocer cuál es ese contenido esencial –a fin de evitar su vulneración– utilizada por el Tribunal Constitucional tiene un regusto casuístico, no ofreciendo así parámetros realmente útiles para el operador jurídico, que puedan servir de reglas abstractas y generales[1821].

aplicables respecto de los derechos fundamentales, no sólo hace referencia a actuaciones que implican su suspensión, sino también a otras que tienen un carácter meramente limitativo. Es decir, que la única norma autorizada a suspender derechos hace uso indistinto de ambas categorías, aportando, todavía si cabe, mayor confusión al asunto.

[1818] DE OTTO, *op. cit*., págs. 1491 y ss. Esta teoría la sigue JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales (*cit.*)», págs. 478 y ss., especialmente pág. 484, aunque matiza que «la relativización que sugiero no viene de la mano, en todo caso, de la composición salomónica que la proporcionalidad ofrece, sino de la apelación a una cultura jurídica arraigada y viva, en cuyo seno sea posible la comunicación racional y, por tanto, un cierto control de la argumentación que conduce al fallo. Más recientemente –criticando la configuración dada por el Tribunal Constitucional en su STC 148/2021– DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Estado de alarma y libertades: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos (*cit.*)», en especial, págs. 75 y ss.

[1819] Esta es la tesis más extendida. *vid*. MEDINA GUERRERO, «Comentario al artículo 53 de la Constitución (*cit.*)», pág. 1467.

[1820] La tesis absoluta puede verse en la STC 6/1981, FJ 4, que tilda el contenido esencial de «barrera infranqueable», o en la STC 101/1991, FJ 2, en la que se refiere a él como «núcleo irreductible». En otras ocasiones –las menos, todo sea dicho– directamente ha aplicado el principio de proporcionalidad o la ponderación entre derechos sin hacer demasiado hincapié en la noción de contenido esencial, acogiendo, hasta cierto punto, así la tesis «relativa» (al efecto, el discutido ATC 40/2020, FJ 4; o, también, la STC 61/2023, FJ 4).

[1821] Me refiero, claro está, a los «dos caminos» expuestos por la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8, a través de los cuales se puede definir el contenido esencial; caminos que «no son alternativos ni menos todavía antitéticos», sino complementarios, de tal suerte que pueden utilizarse conjuntamente para extraer el contenido esencial de forma casuística: bien atendiendo a la naturaleza del derecho, al cómo, comúnmente, se suele concebir, esto es, a su «recognoscibilidad» una vez afectado o limitado; bien atendiendo a los «intereses jurídicamente protegidos», es decir, focalizando su contenido esencial en aquella parte del derecho que es «es absolutamente necesaria» para que tales intereses «resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 196/1987 o 112/2006). Como puede verse, las matizaciones respecto de estos dos caminos son eminentemente culturales y sociológicas, dado que remiten al momento concreto, a la tradición jurídica nacional e, incluso, a la internacional –en tanto en cuanto la STC 157/1993, FJ 2 deja dilucidar que el contenido esencial se ha de interpretar a la luz del artículo 10.2 de la Constitución–; situación que ha llevado a algún sector doctrinal a señalar que tales vías acaban teniendo un enfoque histórico y sociológico. Sobre el tema, *vid*., GALLEGO

Sea como sea, la configuración del contenido esencial como «límite a los límites» (*Schranken-Schranken*)[1822] se erige como barrera infranqueable que no puede ser desbordada más que en los supuestos de los estados de excepción y sitio, como así ha querido nuestro constituyente. Sí será posible, no obstante, proceder a una delimitación, restricción o limitación de derechos fundamentales a través de los distintos instrumentos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Insistiendo en las barreras entre limitación y suspensión, de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional se extrae también que, entre ambas categorías, existe un genuino *continuum*: es decir, que «toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión» (STC 148/2021, FJ 3). Así las cosas, *a priori*, las restricciones de derechos devendrán en suspensión por razón de su intensidad.

Ahora bien, las cláusulas generales y los reglamentos de necesidad no tienen por objeto, al contrario que el instituto de la suspensión –prevista para los citados estados excepcionales– el privar o desposeer del ejercicio del derecho a los particulares, sino, meramente, afectarlo –con altísima intensidad, si es necesario– con carácter coyuntural o puntual, a fin de proteger los bienes constitucionales en juego. Estas dos técnicas son, por ello, marcadamente diferenciadas.

En efecto, mientras la «suspensión» pretende mantener tales medidas de altísima intensidad durante un lapso temporal relativo, pero sostenido en el tiempo (hasta 30 días en el caso del estado de excepción, como recuerda el artículo 116.3 de la Constitución), la afección que produce el reglamento de necesidad es «contingente» o «accidental» (con una duración que, por lo general, se cuenta por horas o, en casos extremos, pocos días). Así, la «puntualidad» de la medida implica el respeto al contenido esencial, pese a la posible contundencia de sus efectos[1823]. En otras palabras: con el reglamento de necesidad no hay «privación» del derecho de modo absoluto, sino únicamente con efectos interinos, implicando «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental» –STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11; permitidas por el

ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1994, págs. 86-89.

[1822] En terminología alemana, *ex* artículo 19.2 GG. Sobre esto –además de la citada obra de GALLEGO ANABITARTE–, *vid*. VILLAVERDE MÉNDEZ, «Los límites a los derechos fundamentales (*cit*.)», págs. 136 y ss.

[1823] Como indica JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales (*cit*.)», pág. 480, «la calificación de 'esencial' se inscribe inequívocamente en el juego lingüístico de las expresiones que entreabren el objeto protegido a la acción transformadora de su entorno, de modo tal que 'lo esencial' pueda pervivir pese a 'lo accidental' o a 'lo contingente'».

artículo 53.1 de la Constitución–; injerencias que deberán resultar acordes con el principio de proporcionalidad. Por todo ello, el reglamento de necesidad no desnaturaliza el derecho fundamental. Sigue siendo –utilizando los parámetros de la STC 11/1981– «recognoscible» por la sociedad, quedando incólumes los «intereses jurídicamente protegibles» inherentes a él, al producirse una actuación meramente perentoria. La suspensión, por el contrario, hace irreconocible el derecho[1824].

De conformidad con lo expuesto, este tipo de limitaciones de alta intensidad no pueden entenderse como «suspensiones» en el sentido previsto por la Constitución española[1825]. El hecho de que estamos ante una afección de los derechos distinta de la anterior se extrae también de la –ya citada al comienzo de este epígrafe– STC 148/2021, FJ 5, a). La resolución –recordemos– tras afirmar que sólo a través del instituto de la suspensión es posible realizar una intervención en el derecho «hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore* su contenido esencial», subraya que ello ha de entenderse «sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales». El ejemplo es claro: si se dicta un reglamento de necesidad dirigido a los habitantes de un municipio incoando y regulando el régimen de confinamiento, debido a una catástrofe natural o industrial y durante varias horas o minutos, estaremos ante una delimitación muy intensa, aunque de carácter puntual, de los derechos afectados[1826]. Ahora bien, si esa misma exigencia se plantea durante meses, entonces estaremos ante su genuina suspensión, de acuerdo con la jurisprudencia

[1824] En la suspensión los derechos desaparecen durante un lapso relativamente amplio de tiempo: la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, directamente, pasa a no existir, pudiendo las autoridades competentes actuar en consecuencia. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, del derecho a huelga, que se hace impracticable. No puede afirmarse lo mismo de la eficacia desplegada por un reglamento de necesidad en el que se prevea, por ejemplo, el movimiento forzoso e inmediato de la población ante una catástrofe natural, así como su reubicación interina y los términos de ésta. En cualquier caso, como he destacado en otro lugar –VILLAR CRESPO, «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional… (*cit.*), págs. 183 y ss.– la noción de orden público se conecta históricamente con la de suspensión de derechos. De ahí que la técnica sea más gráfica en el orden público –ej., suspensión del derecho a ser informado de las causas de su detención; intervención de las comunicaciones; etc.– y sea más compleja en situaciones no provocadas por la mano del hombre.

[1825] *Cfr.*, con MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020 (*cit.*)», pág. 126, defiende que caben suspensiones de derechos con base en la legislación de salud pública –sin recurrir a los estados de excepción o de sitio–, como consecuencia de estar ante normativas con tradiciones jurídicas diferenciadas; normas que, recuerda, ya permitieron tales injerencias en el pasado. En palabras suyas «si bien el estado de alarma no permite suspender derechos, sí lo permite la legislación sanitaria a la que el artículo 12.1 de la Ley de 1981 se remite». *Vid.*, también CIERCO SEIRA, y SALAMEDO TEIXIDÓ, «La protección de la salud pública en contextos de excepción (*cit.*)», pág. 27; así como DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Estado de alarma y libertades… (*cit.*)», págs. 82 y ss.

[1826] Las finalidades de una y otra figura son, claramente, diferenciadas. En el ejemplo expuesto –confinamiento domiciliario interino a nivel municipal– no resultaría adecuado declarar el estado de excepción o el de sitio para suspender los derechos fundamentales afectados.

constitucional, y a la que únicamente puede recurrirse una vez declarados los estados de excepción o sitio, de conformidad con lo previsto en la Constitución y en la LOAES[1827].

En definitiva, la suspensión de los derechos fundamentales –en el sentido perfilado por nuestro Tribunal Constitucional y en los términos indicados– aparece como un concreto límite a los reglamentos de necesidad emanados de las cláusulas generales presentes en la normativa de seguridad pública y por mandato directo del artículo 55.1 de la Constitución, que establece una reserva en favor de los estados de excepción y sitio. Lo mismo puede afirmarse respecto del recurso a la jurisdicción militar, embridada a los supuestos definidos en el artículo 117.5 de la norma fundamental. Es este un mandato de nuestra Constitución de 1978 que ha querido «reservar» tales afecciones al Derecho de excepción y, en su caso, al ámbito castrense.

2.- EXIGENCIAS PREVISTAS EN LA CLÁUSULA GENERAL

La reclusión de las «medidas necesarias» a una concreta previsión en una cláusula general provoca –como se ha reiterado a lo largo del presente capítulo– que su entero régimen jurídico quede supeditado a lo previsto en ella. En el supuesto de que se dicten reglamentos de necesidad con fundamento en tal habilitación, tres serán los requisitos por ella exigidos: la observancia de los trámites allí indicados, el cumplimiento del presupuesto habilitante, y, por último, la vocación temporal de las medidas desplegadas.

A).- LOS REQUISITOS DE CARÁCTER PROCEDIMENTAL

La confrontación por parte de los poderes públicos de una situación excepcional siempre lleva aparejada una notable reducción –cuando no supresión– de los trámites

[1827] Al efecto, la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6, recuerda que: «La Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales (...) mantener el criterio contrario es tanto como impedir que los órganos estatales cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional (...) en este marco constitucional, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial». Estas reflexiones no son meras hipótesis de laboratorio, sino que ya se han planteado en la práctica. Como sostienen –con acierto– CIERCO SEIRA, y SALAMEDO TEIXIDÓ, «La protección de la salud pública en contextos de excepción (*cit.*)», pág. 27, que «[n]os parece que la suspensión –como limitación intensa y general de un derecho– ya viene siendo permitida por la legislación ordinaria de necesidad y que, de hecho, se ha dado en la práctica no solo con la COVID-19 –antes de que se declararan los estados de alarma y tras su decaimiento– sino también, por ejemplo, con el volcán de La Palma».

procedimentales ordinarios para poder actuar[1828]. En el caso de los reglamentos de necesidad estos requisitos se insertan –en exclusiva– en la propia cláusula general como se desprende de la disposición adicional primera de la LPAC, así como de la jurisprudencia[1829]. En tales supuestos, las exigencias procedimentales suelen ser mínimas, aunque su observancia ha de exigirse en todo caso[1830].

La primera de ellas conecta con la idea de competencia. La cláusula general prevé quién es el órgano competente para actuar y, en su caso, dictar reglamentos de necesidad. En ocasiones lo hace con carácter muy genérico, aludiendo a las «autoridades sanitarias» (artículos 26 LGS y 3 LOMESP) o a las «Administraciones públicas competentes» (artículo 15 TRLGCU) mientras que en otro especifica que sólo podrá actuar un órgano concreto: el Alcalde [artículo 21.1.m) LRBRL], el Gobierno (artículo 58 TRLA), etc. La atribución de la potestad reglamentaria responde, en tales supuestos, al principio de atribución, como ha podido verse anteriormente[1831] y, en congruencia, la incompetencia en el dictado de reglamentos de necesidad implica la nulidad de la norma (artículo 47.2 LPAC).

En este punto podría plantearse si es posible el ejercicio de las distintas técnicas presentes en las relaciones interorgánicas, esto es, si la competencia para actuar ante situaciones de necesidad previstas por las distintas cláusulas generales existentes puede ser avocada, delegada, etc. La respuesta, *a priori*, ha de ser negativa: la irrenunciabilidad de la competencia –*ex* artículo 8 LRJSP–, unido al carácter excepcional de este tipo de cláusulas, no parece dejar espacio a tal cuestión. Ello se hace

[1828] En términos amplios, sobre el tema, ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad...* (*cit*.), págs. 410 y ss. También, *vid*. ÁLVAREZ GARCÍA, V., y ARIAS APARICIO, F., «La incidencia del Derecho de necesidad en el procedimiento administrativo: la alteración de las reglas procedimentales por motivos de necesidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, mayo 2020; ARROYO JIMÉNEZ, «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia (*cit*.)», págs. 275-292; y, en fin, más recientemente, ÁLVAREZ GARCÍA y ARIAS APARICIO, «El procedimiento administrativo ante las situaciones excepcionales (*cit*.)», especialmente págs. 5 y ss., donde recuerdan que la necesidad puede alterar los procedimientos administrativos de varias formas: simplificándolos para hacerlos más breves; sustituyéndolos por otro completamente distinto; suprimiéndolos directamente para actuar cuanto antes; o, en fin, suspendiendo o interrumpiendo los términos y plazos. En cualquier caso, la posibilidad de relativizar los requisitos procedimentales en la elaboración de normas ante situaciones de extraordinarias también se ha admitido por el Tribunal Constitucional (STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 12; doctrina reiterada por la STC 231/2015, FJ 12).

[1829] A esta cuestión nos hemos referido *supra*, en el punto I.1.A) del presente capítulo.

[1830] Como recuerda SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*cit*.), pág. 752, «hay un acuerdo teórico» en la literatura jurídica una siendo nota característica de los reglamentos de necesidad comúnmente aceptada «como parece lógico, la inaplicabilidad del procedimiento general para la elaboración de reglamentos».

[1831] *Vid*., el punto III de este capítulo.

especialmente patente en el supuesto de la potestad reglamentaria: el artículo 9.2.b) LRJSP impide la delegación relativa a la «adopción de disposiciones administrativas»[1832]. La única figura admisible en este sentido sea, tal vez, la de la suplencia (artículo 13 LRJSP)[1833].

Las demás exigencias procedimentales suelen ser, por lo común, casuísticas. El legislador, a la hora de confeccionar la cláusula general, entendió necesario excluir los trámites procedimentales ordinarios de actos y reglamentos de necesidad, dada la perentoriedad en su dictado. Ahora bien, el hecho que aluda explícitamente a otros nos permite entrever su obligatoriedad: el legislador consideró imprescindible su cumplimiento, en detrimento de todos los demás. A estos efectos, se consideran trámites preceptivos –cuya omisión implica la nulidad del reglamento de necesidad– la audiencia del organismo de cuenca en el caso del artículo 58 TRLA[1834], la inmediata puesta en conocimiento del Pleno de las medidas adoptadas por el Alcalde, en el caso del artículo

[1832] Una –muy discutible– salvedad la encontramos en el artículo 24.e) de la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, que atribuye al Concejal de Distrito –y por delegación del Alcalde– la competencia para «adoptar, en caso de emergencia, las medidas necesarias de carácter urgente para la seguridad de las personas y bienes, de las que debe dar cuenta inmediatamente a la Alcaldía». Sobre esta cuestión he vertido mis críticas en VILLAR CRESPO, «III. La potestad normativa del municipio de Barcelona: sujetos, tipos de normas y relaciones interordinamentales (*cit.*)», págs. 84 y ss.

[1833] El artículo 124.5 LRBRL señala explícitamente que esta potestad –recogida en el artículo 124.4.h) respecto de grandes ciudades– no es delegable, salvo suplencia, como recuerda MÍGUEZ MACHO, L., «El régimen de las grandes ciudades», en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *La modernización del gobierno local*, 1ª ed., S. A. Atelier Libros, Barcelona, 2005, pág. 119; prohibición que, entiendo, es extensible al resto de reglamentos de necesidad.

[1834] Al efecto, *vid*., la STS de 20 de enero de 2009, que anula el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, dictado con fundamento en el artículo 58 TRLA por omitir precisamente este único trámite exigido, indicando que ello implica «una infracción legal que vicia el procedimiento» (FD 4º). Sobre este precepto y los –en su caso– demás trámites exigibles, me remito a lo indicado en el punto III.2 del capítulo segundo de la segunda parte de esta obra; siendo preciso reiterar que la exigencia de diversos trámites procedimentales (informes de la Secretaría General Técnica y de la Dirección General de Régimen Jurídico Autonómico y Local, dictamen del Consejo de Estado, etc.), puede terminar por desvirtuar la esencia de la institución que nos ocupa: si es posible recabar tales informes antes de emitir el reglamento, difícil será defender el cumplimiento del presupuesto habilitante.

21.1.m) LRBRL[1835], o, en fin, las demás que se señalen con carácter preceptivo en las cláusulas generales[1836].

Y ningún otro trámite podrá considerarse como exigible si no aparece explicitado en ellas, pues lo contrario desvirtuaría no sólo la función misma de este tipo de reglamentos, sino también la intención de la Ley al regular las anteriores. No resultan por ello convincentes algunas propuestas realizadas con carácter reciente, como la exigencia emisión de un acto previo antes de la emisión de un reglamento de necesidad[1837], precisamente porque ello limitaría la exigencia de presteza y de eficacia en la actuación ante este tipo de contextos excepcionales[1838], al tiempo que podría plantear problemas de cooperación administrativa[1839] y, en fin, alteraría la naturaleza misma de las cláusulas generales y de los reglamentos de necesidad[1840].

[1835] Esta parece ser la posición seguida por la jurisprudencia más reciente: la STSJ Asturias 254/2022, de 17 de marzo, FD 3º, relativa a una actuación del Alcalde al amparo del artículo 21.1.m) LRBRL y del 124.4.h) LRBRL, con fundamento a su vez en el Real Decreto 926/2020, anula la actuación por entender que no se dio efectiva cuenta al Pleno ni se planteó en la primera reunión, como exigen los preceptos de la LRBRL. *Cfr*., con la STS de 19 de diciembre de 1991, FD 4º, para la cual la falta de comunicación al Pleno –de un acto dictado por el Alcalde sobre la base de esta cláusula general– «hay que considerarla como irregularidad no invalidante». No obstante, respecto a esto último, téngase en cuenta que el régimen de invalidez de actos y reglamentos es distinto en nuestro sistema: el acto puede ser anulable o nulo (artículos 47.1 y 48 LPAC), mientras que el reglamento sólo puede ser nulo (artículo 47.2 LPAC).

[1836] Por ejemplo, el artículo 20 LSAN, exige que, una vez adoptadas las medidas convenientes, éstas habrán de ser tomadas «notificando las mismas a la Comisión Europea».

[1837] En sentido similar a la declaración de urgencia en la tramitación de determinadas disposiciones administrativas (artículo 27 LG) aduciéndose que, con ello, se lograría un mejor control de tales disposiciones, al poder impugnarse el primero sin necesidad de acudir al segundo. En este sentido, ARAGUÀS GALCERÀ, «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad (*cit*.)», pág. 8; en sentido similar, aunque únicamente desde la perspectiva de la salud pública, CIERCO SEIRA, y SALAMEDO TEIXIDÓ, «La protección de la salud pública en contextos de excepción (*cit*.)», págs. 11 y ss., abogan por la introducción de una declaración expresa de situación de riesgo sanitario grave ante situaciones de salud pública, recordando que algunas Comunidades Autónomas ya han recogido esta cuestión (así, el artículo 55 bis de la Ley catalana 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública; o el artículo 79 bis de la Ley asturiana 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, que alude a la «declaración de situación de emergencia por crisis sanitaria»).

[1838] De admitirse este prerrequisito podría desnaturalizarse la esencia misma del reglamento de necesidad, caracterizado por su inmediatez, como también parece haber recordado –respecto de la intervención previa de los órganos jurisdiccionales ante el dictado de reglamentos de salud pública– la STC 70/2022, FJ 7. En efecto, si –en palabras de la sentencia– «la exigencia de autorización judicial dificulta y demora la aplicación de unas medidas orientadas a la protección de la salud pública que se pretenden urgentes y que por tanto requieren una aplicación inmediata»; también lo hará una aprobación o declaración previa –administrativa, en este caso– para poder dictar cualesquiera reglamentos de necesidad.

[1839] En un sistema competencial complejo –como el nuestro– podría plantearse dudas de a quién le corresponde realizar la declaración previa y, ulteriormente, a qué Administración le corresponde actuar. No estamos ante un caso de laboratorio, sino ante una situación sobre la que la doctrina ya ha manifestado sus críticas: recordemos que el artículo 26 LSA, contiene una cláusula general para ejercer «las funciones necesarias para la adopción de medidas urgentes» a favor de la Administración General del Estado, aunque, eso sí, previa «declaración de la enfermedad por la autoridad competente». Para LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Derecho normal y excepcional en la ordenación de la sanidad animal», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, págs. 10 y ss., el hecho de que la declaración obligatoria oficial relativa a la existencia de la enfermedad (artículo 18) como su extinción (artículo 24) competa a la

Podrían, eso sí, plantearse otras innovaciones en el Derecho positivo dirigidas a enriquecer la doctrina del reglamento de necesidad, facilitando así su ejercicio, sujeción y control por parte de todos los operadores jurídicos implicados: desde la autoridad competente llamada a emitirlo, hasta sus destinatarios, pasando por el órgano jurisdiccional que, eventualmente, deba encargarse de enjuiciar la norma. Aunque una regulación expresa de los trámites exigibles puede resultar contraproducente, dada la necesaria flexibilidad procedimental inherente a la actuación de los poderes públicos ante situaciones extraordinarias[1841], sí que resultaría interesante positivizar una serie de principios generales en materia de elaboración de los reglamentos de necesidad[1842].

En primer lugar, una mera referencia que indique que la elaboración de disposiciones reglamentarias a dictar ante situaciones de necesidad se regirá por su normativa aplicable. Esta alusión sería bastante para dotar de seguridad jurídica a la reconducción que ya realiza la disposición adicional primera de la LPAC del procedimiento de elaboración de reglamentos de necesidad a las previsiones de las cláusulas generales. En segundo punto, sería positivo que se precisase legalmente la

Administración autonómica y las medidas a dictar a la Administración General del Estado, termina en un esquema que «puede resultar disfuncional en aras a un pronto atajamiento de la propagación de aquellas enfermedades cuyos efectos rebasan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma o, incluso, las fronteras nacionales», añadiendo que «no se entiende del todo porqué la LSAN no sólo veda a la Administración General del Estado la posibilidad de declarar oficialmente la existencia de una enfermedad animal, sino porqué subordina incluso la activación de medidas extraordinarias por parte de la Administración estatal a que previamente se haya declarado oficialmente la existencia de la enfermedad por parte de una Administración autonómica». Concluye por ello que sería más lógico que «en estas situaciones pueda ser la Administración del Estado quien declare la enfermedad, establezca las medidas y relegue posteriormente su implementación a las CCAA, o, incluso, como ha sugerido algún autor, a las Corporaciones locales». Sobre esto último, *vid*., también, REBOLLO PUIG, «Sanidad animal: marco general y principios jurídicos (*cit*.)», págs. 27-28.

[1840] La exigencia de una declaración formal implicaría supeditar los reglamentos de necesidad a ese acto previo de aprobación y no tanto a la cláusula general que les dio vida. En otras palabras, el régimen jurídico del reglamento de necesidad quedaría vinculado a tal actuación anterior, lo que podría restar flexibilidad a este tipo de disposiciones al establecerse límites adicionales no contenidos en la cláusula general respecto de su contenido, forma o tiempo, desvirtuando la función de imprevisión de este instituto y, *por ende*, su naturaleza misma. En este sentido, indica SETUÁIN MENDÍA, «Respuestas jurídicas a la reciente situación de sequía en España (*cit*.)», págs. 149-193, pág. 157, respecto de los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 TRLA «[d]ado que se trata de un Reglamento de necesidad que tiene en la excepcionalidad su razón de ser y la justificación de un contenido singular y temporal, no puede estar condicionado por una predeterminación material rígida y cerrada (…) Limitar la aplicación del artículo 58 TRLA a la elección de las medidas dentro del 'catálogo' que ofrezca el PES [Plan Especial de Sequía] supone alterar el sentido de estos Reglamentos».

[1841] Expresamente en relación con los reglamentos de necesidad previstos en el artículo 58 TRLA, MARINA JALVO, *op*. *cit*., págs. 141 y ss.

[1842] Algunas normas autonómicas prevén esta flexibilización del procedimiento ante situaciones de necesidad, con carácter sectorial. A título ejemplificativo, el artículo 33.3 del Decreto Legislativo vasco 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Gestión de Emergencias prevé la emisión distintas actuaciones «o cualquier otro tipo de medidas coactivas, *prescindiendo de su normal procedimiento*, que puedan estar amparadas por la legislación y resulten proporcionadas a la situación de necesidad». La cursiva es mía.

exigencia de expresar en la propia norma la justificación de la emisión del reglamento de necesidad, con alusión al cumplimiento del presupuesto habilitante, así como, en su caso, a la proporcionalidad de las medidas a aplicar[1843]. Y, en fin, en tercer término, parece conveniente también prever la posibilidad de que los trámites procedimentales expresamente exigidos por la propia cláusula general puedan realizarse *a posteriori*, cuando no sea viable su acatamiento *ex ante*, siempre en coherencia con el principio de proporcionalidad.

En este sentido, se ha de advertir que ante una situación de extrema necesidad en la que sea imposible proceder siquiera a cumplimentar los requisitos procedimentales establecidos en la cláusula general de necesidad (ej., audiencia del organismo de cuenca en el artículo 58 TRLA) o, en su caso, de justificar mínimamente la norma, ello no implica que no pueda realizarse en un momento inmediatamente posterior. El Código francés de las relaciones entre el público y la Administración (*Code des relations entre le public et l'administration*), creado por Ordenanza de nº 2015-1341, de 23 de octubre de 2015, recoge esta posibilidad en su artículo L211-6 para los actos administrativos, en unos términos que podría inspirar también a nuestro potencial Derecho positivo[1844]. En definitiva, bastaría pues –a nivel estatal– con incluir un nuevo apartado 12 en el artículo 26 LG, estableciendo las formulaciones propuestas, con el objeto de que fuesen replicadas ulteriormente por parte de la normativa de las Comunidades Autónomas.

[1843] Aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo exigen que se indique el fundamento jurídico sobre el cual se dicta el reglamento de necesidad –singularmente, respecto del artículo 21.1.m) LRBRL– otras parecen entender que no es necesario. En efecto, de las más recientes SSTS 1103/2021, de 18 de agosto, FFDD 5º y 6º; 1112/2021, de 14 de septiembre, FD 7º; y 1412/2021, de 1 de diciembre, FD 5º –relativas las tres a la implantación del pasaporte COVID en Andalucía, Galicia y País Vasco– se extrae no es preciso citar el fundamento jurídico concreto –en este caso, el artículo 3 LOMESP– para que las medidas sean válidas, sino que pueden subsanarse a través de otros principios (como el *iura novit curia*). Pese a ello, coincido con ÁLVAREZ GARCÍA, «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID… (*cit.*)», cuando indica que «debe recordarse que un comportamiento tan poco profesional (dolosa o culposamente) de las Administraciones autonómicas no es compatible con el respeto que deben tener hacia sus ciudadanos y hacia sus derechos fundamentales». La cita debe ser obligada a fin de cumplir con el principio de seguridad jurídica (*ex* artículo 9.3 del texto constitucional).

[1844] *Vid*., ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 429-432, que se refiere a esta regla prevista –en el momento de publicación de su obra– en la Ley de 11 de julio de 1979, relativa a la motivación de los actos administrativos, hoy sustituida por el citado Código y que puede consultarse aquí: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000031367497/2016-01-01. El citado artículo L211-6 prevé que el interesado –afectado por el acto dictado sin motivación y dictado por motivos de necesidad– pueda solicitar a la autoridad que ha adoptado la decisión, dentro de los plazos del recurso contencioso, que le comunique los motivos que le llevaron a tomarla, estando la autoridad competente obligada a responder en el plazo de un mes. Para el autor (pág. 431), esta motivación *a posteriori* –en el caso de los actos administrativos, extrapolable también a los reglamentos de necesidad– no debería ser solicitada por el ciudadano –como acaece en el Derecho francés– sino que debería de emitirse por la Administración de forma automática.

B).- EL RESPETO AL PRESUPUESTO HABILITANTE

Las distintas cláusulas generales de necesidad reconocen los presupuestos de hecho que han de concurrir para su activación, siendo en algunos casos más amplios y en otros más concretos o estrictos. La validez del reglamento de necesidad se anuda a su cumplimiento, de tal suerte que, si el presupuesto de hecho desaparece, el reglamento de necesidad lo hará con él[1845].

El presupuesto habilitante suele preverse con carácter acotado, supeditado a una especial situación extraordinaria. Así, se exige la presencia de «circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales» (artículo 58 TRLA); de «situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios» (artículo 15 TRLGDCU); o «de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud» (artículo 26 LGS). También puede prever –con carácter más genérico– que estemos ante un «caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos», como hace el tantas veces citado artículo 21.1.m) LRBRL.

Otras cláusulas generales prefieren aludir al objeto perseguido por la medida y no tanto a la situación de hecho. Este es el caso de las dos presentes en el artículo 3 LOMESP: la primera de ellas habilita a dictar las medidas «[c]on el fin de controlar las enfermedades transmisibles (…) para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato»; y, la segunda, permite dictar «las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Ya, por último, existen supuestos en los que el presupuesto habilitante exige la concurrencia de diferentes elementos que se anudan a los presupuestos fácticos, condicionándolos. Así, el artículo 20 LSAN, no sólo se refiere a la presencia de un «riesgo grave para la salud de las personas o de los animales», sino que éste ha de venir manifestado como consecuencia de los controles oficiales respecto de «un alimento o pienso» y, además, el riesgo ha de ser tal que «no pueda controlarse convenientemente mediante las medidas establecidas por las autoridades competentes». Más exigente es

[1845] En este mismo sentido se pronuncia –respecto de la cláusula general del artículo 15 TRLGDCU– REBOLLO PUIG, «La discrecionalidad administrativa en la defensa del consumidor (*cit.*)», pág. 50.

aún el artículo 26 LSA, en cuanto no sólo reclama la presencia de «situaciones excepcionales en las que exista grave peligro de extensión en el territorio nacional de epizootias o zoonosis de alta transmisibilidad y difusión», sino también una previa «declaración de la enfermedad por la autoridad competente» y el que las medidas estén dirigidas «a impedir de manera eficaz su transmisión y propagación al resto del territorio nacional, en especial las previstas en el presente título, así como a velar por la adecuada ejecución, coordinación y seguimiento de aquéllas hasta el restablecimiento de la normalidad sanitaria en todo el territorio nacional (…)».

Así las cosas, la autoridad competente sólo podrá activar estos poderes cuando se cumpla con carácter estricto la situación de hecho y los requisitos indicados en la cláusula general de conformidad con el contexto existente en ese preciso momento[1846]. Esta válida activación se producirá cuando efectivamente se haya materializado la situación a la que alude la cláusula general o, alternativamente, cuando sea razonable entender que se producirá[1847], como parece también entreverse de la jurisprudencia[1848]. Ahora bien, cuanto más restrictivas sean las medidas a dictar, más prístinamente deberá de entenderse cumplido el principio de proporcionalidad y más rígidamente habrá de ser respetado el presupuesto habilitante[1849].

[1846] Puede servirnos aquí la jurisprudencia constitucional relativa al cumplimiento del presupuesto habilitante del Decreto ley (artículo 86 de la Constitución), que entiende que la perspectiva desde la que ha de analizarse su concurrencia es «la del momento en que se aprueba (…) de manera que el presupuesto de la validez de dicha norma no queda alterado por datos o circunstancias posteriores que pudieran cuestionar la apreciación de la urgencia o de la necesidad afirmadas en aquel momento» (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 6; reiterado por la STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5).

[1847] REBOLLO PUIG, «La discrecionalidad administrativa en la defensa del consumidor (*cit*.)», pág. 50, de nuevo sobre el artículo 15 TRLGDCU «estas medidas pueden adoptarse ante indicios sólidos de peligro para la salud y seguridad, aunque no haya datos definitivos, indicios que es la Administración la que ha de valorar».

[1848] Indica la STS de 5 de diciembre de 2001, FD 2º–con motivo de la aplicación de la cláusula general presente en el artículo 21.1.m) LRBRL– que «la facultad de acordar medidas necesarias y adecuadas ante la ocurrencia de calamidades extraordinarias (...) puede ser ejercitada por los Alcaldes sin que sea dable exigir que se limite temporalmente al preciso instante de la ocurrencia material de dichos infortunios, máxime cuando se trata de sucesos al parecer tan graves y generalizados en la zona como los que motivaron la adopción del acuerdo». Y añade que «una catástrofe de considerables magnitudes, originante de cuantiosos daños personales y materiales puede requerir medidas inmediatas que paralicen una actividad turística o industrial con carácter preventivo, sino que las circunstancias del momento permitan apreciar si es dable o no continuar con su ejercicio sin prolongar el riesgo de nuevos sucesos desgraciados». En sentido similar, la STS de 19 de diciembre de 1991, FD 4º, indica que el Alcalde puede activar estos poderes cuando entienda «certera o erróneamente, que existía un grave riesgo de infortunio público»; o, en fin, la STS de 21 de octubre de 2003, FFDD 3º y 4º , que exige que haya «elementos de juicio suficientes para entender razonablemente, nunca de manera caprichosa o arbitraria, que para atajar aquellas situaciones de catástrofe, infortunio o grave riesgo [la medida] es necesaria y adecuada».

[1849] Recordemos a tal efecto que el Tribunal Supremo ha señalado –con motivo de la activación de las cláusulas generales de necesidad previstas en la normativa sanitaria– que «[a]nte restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día

Este respeto ha de ser absoluto. Las potestades que derivan de las indicadas habilitaciones son de carácter exorbitante y, precisamente por ello, no es posible dictar reglamentos de necesidad fuera de las situaciones o finalidades previstas por aquéllas; interpretación que –por imperio del artículo 4.2 del Código Civil– se hará siempre de forma restrictiva[1850]. Por ello, la consecuencia por el incumplimiento del presupuesto fáctico no puede ser otra que la nulidad: la potestad reglamentaria –incluida la de necesidad– se sujeta a la jerarquía normativa y al respeto a las Leyes, lo que abarca también la habilitación legal que le da vida: si se incumple lo previsto en la Ley –el presupuesto habilitante– el reglamento será nulo (*ex* artículo 47.2 LPAC)[1851]. Además, la autoridad competente estaría también incurriendo en una clara desviación de poder (artículo 70.2 LJCA), al orientar la potestad reglamentaria de necesidad a un fin no previsto por la norma. En este punto, pueden distinguirse varias situaciones diferenciadas.

Un primer supuesto, en el que el reglamento de necesidad se dicta sin que concurra circunstancia habilitante alguna. Este es el caso más claro o evidente de infracción: la disposición adolece de una irregularidad grosera vulnerando directamente la Ley autorizante y por ello la sanción debe ser la nulidad radical. En un punto intermedio, es posible también que nos encontremos ante un incumplimiento parcial del presupuesto de hecho. Este se produciría bien porque no se han respetado todos los elementos exigidos por la cláusula general –siendo la jurisprudencia rígida en este punto[1852]–, o, en su caso, bien porque existiendo la situación por ella requerida las medidas no se ajustan al principio de proporcionalidad o a la finalidad por ella

('toque de queda') o de limitar las reuniones, esa justificación exige acreditar que esas medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública: no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución» (entre otras, STS 875/2021, FD 4º).

[1850] Indica el precepto que: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

[1851] En este sentido, MARINA JALVO, *op. cit.*, pág. 138, recordando que el incumplimiento del presupuesto habilitante por un reglamento de necesidad implica la vulneración de la Ley en la cual éste se prevé.

[1852] Por ejemplo, el artículo 26 LGS exige que exista un riesgo además de «extraordinario» que sea «inminente», habiendo de cumplirse ambos. En este sentido, la STS de 27 de junio de 2007, FD 5º, subrayó que el presupuesto habilitante se entiende incumplido en el caso enjuiciado, dado que el precepto habla de «riesgo inminente y extraordinario para la salud», indicando el Alto Tribunal que «en caso de concurrir esas circunstancias podrán adoptarse todas o algunas de las medidas preventivas que enumera el precepto. Pero, es claro, también que para ello es preciso que exista un riesgo inminente, o lo que es lo mismo que esté a punto de ocurrir, y que, además, se extraordinario, y por tanto fuera de lo ordinario, o en este sentido, grave para la salud de los ciudadanos consumidores de esos aceites» siendo éstos «dos requisitos indispensables». El incumplimiento de tal presupuesto habilitante lleva –claro está– a la nulidad, concluye el Tribunal Supremo (FFDD 3º y 5º).

pretendida, dado que el reglamento de necesidad no puede tener otro contenido que la regulación estrictamente precisa para el restablecimiento de la normalidad[1853].

En tercer lugar, podría darse el caso en el que el reglamento de necesidad se dicte cumpliendo satisfactoriamente todos los requisitos indicados en el presupuesto habilitante, así como también el principio de proporcionalidad en las medidas dirigidas a superar la situación excepcional. No obstante, contiene también otras previsiones que no persiguen la finalidad exigida por aquél (ej., modificar otro reglamento, desarrollar una ley en el sentido de un reglamento ejecutivo, realizar un nombramiento, etc.)[1854]. En tal supuesto de reglamento «mixto», entiendo, la nulidad será parcial: de acuerdo con el principio de conservación de los actos –y de las normas– únicamente serían inválidas las previsiones que no presenten cobertura en el presupuesto habilitante.

En definitiva, la apreciación del cumplimiento o no del presupuesto habilitante es una cuestión subjetiva o interna de la autoridad competente llamada a aplicarla, teniendo un carácter marcadamente discrecional[1855]. Ahora bien, la regla general parece ser la siguiente: han de existir fundamentos razonables y racionales de que, efectivamente, se ha producido el supuesto de hecho previsto por la norma –independientemente de que, en un momento posterior, tales apreciaciones se consideren erróneas o desaparezcan–, habiendo de dictarse las medidas necesarias en congruencia con la situación existente.

C).- LA TEMPORALIDAD

La activación de cualquier institución de Derecho de necesidad lleva aparejada una eficacia temporal limitada –habida cuenta de su excepcionalidad–, quedando

[1853] En este sentido, también ARAGUÀS GALCERÀ, *op. cit*., págs. 8-9, quien se hace eco del artículo 1.2 LOAES que señala lo propio para los estados excepcionales.

[1854] MARINA JALVO, *op. cit*., págs. 139-140, recuerda –en relación con los reglamentos de necesidad del artículo 58 TRLA– que «la opción de dar forma de disposición general ordinaria a la regulación que no tiene cabida en un reglamento de necesidad tampoco está exenta de problemas, pues, en tal caso, sería discutible la necesidad y la oportunidad de un reglamento ejecutivo que dispone medidas innecesarias o inadecuadas para superar la situación excepcional a la que habrán de aplicarse». Y, añade: «[d]esde otro punto de vista, tampoco parece casar bien con la esencia del reglamento ejecutivo una regulación de vigencia limitada en el tiempo, específicamente dispuesta al objeto de afrontar situaciones excepcionales para que la ley desarrollada no fue pensada».

[1855] Sobre la discrecionalidad, sigue siendo imprescindible la referencia a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Arbitrariedad y discrecionalidad», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1ª ed., Vol. III, Civitas, 1991, págs. 2255-2311, luego publicado en *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2008. Más recientemente –ya sobre los límites con la arbitrariedad– su obra *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2016, especialmente págs. 127 y ss.

supeditada a la situación prevista en las normas (estado de necesidad, situación excepcional, etc.)[1856].

El reglamento de necesidad, como figura propia y común de tal acervo, se rige por el mismo principio. Presenta además unos rasgos concretos: su temporalidad se conecta al principio de proporcionalidad, de tal suerte que su mantenimiento en el tiempo estará también ligada a la intensidad de las medidas en ellos previstas, así como, especialmente, cumplimiento del presupuesto de hecho habilitante[1857]. En efecto, el reglamento de necesidad queda supeditado a él, emitiéndose a su amparo y desplegando su eficacia únicamente mientras éste se mantenga, lo que excluye la posibilidad de establezca «modificaciones estables de la realidad»[1858]. Por lo demás, esta limitación temporal implica también que su duración debe ser determinada o determinable[1859].

Es determinable cuando su mantenimiento en el tiempo puede extraerse de la situación de hecho. Es decir, en el reglamento de necesidad no se indica expresamente cuándo éste dejará de desplegar su eficacia. Dado que su validez pende de la situación excepcional, existen dos posibilidades: bien su eficacia cesa a través de una actuación expresa de la autoridad competente en la que se señala tal finalización[1860]; o, alternativamente, no se produce declaración expresa alguna, pero la situación excepcional ya ha vencido y, por ello, el reglamento de necesidad ha perdido

[1856] Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit*.), págs. 470 y ss.

[1857] La intensidad de una medida puede ser de altísima intensidad –similar a una suspensión– en aquellos casos en los que sea «puntual» o muy coyuntural, así como también de elevada potencia en casos en los que el reglamento de necesidad sea coyuntural. Si la medida es de altísima intensidad y sostenida en el tiempo, se precisará recurrir a la suspensión del derecho. Si la medida es menos intensa, pero también sostenida en el tiempo, se precisará una medida estándar, prevista por Ley ordinaria u orgánica, según los casos. A ello nos hemos referido *supra*, en el punto IV.1.C) del presente capítulo, siendo esta cuestión muy casuística y donde juega un importantísimo papel el principio de proporcionalidad.

[1858] Estas «modificaciones estables» pueden darse en los derechos de los particulares (vacunación forzosa, revocación de un nombramiento con carácter definitivo, etc.), o en su esfera patrimonial (por ejemplo, un reglamento de necesidad no podría obligar a dos particulares a rescindir un negocio jurídico *inter privatos*, sino meramente, y en su caso, a suspenderlo mientras dure la situación excepcional).

[1859] La jurisprudencia constitucional así se pronunció respecto de las «medidas necesarias» dictadas al amparo del artículo 155 de la Constitución; doctrina que considero extrapolable a la emisión de reglamentos de necesidad con fundamento en las cláusulas generales de necesidad. *Vid*., al efecto, STC 89/2019, FJ 4. d), en cuanto proclama: «[p]or su propia naturaleza, atendiendo a la finalidad que este procedimiento [la aplicación del artículo 155] persigue, ha de tener un límite temporal bien expresamente determinado o, como será lo más probable atendiendo a los supuestos que desencadenan su aplicación, determinable» (en sentido similar, el FJ. 4. g) de la STC 90/2019).

[1860] La STS de 21 de octubre de 2003 se pronuncia sobre la paralización de una planta de obtención de ácido sulfúrico, como consecuencia de un escape de dióxido de azufre, por medios de los poderes excepcionales del Alcalde sitos en la LRBRL. Aunque la sentencia califica a estas actuaciones de «medidas cautelares», interesa ver cómo se dictaron dos Decretos de Alcaldía del Ayuntamiento de Barakaldo: uno para incoar las medidas (Decreto de 21 de octubre de 1994) y otro para cesarlas expresamente (Decreto de 16 de noviembre de 1994).

automáticamente su vigencia[1861]. En estos casos el reglamento de necesidad deja de existir y, en coherencia, de desplegar efectos, dado que ha perdido el sustrato que le dio vida. Si la autoridad competente –pese a ello– trata de mantener su vigencia en la realidad jurídica, los particulares podrán plantear los correspondientes recursos en vía contencioso-administrativa contra él, a fin de obtener un reconocimiento jurisdiccional de la inexistencia del reglamento y de la nulidad de los actos dictados fuera de la situación extraordinaria y en aplicación del anterior.

Es determinada la duración del reglamento de necesidad cuando se indica expresamente en su letra –normalmente en una disposición final– cuándo finalizará su vigencia. En estos casos la autoridad competente que lo emite prevé que la situación excepcional se mantendrá hasta la fecha indicada en la propia norma, produciéndose automáticamente la cesación de su eficacia en el momento en el que se alcance ese *dies ad quem*. Esta técnica se ha podido ver tanto en relación con los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 TRLA[1862], como en los del artículo 21.1.m) LRBRL[1863], así como con los del artículo 3 LOMESP[1864].

No obstante, esta previsión explícita de cuándo el reglamento pierde su eficacia plantea algún problema. Y es que la situación extraordinaria puede mantenerse en el tiempo durante un plazo mayor al previsto por éste. En este contexto, en el pasado, se optó por proceder a la prórroga del reglamento de necesidad a través del instrumento del Decreto ley[1865], técnica que entiendo censurable, pues puede implicar un blindaje de la disposición administrativa a través de un revestimiento legal –aunque, eso sí,

[1861] En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (*cit.*), Tomo I, pág. 247, recuerdan como característica de estos reglamentos precisamente que no es preciso proceder a su derogación formal.

[1862] Ejemplos claros son los Reales Decretos 1265/2005, de 21 de octubre y 1419/2005, de 25 de noviembre, o, en fin, 233/2008, de 15 de febrero, cuyas disposiciones finales segundas les otorgaba vigencia temporal. Posteriormente, también los Reales Decretos 355 y 356/2015, de 8 de mayo (disposiciones finales terceras), y el Real Decreto 684/2017, de 30 de junio, disposición final tercera.

[1863] Por ejemplo, en los reglamentos de necesidad dictados como consecuencia de la tormenta «Filomena» en Madrid: los indicados Decretos de 10 y de 12 de enero de 2021 del Alcalde madrileño, en sus puntos décimo y cuarto respectivamente.

[1864] Entre otros muchos, el Acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 de mayo de 2021 –sobre el que se pronuncia la STS 719/2021– establece en su punto quinto que «[e]l presente Acuerdo se publicará en el Boletín Oficial de Canarias y producirá sus efectos a partir de las 00:00 del día 9 de mayo de 2021 y se mantendrán hasta las 12 de la noche del día 31 de julio de 2021», incluyendo medidas tales como la limitación a la entrada y salida de las islas, restricciones al horario nocturno y a las reuniones, etc.

[1865] Así en relación con el artículo 58 TRLA, el Real Decreto 1419/2005 preveía una duración inicial hasta el 30 de noviembre de 2006, si bien fue prorrogado en su vigencia hasta en tres ocasiones: por el Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre; por el Real Decreto-Ley 9/2007, de 5 de octubre; y, en fin, por el Real Decreto-Ley 8/2008, de 24 de octubre; manteniéndose en total hasta el 30 de noviembre de 2009.

únicamente mientras dure la prórroga–, impidiendo su ulterior control por la jurisdicción ordinaria[1866]. En estos casos –por cuestiones de seguridad jurídica– parece más conveniente emitir un nuevo reglamento de necesidad prorrogando, sustituyendo o modificando al anterior[1867].

Cuestión distinta es que, indicándose una fecha concreta de duración, la situación excepcional desaparezca antes. Algún reglamento de necesidad ha previsto que ello puede suceder, indicando que, en tal caso, la norma tornará ineficaz a partir de tal momento, sin que sea preciso esperar a la fecha indicada[1868]. Sin embargo, esta previsión –aunque positiva por cuestiones de seguridad jurídica– no es indispensable: si el contexto de crisis desaparece, el reglamento de necesidad lo hará con éste, independientemente de si ello aparece recogido en la norma o no. En idéntico sentido –y tanto si estamos ante una duración determinada o determinable– parece conveniente, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, proceder a una derogación expresa, aunque ello no sea necesario[1869].

Por último, debe recordarse que dada la urgencia con la que son dictados los reglamentos de necesidad, éstos no pueden verse sometidos a *vacatio legis* o a aprobación previa. A tal efecto, la STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 7, ya destacó que la

[1866] En términos similares, *vid*., DOMÉNECH PASCUAL, G., «Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por decreto-ley», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 198, abril-junio 2019, págs. 139 y ss.

[1867] Esta parece ser la dinámica ordinaria y, también, la más reciente. Por ejemplo, una vez decaída la vigencia del Real Decreto 134/1994, de 4 de febrero, el Real Decreto 531/1992, de 22 de mayo, procedió a actuar de nuevo con fundamento en el artículo 56 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy, artículo 58 TRLA); y, más tarde, se dictó el Real Decreto 2029/1995, de 22 de diciembre, que prorrogaba la vigencia del originario Real Decreto 134/1994. Con carácter más reciente, es de destacar el Real Decreto 335/2016, de 23 de septiembre, que prorroga los Reales Decretos 355/2015 y 356/2015 de 8 de mayo; reglamentos de necesidad que fueron nuevamente prorrogados por los Reales Decretos 850/2017 y 851/2017, de 22 de septiembre, así como por los Reales Decretos 1209/2018 y 1210/2018, de 28 de septiembre. En el plano autonómico encontramos también otros ejemplos, así el Decreto de la Generalitat de Cataluña 108/2008, de 15 de mayo, de modificación del Decreto 84/2007, de 3 de abril, de adopción de medidas excepcionales y de emergencia en relación con la utilización de los recursos hídricos, dictado el primero con fundamento en el artículo 31.2.c) del Texto Refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, que reproduce las previsiones del artículo 58 TRLA y, además, se remite a la normativa estatal.

[1868] Al efecto, el Decreto de la Generalitat de Cataluña 22/2002, de 22 de enero, además de recoger la duración temporal –indicando fecha concreta de pérdida de vigencia– incluye en su disposición final primera la derogación automática anticipada en cualquier momento anterior en caso de que las circunstancias fácticas que le dieron vida terminen por desaparecer.

[1869] ARAGUÀS GALCERÀ, *op. cit*., pág. 11. La autora considera aplicable también la disposición adicional segunda de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, posición que no comparto respecto de los reglamentos de necesidad *stricto sensu*, dado que éstos se rigen únicamente por su cláusula general habilitante. Si la derogación expresa es preferible, ello viene dado por imperio del artículo 9.3 de la Constitución y no tanto por la previsión legal indicada. Lo mismo puede decirse respecto de las exigencias de la evaluación normativa (artículo 130 LPAC).

intervención jurisdiccional previa respecto de los «reglamentos sanitarios de necesidad» (*sic*.) del artículo 3 LOMESP «supone asimismo, un menoscabo cierto para el principio constitucional de eficacia al que está sujeta la actuación de las administraciones públicas (art. 103.1 CE) y por ende su potestad reglamentaria, en forma de ejecutoriedad, pues la exigencia de autorización judicial dificulta y demora la aplicación de unas medidas orientadas a la protección de la salud pública que se pretenden urgentes y que por tanto requieren una aplicación inmediata».

3.- El Derecho de la Unión Europea

El último de los requisitos de validez exigibles en relación con los reglamentos de necesidad es el respeto al Derecho de la Unión Europea. La exigencia del principio de primacía implica su imposición respecto del Derecho de los Estados miembros, teniendo incluso capacidad para desplazarlo (por todas, STJUE Costa/Enel, de 15 de julio de 1964). Es por ello preciso preguntarse si su vigencia rige incluso ante situaciones de carácter extraordinario, habiendo de distinguirse –bajo mi perspectiva– dos escenarios.

En primer lugar, aquel en el que el propio Derecho de la Unión Europea se hace eco de tal situación y decide regularla, habilitando a las «autoridades competentes» de los Estados miembros para realizar tales actuaciones incluso a través de cláusulas generales de necesidad. Es el caso de algunos Reglamentos de la Unión Europea, como los correspondientes a sanidad animal[1870] o a seguridad alimentaria[1871]; cláusulas

[1870] El Reglamento (UE) 2016/429, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal, habilita, en su artículo 260, a «la autoridad competente» del Estado miembro para adoptar «medidas de emergencia» para cuando «tenga conocimiento de que animales o productos procedentes de un tercer país o territorio, o bien los medios de transporte o cualquier otro material que haya estado en contacto con dichos animales y productos, pueda suponer un riesgo grave para la Unión por una posible infección o contaminación debida a las enfermedades de la lista, a enfermedades emergentes o a otros peligros», enumerando las distintas medidas a adoptar –tales como la destrucción de los animales y productos; adopción de cuarentenas; etc.– indicando también que es posible adoptar «cualquier otra medida de emergencia que considere adecuada para prevenir la propagación de la enfermedad o la extensión del peligro en la Unión». Para Rebollo Puig, «Sanidad animal: marco general y principios jurídicos (*cit.*)», pág. 28, las situaciones de necesidad en esta materia parecen haberse tenido en cuenta por el mismo Derecho de la Unión Europea, recordando al efecto la dicción del considerando 162 y del artículo 9.4 del mismo Reglamento, que autoriza también a actuar a la Comisión Europea. Añade también el autor –págs. 29 y ss.– que las actuaciones de lucha contra las zoonosis o epizootias reconocidas en la Ley de Sanidad Animal aparecen como manifestación de una actividad de limitación, respecto a la cual «el Reglamento (UE) 2016/429 refuerza la base y justificación de muchas de esas potestades administrativas» y que el artículo 61 y el 65 del Reglamento prevén las «clásicas cláusulas amplias de la policía», conectándolas al artículo 26 LGS o al artículo 54 LGSP.

[1871] El Reglamento 2017/65, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre

generales que –de un modo u otro– han inspirado las presentes en nuestras correspondientes Leyes[1872].

En esta situación, entiendo, no puede hablarse de colisión alguna: la habilitación para dictar «todas las medidas necesarias» –incluyendo las de corte normativo, esto es, reglamentos de necesidad– no se reconoce únicamente en una Ley, que permite a la autoridad competente a actuar o reglar hasta donde sea necesario, sino que esa misma operación es realizada también por el Derecho de la Unión Europea, en un instrumento –el Reglamento– que, como recuerda del artículo 288 TFUE, dispone de «alcance general» y es «obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

Más difícil es el segundo escenario: aquel en el que no existe autorización alguna en la normativa europea para actuar en los términos indicados. En este punto cualquier limitación incoada por un reglamento de necesidad podría entenderse contraria al acervo europeo.

El TJUE, no obstante, sí se ha pronunciado tangencialmente al efecto en su Sentencia de 14 de octubre de 2004 (caso *Omega Spielhallen*). Concretamente, sobre la colisión entre la libre prestación de servicios de la Unión Europea y la prohibición del juego «laserdrome», en el que los participantes se disparaban con pistolas láser falsas, simulando asesinatos; prohibición que se realizó por la autoridad competente por entenderse contraria al orden público alemán y, específicamente, a la dignidad de la persona (*ex* artículo 1 GG). Ello se produjo *con fundamento en una cláusula general policial*, lo que implica que, aunque el TJUE no haya acotado directamente la problemática de la compatibilidad de esta técnica con el Derecho europeo, lo cierto es que sí admitió que una medida dictada con base en una cláusula general pudiese prevalecer sobre una de las cuatro libertades fundamentales[1873].

---

alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios, prevé –tras establecer ciertas «medidas de ejecución» en los artículos 137 y siguientes en relación con la salvaguarda de la salud humana, animal, vegetal, etc.– en el artículo 138.2 que «las autoridades competentes adoptarán *cuantas medidas consideren oportunas* para garantizar el cumplimiento de las normas a que se refiere el artículo 1, apartado 2, *incluidas las que se enumeran a continuación*», indicando en este punto cuestiones tales como la aplicación de tratamientos a animales o su cuarentena o aplazamiento de sacrificio, destrucción de mercancías, etc. Ambas referencias –en cursiva– han hecho que la doctrina alemana haya visto aquí una cláusula general. Sobre esto, ORTGIES, *Rechtliches Risikomanagement…* (*cit.*), págs. 380 y ss.

[1872] *Vid*., al efecto, el artículo 26 LSA y el artículo 20 LSAN.

[1873] Sobre el tema, WIßMANN, *Generalklauseln...* (*cit.*), pág. 209.

La cuestión también ha sido analizada en el Derecho italiano con motivo de la aplicabilidad de sus «ordenanzas de necesidad»[1874], dado que, recordemos, tales instrumentos disponen de la capacidad de «hacer excepción» (*derogare*) a las normas vigentes[1875]. En ocasiones la jurisprudencia italiana ha admitido la posibilidad de –a través de tales instrumentos– excepcionar normas o principios europeos[1876]. No obstante, no parece ser esta la regla general: como recuerda algún autor, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea impediría los Estados miembros actuar orillando el acervo europeo, debiendo entonces el juez nacional inaplicar la normativa interna con el objeto de mantener incólume la eficacia del anterior[1877].

En España, la cuestión parece haberse abordado en el plano jurisprudencial, aunque sólo muy tangencialmente y sin entrar sobre el fondo concreto del asunto. En efecto, con motivo de la publicación del Reglamento (UE) 2021/953, de 14 de junio, relativo al certificado COVID digital[1878] se esgrimió ante el Tribunal Supremo que un reglamento de necesidad dictado *ex* artículo 3 LOMESP y que conllevaba el confinamiento del municipio de Peal de Becerro (Jaén) infringía el Derecho de la Unión Europea, en tanto en cuanto se había omitido el requisito en la norma de comunicar la medida a la Comisión Europea. El argumento, sin embargo, no fue tenido en cuenta por el Alto Tribunal en su resolución[1879]. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación y desarrollo de este concreto Reglamento europeo en

[1874] *Vid*., al efecto, el capítulo cuarto de esta obra, punto III.3.C). En el caso de las ordenanzas de necesidad en materia de protección civil, el Decreto Legislativo núm. 1, de 2 de enero de 2018, que aprueba el Código de Protección Civil (*Codice della protezione civile*), prevé en su artículo 25.1 que las ordenanzas se dictan «dentro de los límites y con los métodos indicados en la resolución del estado de emergencia y de conformidad con los principios generales del ordenamiento jurídico y las normas de la Unión Europea».

[1875] Sobre esto, *vid*. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 474.

[1876] CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 474, señala, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Apulia, núm. 208, de 25 de febrero de 1997; también CERASE, «Ordinanza di urgenza e necessità (*cit*.)», pág. 3990. *Cfr*. con NEGRELLI, «Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza… (*cit*.)», pág. 3013, nota 9, que alude a la sentencia del Consejo de Estado, sección IV, núm. 2915, de 27 de mayo de 2002, por la que se anula ordenanza de necesidad al contrariar los principios generales del ordenamiento y los «principios comunitarios» (*principi comunitari*).

[1877] CHIEPPA y GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo* (*cit*.), pág. 124.

[1878] Reglamento 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la Unión Europea) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

[1879] Concretamente el artículo 11 del Reglamento. *Vid*., STS 1079/2021, de 21 de julio, especialmente FD 5º, apartados A) y B), que se pronuncia sobre la Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía de 7 de julio de 2021, por la que se confina el municipio de Peal de Becerro de la provincia de Jaén por razones de salud pública para la contención del Covid-19.

Galicia y País Vasco permiten entrever también que dentro de los parámetros de control de las actuaciones de necesidad se encuentra el Derecho de la Unión Europea[1880].

Por lo demás, una panorámica de las medidas adoptadas durante la COVID-19 o frente a otras situaciones catastróficas (la erupción del volcán de La Palma, la tormenta «Filomena», etc.), permite afirmar que, ante situaciones extremas, las autoridades competentes deberán actuar de tal forma, incluso aunque ello implique –coyunturalmente, eso sí– una flexibilización del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Y es que lo que subyace bajo la problemática expuesta no es otra cuestión que el tradicional debate respecto de la coexistencia entre el principio de primacía y la supremacía constitucional, aún sin resolver[1881], más aún si tenemos en cuenta que la autoridad administrativa está obligada a inaplicar una norma que pueda contrariar el Derecho europeo[1882]. Recordemos que la posibilidad de dictar reglamentos de necesidad tiene –como mínimo– fundamento constitucional en los artículos 31.3, 97, 103.1 y, especialmente, 30.4 de nuestra Carta Magna, tal y como se extrae de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional[1883].

[1880] La STS 1112/2021, de 14 de septiembre, FD 8º –relativa al «pasaporte COVID»– ha reconocido, en términos amplios, eso sí, que «resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública» de acuerdo con el precitado Reglamento europeo; cuestión que se pone en duda en el Voto Particular a esta Sentencia del Magistrado FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, para quien «no está valorada en la génesis del Reglamento la posibilidad de que sea empleada la regulación para llegar a justificar, ni siquiera por vía indirecta, otras medidas restrictivas de derechos fundamentales». En idéntico sentido, *vid*., también, la posterior STS 1412/2021, de 1 de diciembre, FD 5º, así como Voto Particular de –de nuevo– FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, en el que el Magistrado reitera su posición indicando que «no me parece acertado 'vestir' la adopción de medidas como la que nos ocupa con una mera alusión a una normativa europea que no ampara esa medida y menos aún, cuando en este caso concreto ni tan siquiera se hace mención de ninguna norma europea».

[1881] Sin ánimo exhaustivo, sobre esta controversia, *vid*. ALONSO GARCÍA, R., «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005, págs. 339-364; BIGLINO CAMPOS, P., «La primacía del Derecho Comunitario: la perspectiva española», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007; FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional: problemas de articulación jurídica desde la consideración del principio de primacía del Derecho Comunitario y posibles soluciones», en *Justicia Administrativa*, núm. 50, 2010, págs. 11 y ss.; SARRIÓN ESTEVE, J., «Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni», en BAÑO LEÓN, J. M.ª (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en Homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, 1ª ed., Vol. I, Iustel, Madrid, 2016, págs. 201-220; y, más recientemente del mismo autor, «El retorno de los límites constitucionales a la primacía: A propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34, julio-diciembre 2020.

[1882] *Vid*., *in extenso*, GALÁN GALÁN, A., *Primacía europea y Administración Pública. La obligación administrativa de inaplicación*, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

[1883] Sobre el tema, *vid*., el apartado II.1 de este capítulo.

Ahora bien, a mi juicio, la cuestión podría enfocarse desde otra perspectiva: como ha podido advertirse en líneas anteriores, el principio de precaución o cautela aparece conectado –en algunos supuestos como el medioambiental, el sanitario o el alimentario– a la figura del reglamento de necesidad. Precisamente por ello –en puridad– podría afirmarse que el dictado de este tipo de normas excepcionales responde a una aplicación de tal principio, no contrariándose entonces –o, al menos, no frontalmente– el precitado acervo europeo[1884].

En cualquier caso, este principio no se encuentra generalizado para todas las realidades –y materias– en las cuales puede desplegar un reglamento de necesidad su eficacia. Por ello, tal y como indica CERASE respecto de las *ordinanze di necessità* italianas, la última palabra sobre esta complejísima cuestión únicamente la podrán tener las autoridades competentes y, singularmente, la Comisión Europea y el TJUE[1885].

V.- LOS CONTRAPESOS Y EL CONTROL DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD

Una prerrogativa tan acusada como la potestad para dictar reglamentos de necesidad debe estar –obligatoriamente– aderezada con una serie de contrapesos que permitan al particular proteger su esfera jurídica ante eventuales abusos. La pluralidad de los presentes en nuestro ordenamiento jurídico[1886] pueden reconducirse –por su efectividad– a dos fundamentales: el control jurisdiccional y la garantía patrimonial.

1.- LA GARANTÍA JUDICIAL: EL CONTROL JURISDICCIONAL

La fiscalización de los reglamentos de necesidad por el Poder Judicial aparece –sin duda– como el mecanismo de control por excelencia respecto de este tipo de

[1884] Como recuerda GÁMEZ MOLL, «Principio de precaución, proporcionalidad… (*cit.*)», págs. 242 y ss., tanto el TJUE (sentencias de 9 de septiembre de 2003, *Monsanto Agricultura Italia y otros*, C-236/01, apdo. 106, y del Tribunal General de 17 de marzo de 2021, *FMC Corporation c. Comisión*, T-719/17, apdo. 69), como el Tribunal Supremo español (sentencias de 21 de enero de 2015, FD 3º y de 21 de diciembre de 2016, FD 1º) han admitido la idoneidad del principio como base para actuar previniendo riesgos potenciales y fundamentados en indicios serios.

[1885] CERASE, «Ordinanza di urgenza e necessità (*cit.*)», pág. 3390.

[1886] En términos amplios, *vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), págs. 518 y ss., quien –además– califica de «controles administrativos» algunos de los requisitos exigidos por algunas cláusulas generales para el dictado de reglamentos de necesidad, como la exigencia de informe del organismo de cuenca en los casos del artículo 58 TRLA (págs. 537-538). Podrían añadirse también otros, como la fiscalización de la actuación administrativa que realiza la ciudadanía a través del derecho de acceso a la información y de la transparencia activa que, incluso ante situaciones de necesidad, resulta obligada para la Administración. Sobre esto último, son especialmente interesantes las reflexiones de MESTRE DELGADO, J. F., «La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID19)», en *Diario del Derecho*, 29 de abril de 2020.

normas[1887]. Al efecto, son aplicables las reglas ordinarias de control jurisdiccional de la potestad reglamentaria previstas tanto en la Constitución –artículo 106.1– como en las Leyes. El control jurisdiccional de los reglamentos de necesidad debe ser –en todo caso– pleno[1888]. Los poderes inherentes a estas normas son exorbitantes y, en coherencia, la capacidad para fiscalizarlos deberá ser total; siendo esta, sin duda, una exigencia derivada del artículo 24 de nuestra Constitución.

La existencia de un control cualificado en estos casos viene dada además por el hecho de que los reglamentos de necesidad se dictan con fundamento en una cláusula general: la imposibilidad de prever exactamente cuál será la medida a adoptar sólo puede quedar atenuada con la existencia de una justificación adicional del cumplimiento del principio de proporcionalidad; justificación que termina por redundar en el control jurisdiccional[1889]. Esta fiscalización puede analizarse desde dos perspectivas, a las que nos vamos a referir: atenderemos, en primer lugar, a la posición del particular afectado, para analizar, en segundo punto, la posición del órgano fiscalizador una vez puesta en duda la validez del reglamento.

Desde la perspectiva ciudadana, el particular goza de una miríada de mecanismos de impugnación de este tipo de reglamentos. Son aplicables en este punto –fundamentalmente– las previsiones de la LJCA: el recurso especial para la protección de derechos fundamentales (*ex* artículos 114 y siguientes LJCA); el recurso ordinario contra reglamentos (*ex* artículos 1 y 26 LJCA); o, en su caso, la correspondiente cuestión de ilegalidad que plantee el órgano jurisdiccional correspondiente a través de

[1887] Existen otros mecanismos ordinarios que, sin embargo, pierden sustancialmente su eficacia en materia de reglamentos de necesidad como consecuencia del lapso temporal que precisan para realizar la fiscalización. Me refiero al recurso administrativo indirecto en vía administrativa (artículo 112.3 LPAC), a la incoación de la acción de revisión de oficio de nulidad de disposiciones administrativas (artículo 106.2 LPAC), a la inaplicación de los reglamentos por parte de los órganos jurisdiccionales (de todos ellos, no sólo los de lo contencioso-administrativo; *ex* artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; en adelante LOPJ), o, en fin, al control que, hipotética y subsidiariamente, podría realizar el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, puesto que «aunque el control de legalidad de las normas reglamentarias es, en principio y como regla general, competencia propia de los órganos judiciales, si al resultado de tal control se imputa la violación de alguno de los derechos fundamentales, debe enjuiciarlo también este Tribunal (SSTC 209/1987; 78/1990; 4/1991)» [STC 9/1995, de 16 de enero, FJ 2].

[1888] En este sentido, BAÑO LEÓN, voz «Reglamento de necesidad (*cit.*)», pág. 2160, defiende un «control judicial pleno».

[1889] COTINO HUESO, «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus... (*cit.*)», págs. 97-98, en relación con el problema de «calidad de la Ley» en los supuestos de emisión de medidas restrictivas con fundamento en una cláusula general, que «ante la falta de garantías de calidad, son precisas específicas garantías por autoridades independientes o judiciales», citando, además, el Dictamen 6/2019, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

los actos dictados en aplicación del reglamento de necesidad (artículos 27 y 123-126 LJCA)[1890]. A todos ellos se ha de añadir la posibilidad de dictar medidas cautelares o incluso cautelarísimas frente a la propia disposición reglamentaria (artículos 129 y 135 LJCA)[1891]; y, claro, está, frente a la resolución jurisdiccional correspondiente se podrá recurrir tanto en apelación como en casación, de acuerdo con las exigencias previstas en los artículos 81.2.d) y 86.3 LJCA, respectivamente. Y ello con los efectos ordinarios respecto de la anulación de reglamentos (artículo 72.2 LJCA).

Sin embargo, los diversos mecanismos enumerados resultan insuficientes[1892]. Y es que el carácter temporal de estas disposiciones puede llevar aparejado que los órganos jurisdiccionales competentes terminen por pronunciarse sobre ellos demasiado tarde, esto es, cuando ya no se encuentren vigentes, convirtiendo así en estériles tales medios de protección frente a potenciales abusos. El control jurisdiccional debe servir para impedir una actuación ilegal o desproporcionada, así como para controlarla *antes o durante* su vigencia. La mera anulación *a posteriori* del reglamento de necesidad no supone garantía jurisdiccional alguna, sino, únicamente, un motivo adicional para exigir indemnización.

Por ello, en la doctrina se ha planteado la necesidad de reformar la norma procesal, con objeto de incluir un nuevo recurso especial que reduzca los plazos para la interposición del recurso en estos casos, o, alternativamente, para incluir una suerte de ratificación judicial en relación con este tipo de normas[1893]. Respecto de la segunda afirmación, parece que una intervención jurisdiccional previa ya no es posible, de acuerdo con la contundente doctrina vertida por la STC 70/2022, FJ 7, en cuanto ello podría –de nuevo– convertir al Poder Judicial en «cogobernante o copartícipe del

[1890] Sobre el tema, MESEGUER YEBRA, J., *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, 1ª ed., Bosch, Madrid, 2011. No obstante, dada la temporalidad de este tipo de normas parece que el plazo de dos meses de impugnación directa sería más que suficiente. Recordemos también que la jurisprudencia veda la invocación del recurso indirecto cuando se fundamente en la infracción de las normas de elaboración de la disposición general (STS de 11 de octubre de 2005).

[1891] Como recuerda GARCÍA PÉREZ, «Segunda parte. El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos (*cit.*)», págs. 350 y ss., en el caso de solicitar medidas cautelares frente a un reglamento, ello ha de hacerse –como reza el artículo 129– «en el escrito de interposición o en el de demanda», lo que contrasta con la impugnación de actos, donde la suspensión puede solicitarse en cualquier momento, sin perjuicio de que existan otras sutiles diferencias (*vid.* ATS de 16 de marzo de 1996).

[1892] Al efecto, ARAGUÀS GALCERÀ, *op. cit.*, pág. 12, subraya «la inadecuación de los recursos ordinarios para ejercer un control efectivo respecto de los reglamentos de necesidad».

[1893] ARAGUÀS GALCERÀ, *op. cit.*, pág. 12; también BOIX PALOP, «Impacto sobre la normalidad competencial de las situaciones excepcionales… (*cit.*)», págs. 43 y ss., aunque en términos más amplios, en relación con las medidas generales de salud pública a adoptar ante situaciones extraordinarias, aludiendo a «algún tipo de procedimiento preferente y sumario para las impugnaciones realizadas por los interesados y con criterios de legitimación generosos, que incluyeran la acción pública».

ejercicio de la potestad reglamentaria». Ahora bien, la primera de las opciones podría explorarse. Tengamos en cuenta que existen ejemplos en nuestro Derecho positivo en los que el orden contencioso-administrativo responde con elevada presteza, como es el caso del recurso contencioso-electoral, en el que el órgano jurisdiccional debe pronunciarse en el plazo de dos días en supuestos de proclamación de candidaturas y candidatos, de conformidad con el artículo 49 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)[1894].

Otra solución podría resultar de combinar el procedimiento de protección de derechos fundamentales (artículo 114 LJCA), con la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dicte medidas cautelarísimas (*ex* artículo 135 LJCA), las cuales, además, son susceptibles de recurso de casación, de acuerdo con el artículo 87.1.b) LJCA[1895]. Ahora bien, ello puede no ser suficiente. Por ello se ha propuesto que el control de tales actuaciones se realice desde la perspectiva de la medida cautelar, dejando para un momento posterior el control sobre el fondo del asunto. Con ello no sería ni siquiera precisa la creación de un recurso *ad hoc*, sino simplemente la modificación de los artículos 114 y siguientes LJCA relativos al recurso especial para la protección de derechos fundamentales reduciendo los plazos[1896]. Este sistema estaría centrado en las medidas cautelares, quedando pospuesto el pronunciamiento sobre el fondo para un momento posterior.

[1894] *Vid*., también el artículo 1.3.c) LJCA, así como los artículos 49, 69.6 y 109-117 LOREG. Sobre el tema, *vid*., GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El recurso contencioso-electoral», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 12, 1977, págs. 5-37; ENTRENA CUESTA, R., «El recurso contencioso-electoral: Naturaleza y objetivo», en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: Reflexiones sobre el régimen electoral*, 1ª ed., Congreso de los Diputados, 1993, págs. 475-490; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El recurso contencioso-electoral», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 33, 1994, págs. 63-145; y, en fin, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «El recurso contencioso-electoral», en ARISMENDI, A., y CABALLERO ORTIZ, J., (Coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, 1ª ed., Vol. II, Civitas, Madrid, 2003, págs. 2353-2366.

[1895] AGUDO GONZÁLEZ, «Las funciones de los órganos judiciales a debate… (*cit*.), págs. 81 y ss., precisamente porque, entiende, que a raíz de la declaración de nulidad del control *ex ante* (STC 70/2022) parece preciso bosquejar algunas líneas de mejora para el control de las medidas sanitarias.

[1896] Este sistema es propuesto por AGUDO GONZÁLEZ, «Las funciones de los órganos judiciales a debate… (*cit*.)», pág. 81, respecto de las distintas «medidas» adoptadas ante situaciones de necesidad, siendo aplicables al caso que nos ocupa. Añade también que «en cuanto a la casación, por aquello de la unificación de criterios en tiempo récord, las reformas podrían ir en la línea de lo que se recoge en el art. 87 ter», quedando justificado eliminar la fase de preparación y siendo «imprescindible acortar los plazos para presentar el recurso y tal vez fijar otros para resolver el recurso; igualmente necesario sería eliminar la preceptividad del recurso de reposición del art. 87.2». Glosa su propuesta con soluciones adoptadas durante la crisis de la COVID-19 en Francia –con los recursos de *référé-suspension* y de *référé-liberté*, regulados en el artículo L. 521-1 y 2, respectivamente, del *Code de Justice Administrative*– y en Alemania –las medidas cautelares dictadas por los órganos jurisdiccionales tras la impugnación prevista por el parágrafo 47 I.2 del *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO)–. No obstante, recuerda, el riesgo de confiar este control a la protección cautelar es que tales pronunciamientos puedan terminar por prejuzgar el fondo del asunto (págs. 83 y ss.).

Sea cual sea la opción elegida, parece preciso abordar una reforma que permita un control pleno en la materia, a fin de evitar que –como puede suceder ante situaciones de necesidad– se termine por «juzgar sobre hechos consumados»[1897]. Y es que, a diferencia de otras instituciones de Derecho de necesidad –singularmente, los estados excepcionales–, la comprobación del respeto a la Ley y a la Constitución de los reglamentos de necesidad se realizará en exclusiva por los órganos jurisdiccionales ordinarios[1898]. De ahí que la existencia de una potestad tan extraordinaria como la que ha ocupado las reflexiones de las páginas precedentes sólo puede justificarse cohonestándola con la presencia de mecanismos reales de fiscalización; mecanismos que únicamente pueden ser útiles si son capaces de frenar los abusos de la autoridad competente en tiempo y en forma. Fuera de ello –se insiste– no hay control jurisdiccional real.

Hechas estas precisiones, se ha de abordar la posición del órgano jurisdiccional una vez producida la impugnación. Puede, en este punto, esbozarse un examen sobre la conformidad –o no– a Derecho del reglamento de necesidad, de acuerdo con una serie de extremos que terminan por configurar un genuino test de legalidad[1899] y que se conectan con los requisitos de validez de los reglamentos de necesidad antes analizados,

[1897] La expresión es de ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), pág. 547, en relación con el control jurisdiccional de las actuaciones de necesidad.

[1898] ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad…* (*cit.*), pág. 553, recuerda también «la preeminencia que tienen los tribunales contencioso-administrativos en el control de la necesidad tanto por su especialización en la fiscalización de la actividad administrativa, como por el alcance de sus facultades de control de esa actividad, que exceden, en mucho, a la de los juzgados y tribunales de los órdenes civil, penal, social o militar».

[1899] La jurisprudencia sobre las cláusulas generales –a diferencia de lo que ocurre en Alemania o Italia– no goza de un desarrollo pormenorizado. Sin embargo, sí se han producido algunos pronunciamientos con motivo de la aplicación de algunas de ellas. Destacan al efecto los criterios de aplicación del artículo 3 LOMESP sintetizados en la STS 62/2022, de 26 de enero, FD 5º, punto 11 –reiterada por la STS 1601/2022, de 30 de noviembre, FD 4º–, en los siguientes términos: «Respecto del enjuiciamiento de la conformidad a Derecho de esas medidas hemos dicho lo siguiente: 1º El tribunal debe comprobar la competencia de la Administración que las acuerda y que esa Administración basa esas medidas en las normas que venimos exponiendo. 2º También debe juzgar si la Administración ha identificado con claridad –y probado–, el peligro grave para la salud que comporta la enfermedad transmisible. 3º Debe comprobarse si la Administración ha identificado correctamente la extensión o ámbito subjetivo de las medidas, es decir, la población afectada por las restricciones, más el ámbito territorial y temporal de las mismas. 4º Y debe comprobarse si la Administración ha justificado que esas medidas restrictivas o limitativas superan el juicio de necesidad –no hay otros medios o no los hay menos agresivos para evitar el contagio–; idoneidad –son los adecuados y suficientes– y proporcionalidad –esto es, guardan coherencia con el riesgo grave de transmisibilidad–.». Se resume así la jurisprudencia en la materia, entre otras, las SSTS 719/2021, 792/2021, 875/2021, 1079/2021, 1092/2021, 1102/2021, 1110/2021, 1112/2021 y 1412/2021.

derivados tanto de la Constitución como de la propia cláusula general, así como, en su caso, del Derecho de la Unión Europea[1900].

En primer lugar, debe examinarse si el órgano que ha dictado el reglamento de necesidad es competente para ello. La adjudicación de la competencia se especifica por la cláusula general, que considera que la atribución de una potestad tan extraordinaria –que permite incluso dictar reglamentos de necesidad– ha de realizarse a esa y no a otra autoridad competente, de conformidad con el artículo 8.1 LRJSP.

En segundo punto, es preciso que se atienda al cumplimiento del presupuesto habilitante para la activación de la indicada cláusula general; presupuesto que puede configurarse con un carácter más amplio –siendo claro el caso del artículo 21.1.m) LRBRL– o más acotado por razón de la materia, como es el caso de estados de necesidad hídricos (artículo 58 TRLA) o de salud pública (artículos 3 LOMESP, 26 LGS, etc.). La admisión de su cumplimiento dependerá pues de su configuración en la cláusula general, bien porque existe un riesgo cierto de que la situación se producirá, bien porque efectivamente ya se ha producido. El órgano fiscalizador deberá –a la luz del principio de proporcionalidad– analizar si la actuación de la autoridad competente fue razonable.

En tercer lugar, el órgano jurisdiccional competente debe atender a si han sido satisfechos los requisitos exigidos por la Constitución, por el Derecho de la Unión Europea, por la misma cláusula general, así como, en su caso, los que el propio reglamento de necesidad se haya autoimpuesto. Al efecto, el reglamento de necesidad deberá estar debidamente justificado y publicado para poder surtir los pertinentes efectos jurídicos, implicando tales ausencias su nulidad radical. Se han de respetar también los trámites que aparezcan insertos en la cláusula general: audiencia del organismo de cuenca, inmediata cuenta al Pleno, etc. Ya en cuarto lugar, la fiscalización judicial se producirá respecto del ámbito de aplicación del reglamento y de la intensidad y generalidad de sus medidas, en perspectiva territorial y temporal. El control debe realizarse a la luz del principio de proporcionalidad, siendo, tal vez, en esta sede donde su aplicación cobre más fuerza: se ha de analizar la necesidad, adecuación y proporcionalidad *stricto sensu* de las medidas reglamentarias dictadas, con especial detalle en la afección que realiza a los derechos fundamentales. No ha de olvidarse que

[1900] Al efecto, me remito a lo expuesto en el punto IV del presente capítulo.

la institución del reglamento de necesidad surge como garantía de los ciudadanos y no como su yugo.

En quinto y último punto, el órgano jurisdiccional deberá analizar si era necesario recurrir a la cláusula general, esto es, si los medios ordinarios –incluyendo las medidas estándar– previstos por la Ley eran insuficientes. La activación de la cláusula general posee un carácter subsidiario y, como tal, sólo puede recurrirse a ella cuando las previsiones en la Ley no fueran bastantes o adecuadas. Téngase en cuenta que el dictado de las medidas previstas en una cláusula general se produce no sólo con fundamento en ellas, sino también en las propias medidas estándar, hasta el punto de que –en muchas ocasiones– es difícil conocer en qué medida la actuación es producto exclusivo de la habilitación general y en cuál, en exclusiva, de una autorización legal concreta. Corresponde al órgano jurisdiccional competente identificar si el recurso a la cláusula general es, pues, proporcional.

Al efecto, se ha de realizar una precisión adicional. La cláusula general permite dictar tanto actos administrativos como reglamentos de necesidad, rigiendo –de nuevo– el principio de proporcionalidad. En otras palabras: el órgano jurisdiccional debe examinar si el dictado de un reglamento de necesidad para establecer un estatuto jurídico concreto y transitorio para afrontar la situación excepcional cumple los parámetros del principio de proporcionalidad y si, alternativamente, no hubiese sido bastante otra actuación administrativa. El ejercicio de la potestad reglamentaria ante una situación de necesidad atribuye –por regla general– unos poderes más amplios a la autoridad competente que el mero despliegue de actos administrativos, tal y como se ha hecho notar en el Derecho francés, debiendo por ello hacerse uso del recurso jurídico menos gravoso para los particulares (*ex* artículo 4.1 LRJSP)[1901].

La aplicación del test de legalidad expuesto no debe entenderse como una abstracción inoperante. El casuismo y la generalidad de los parámetros están justificados precisamente por no encontrarse recogidas las medidas en la Ley con

[1901] La utilización de un reglamento ante una situación de necesidad es, por ello, algo más excepcional que lo que pudiera ser la emisión de un acto administrativo. En este sentido, NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles…* (*cit*.), págs. 170-171, subraya que la emisión de estas normas implica «una ampliación de las facultades de la Administración» (*élargissement des pouvoirs de l'Administration*) ante la situación excepcional.

carácter enumerativo[1902]. Además, como ha podido apreciarse, la fiscalización realizada por los órganos jurisdiccionales del reglamento de necesidad estará presidida por el principio de proporcionalidad. Su incumplimiento a la luz del mentado test de legalidad podrá suponer su nulidad (artículo 47.2 LPAC), con las consecuencias derivadas de tal régimen de invalidez.

En definitiva, el control jurisdiccional por el orden de lo contencioso-administrativo aparece como fundamental. Es imperativo que los ciudadanos dispongan de instrumentos procesales verdaderamente útiles y eficientes, para así evitar innecesarios abusos. Del mismo modo, los órganos jurisdiccionales deberán analizar minuciosamente si se cumplen las exigencias constitucionales y legales del reglamento de necesidad impugnado, especialmente a la luz del principio de proporcionalidad. Sólo cumpliendo ambos extremos podrán entenderse satisfechas las exigencias de nuestro Estado de Derecho y los «fines esenciales» de nuestra Justicia administrativa: «proveer a la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos y llevar a cabo el control de las Administraciones públicas, asegurando la sujeción de éstas al imperio de la Ley» (STC 140/2016, FJ 3).

2.- El resarcimiento económico: la ocupación temporal y la responsabilidad patrimonial de la Administración

Hace ya algunas décadas subrayó el Prof. García de Enterría que la integridad patrimonial de los particulares frente a la acción pública se garantiza a través de dos institutos netamente diferenciados: la expropiación y la responsabilidad[1903]. Estas dos realidades pueden entreverse también en el dictado y aplicación de un reglamento de necesidad: el particular puede solicitar la restitución por el daño sufrido mediante la oportuna iniciación del expediente de ocupación temporal previsto ante situaciones de necesidad (requisa civil) o, en su caso, incoando una acción de responsabilidad[1904].

[1902] Recordemos que estamos ante cláusulas generales. El Tribunal Supremo –en relación con una de estas cláusulas generales de necesidad, la prevista en el artículo 3 LOMESP– ha recordado que «no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad» (STS 719/2021, de 24 de mayo, FD 4º).

[1903] García de Enterría, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1ª ed., Editorial Civitas S. A., Madrid, 1984 (reedición de la edición de 1956), págs. 174 y ss.,

[1904] García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa* (*cit.*), págs. 90 y ss., y 174, nota 201, destaca la cercanía entre esta requisa –entendida como «expropiación de necesidad»– y

En lo que concierne a la ocupación temporal, es fácil imaginar una situación en la que el particular se vea privado de sus bienes y derechos mientras dure la situación extraordinaria, llamada a ser confrontada por el reglamento de necesidad o por sus actos de aplicación. El artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF), se erige como precepto plenamente aplicable en tal eventualidad, indicando que:

«Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas»[1905].

En estos supuestos de requisas (civiles) de bienes o derechos como consecuencia del dictado o aplicación de un reglamento de necesidad, el particular tendrá derecho a solicitar indemnización de acuerdo con el indicado precepto, siendo tal intervención meramente «coyuntural» o «temporal»[1906]. No obstante, la jurisprudencia en este punto ha sido un tanto desigual. Aunque suele admitir la vigencia del artículo 120 LEF –y la

el régimen de responsabilidad patrimonial, habida cuenta que en ambos supuestos la indemnización se produce *a posteriori* del daño. Pese a ello, subraya, la requisa, aun temporal, «sigue siendo, no obstante, expropiación, porque consiste esencialmente en un despojo directo e inmediato, realizado mediante negocio jurídico dirigido a este efecto».

[1905] El precepto parece reiterarse en el artículo 7 bis.3 de la LSNPC que dispone que: «Cuando la naturaleza de las emergencias lo haga necesario, las autoridades competentes en materia de protección civil podrán proceder a la requisa temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención u ocupación transitoria de los que sean necesarios y, en su caso, a la suspensión de actividades. Quienes como consecuencia de estas actuaciones sufran perjuicios en sus bienes y servicios, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». El Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, preveía en el Capítulo II del Título IV –bajo la rúbrica de «Indemnización por otros daños»– algunas precisiones sobre su régimen jurídico, si bien la disposición derogatoria única del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, terminó por derogarlo.

[1906] Sobre estas requisas civiles, *vid*., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa* (*cit*.), págs. 90 y ss.; COLLADO ESCRIBANO, P., «Ocupación temporal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106, enero-abril 1986, págs. 94-95. La figura presenta unos mimbres muy distintos a los que se plantean respecto de otras ocupaciones temporales: su fundamento radica no en la previa declaración de utilidad pública o interés social, sino en la situación de necesidad (apreciada por la autoridad competente); los bienes quedan en una situación de disponibilidad general, de acuerdo con la situación extraordinaria; el particular es quien ha de iniciar el expediente expropiatorio; la expropiación puede realizarse sin las formalidades ordinarias exigidas por la Ley; y, por último, la indemnización o justiprecio se produce con carácter *ex post* y no *ex ante*.

posibilidad de incoar por el particular el expediente expropiatorio– ante situaciones extraordinarias[1907], lo cierto es que algunos reglamentos de necesidad dictados al amparo del artículo 58 TRLA han tratado de excluir el «carácter expropiatorio» de las medidas en ellas contenidos, cuestión que ha sido, en ocasiones, secundada también por la jurisprudencia[1908].

Ahora bien, el hecho de que un reglamento de necesidad establezca medidas temporales o coyunturales sobre los bienes no debería ser óbice para excluir ese «carácter expropiatorio», sino –precisamente– para reconducirlo a la institución concreta de la ocupación temporal en estado de necesidad que expresamente prevé el artículo 120 LEF[1909], siempre y cuando se den los requisitos del instituto expropiatorio exigidos por la Ley y estemos ante una «privación singular» (*taking*) de la propiedad o de los derechos o intereses patrimoniales, y no ante su mera delimitación (*regulation*)[1910]. Afirmar –con carácter general– el carácter «no expropiatorio» de las actuaciones implicaría una abierta vulneración de la garantía patrimonial ante la acción

[1907] La STS de 18 de octubre de 1983 confirma la legalidad de la actuación del entonces Gobernador Civil de Santa Cruz de Tenerife, por la cual procedió a las requisas temporales de las aguas necesarias para el abastecimiento público de distintos términos municipales como consecuencia de una sequía y con fundamento en el artículo 120 LEF. En sentido similar, la STS de 12 de mayo de 1992, admite una ocupación temporal de ciertas instalaciones y bienes para garantizar el suministro de agua a unas urbanizaciones, incoada a través de un acuerdo del Pleno municipal y por cuestiones de orden público y de interés general. La STS de 25 de abril de 1997 entiende como requisa temporal civil por cuestiones de necesidad la prohibición de explotación de una concesión sobre viveros flotantes de mejillones como consecuencia del hundimiento de un buque mercante y el vertido al mar de bidones de insecticida. La STSJ de Baleares 233/1995, de 2 de marzo, especialmente en su FD 3º, reconoce la adecuación a Derecho de una requisa de instalaciones y maquinaria destinadas al abastecimiento de agua potable de varias urbanizaciones privadas incoada por el Alcalde y con fundamento en un acuerdo del Pleno, indicando que procede la iniciación del expediente por los afectados, de conformidad con el artículo 120 LEF. Por su parte, la STSJ de Galicia 824/2003, de 13 de noviembre, FD 3º, admite la legalidad de una requisa parcial de una concesión administrativa –*ex* artículo 120 LEF– para la construcción y explotación de un muelle portuario por cuestiones de seguridad pública.

[1908] La STS de 12 de julio de 1993, FD 3º, recuerda que «las medidas que adopta [el reglamento de necesidad], por su carácter señalado de excepcionalidad y temporalidad, no pueden considerarse expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos»; tildando a estas actuaciones de «medida temporal», que subsistirá «solamente mientras dure la situación de grave emergencia, sin afectar al derecho de propiedad que pueda corresponder a la actora según los títulos que ostente». Esta posición, que configura las medidas como meras limitaciones de uso, que definen el contenido de la propiedad privada y que, en congruencia, no son indemnizables, se reitera posteriormente por el Tribunal Supremo (*vid*., entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 2001, de 20 de octubre de 2003, de 2 de noviembre de 2004, o de 15 de diciembre de 2008). Sobre el tema, MARINA JALVO, *op. cit.*, págs. 128 y ss.

[1909] De hecho, el apartado segundo del artículo 58 TRLA –que habilita para dictar estos reglamentos de necesidad– indica claramente que: «La aprobación de dichas medidas llevará implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos y estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación».

[1910] La «cláusula general» del artículo 1 de la LEF exige la «privación singular» –de carácter temporal, en este caso– de la propiedad o de derechos o intereses de contenido patrimonial (bien mueble, inmueble, derecho real, concesión administrativa, etc.), por causa de utilidad o interés social y acordada imperativamente.

pública; acción que, por mucho que se desarrolle en un contexto extraordinario, no puede obviar los derechos patrimoniales de los particulares. Cosa distinta es que deban, en su caso, ponderar los intereses en juego a la hora de confeccionar el montante indemnizatorio[1911].

Una segunda vía por la que puede exigirse resarcimiento económico por el dictado o aplicación de reglamentos de necesidad es, claro está, el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. El fundamento se encuentra en el artículo 106.2 de la Constitución, complementándose a su vez por las disposiciones de la LRJSP (artículos 32 y ss.), así como, en lo procedimental, por lo contenido en la LPAC[1912]. Los mentados preceptos se aplican –con carácter general– a toda situación de responsabilidad administrativa, incluido el ejercicio de la potestad reglamentaria, así como respecto de los actos administrativos dictados con base o fundamento en tales reglamentos, incluidos los de necesidad.

Ahora bien, la exigencia de responsabilidad por hecho de las normas reglamentarias presenta una serie de particularidades[1913]. En este sentido, la responsabilidad patrimonial derivada de la emisión de normas reglamentarias puede producirse en tres situaciones: como consecuencia de la aplicación de normas reglamentarias perfectamente válidas y no anuladas; por la anulación de normas reglamentarias; y, en fin, como consecuencia de la inactividad de la potestad reglamentaria[1914]. El daño o perjuicio puede venir dado por muy distintas acciones

[1911] GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 93-94, señala con acierto que la *causa expropiandi* en estos casos es el mantenimiento de la seguridad o el orden público, siendo beneficiarios de la expropiación (requisa; ocupación temporal) un conjunto de personas o entidades que no solicitaron la expropiación (los particulares que se ven afectados por la catástrofe que la requisa pretende confrontar). De ahí que sea preciso realizar un «reparto de la carga indemnizatoria que pondere cuidadosamente los distintos intereses en juego (…) dado que en una u otra cuantía hay también un inmediato beneficio común, visible elementalmente en el beneficio de la seguridad de las personas, y aún más generalmente del orden público, entendido en su acepción clásica del 'buen estado de las cosas que a todos interesan' (*guter Stand des Gemeinwesens*)».

[1912] En general, sobre la responsabilidad patrimonial, es imprescindible GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 17ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2022, págs. 379-465.

[1913] Sobre el tema, *vid*., ALCOBA ARCE, J. M.ª, «Capítulo I. Teoría General de la Responsabilidad Patrimonial o Extracontractual», en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.), *Manual de Responsabilidad Pública*, 1ª ed., Aranzadi, Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Pamplona, 2010, págs. 243-275.

[1914] La anulación del reglamento no implica, necesariamente, responsabilidad administrativa, sino que ésta se deriva –como se ha expuesto– del cumplimiento de los requisitos generales de responsabilidad previstos en normativa vigente, como recuerda el artículo 32.1.2º LRJSP. La jurisprudencia, no obstante, sí que ha reconocido en ocasiones la indemnización a los particulares tras la anulación de normas reglamentarias (*vid*., SSTS de 21 de octubre de 1986; de 15 de octubre de 1990, entre otras)

públicas exigidas ante una situación extraordinaria: desde el establecimiento injustificado de prestaciones personales de hacer (*v. gr*., la obligación de participar activamente en la lucha contra una catástrofe natural cuando ello no fuese necesario) o de no hacer (exigencia de no salir del domicilio), pasando por la lesión en bienes y derechos con fundamento directo en el reglamento de necesidad (el cierre injustificado de establecimientos o negocios; un cierre perimetral) o consecuencia de su aplicación (accidentes causados por vehículos públicos en su actuación dirigida a hacer frente a la calamidad o catástrofe), hasta un largo etcétera.

Sin embargo, para que tales situaciones den lugar a responsabilidad es preciso que se cumpla el concepto constitucional y legal de «lesión»: el perjuicio ha de ser efectivo, concreto, antijurídico, individualizado e imputable a la Administración pública, de acuerdo con las exigencias previstas en las Leyes. A tal efecto, téngase en cuenta que el carácter coyuntural del reglamento de necesidad y su posterior desaparición del ordenamiento jurídico no es bastante para desestimar una acción de responsabilidad contra tal norma: el hecho de que el reglamento pierda su vigencia no altera la naturaleza del daño o lesión producida en su momento, no siendo posible esgrimir la doctrina de la «pérdida sobrevenida del objeto» para tratar de orillarla[1915]. Esbozados estos principios generales, se ha de advertir que el casuismo material de las situaciones en las que la autoridad competente puede ser llamada a dictar reglamentos de necesidad –unido a las distintas posibilidades de actuación y de contenido de aquéllos– podría hacer inabarcable el análisis que aquí se pretende. No obstante, es posible advertir diversos escenarios que, con carácter sintético, pueden reconducirse a cuatro.

Un primero en el que, ante una situación extraordinaria, la autoridad competente –pudiendo actuar– decide no intervenir o, en su caso, hacerlo con carácter notoriamente insuficiente. Esta omisión –a la luz de los artículos 9.1, 10.1 y 53.1 de la Constitución– puede configurarse como culposa, habida cuenta de la obligación de los poderes públicos de actuar ante situaciones en las cuales peligren personas y bienes[1916]. Si de ello se genera un perjuicio –y se cumplen los requisitos exigidos por la LRJSP y por la LPAC– ello dará lugar a responsabilidad patrimonial. En otras palabras, estaremos ante

[1915] *Vid*., entre otras muchas, la STS de 2 de junio de 1997, FD 2º, en cuanto recuerda que el proceso conserva su objeto pese a «haber desaparecido del ordenamiento jurídico la norma impugnada».
[1916] Al efecto, *vid*. el punto II.1 del presente capítulo.

un funcionamiento «anormal» de la Administración, dado que ésta debía haber actuado y no lo hizo. La ausencia de actuación puede entenderse –en estos casos– como antijurídica y, por lo tanto –siempre que concurran el resto de exigencias legales– generar responsabilidad administrativa (*culpa in omittendo*). Si así lo ha afirmado el Tribunal Supremo respecto de situaciones ordinarias[1917], con más motivo habrá de entenderse aplicable tal doctrina jurisprudencial para el caso de las extraordinarias[1918].

Un segundo escenario lo encontraríamos en aquellos supuestos en los que la autoridad competente habilitada por la cláusula general para actuar –dictando reglamentos de necesidad– decide intervenir, mediante una actuación conforme a Derecho, cumpliendo los requisitos y límites exigidos por la Constitución y la cláusula general de conformidad con la situación extraordinaria, bien por haberse manifestado efectivamente el riesgo, bien por constatarse en un momento posterior la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas ante el peligro que estaba por venir. En tales situaciones resultaría discutible que la Administración deba indemnizar, dado que, aunque el daño pueda entenderse como una lesión efectiva, individualizada, imputable a la Administración y evaluable económicamente, lo cierto es que más difícilmente cumplirá el requisito de la antijuridicidad. El artículo 34.1 LRJSP recuerda que no serán indemnizables aquellos daños que el particular tenga el «deber jurídico de soportar», así como tampoco los derivados «de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos». Dada la situación excepcional, parece que la Administración goza de un título jurídico válido para actuar frente a fenómenos –por regla general– marcadamente imprevisibles.

Ahora bien, algunos autores –inspirándose en preceptos como los artículos 120 LEF, 7 bis.3 LSNPC o 7.2 LOPSC[1919]– parecen defender una potencial responsabilidad

[1917] Especialmente, en materia de desarrollo y ejecución de Leyes a través de normas reglamentarias (por ejemplo, STS de 11 de mayo de 2000, recurso 170/1996).

[1918] *Vid*., la STS de 16 de diciembre de 1997, FD 2º (sentencia reiterada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia), que subraya que para que el daño sea antijurídico, basta con que el riesgo «haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social».

[1919] El artículo 7.2 LOPSC destaca que: «Las autoridades y órganos competentes y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán recabar de los particulares su ayuda y colaboración en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines previstos en esta Ley, especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos. Quienes sufran daños y perjuicios por estas causas serán indemnizados de acuerdo con las leyes». Los dos preceptos restantes han sido transcritos *supra*.

patrimonial de la Administración incluso en estos casos[1920]. Sin embargo, la jurisprudencia parte –por lo general– de la posición contraria: si el daño no es antijurídico, no hay lugar a lesión y, en congruencia, tampoco habrá responsabilidad patrimonial[1921]. Lo mismo se advierte de la normativa vigente respecto de las prestaciones personales obligatorias derivadas de una situación excepcional[1922].

No obstante, la reglamentación extraordinaria por la que se ven afectados los particulares –no perturbadores– como consecuencia del despliegue de un reglamento de necesidad no responde a una situación en la que el «deber jurídico de soportar» se manifieste en su vertiente ordinaria. De ahí que, pese a que estemos ante una actuación perfectamente conforme a Derecho, sea discutible que –en todo caso– los particulares tengan el deber jurídico de soportarla[1923], precisamente porque –como recuerda la STS 469/2018, de 21 de marzo, FD 4º– «el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, *atendiendo a la naturaleza y alcance de la*

[1920] TOLIVAR ALAS, voz «Prestaciones personales (*cit.*)», págs. 348-349, sostiene que al igual que el artículo 3.2 de la LOAES prevé que los «daños o perjuicios por actos que no les sean imputables» producidos bajo los estados excepcionales serán indemnizables, también lo deberán ser las lesiones producidas en el marco de la protección civil y, por extensión, de las demás prestaciones, deberes, etc., exigibles con motivo de situación extraordinaria. En un sentido similar, REBOLLO PUIG, «Lección 1: la actividad administrativa de limitación (*cit.*)», págs. 35-36, defiende que, en aquellas situaciones de necesidad en las que la Administración actúa realizando injerencias en la esfera de quien no es perturbador, los límites que se impongan sí podrán ser indemnizados, ejemplificándolo con –además de los indicados preceptos– el artículo 3.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en cuanto reconoce la «justa indemnización», «cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos».

[1921] La STS de 16 de septiembre de 2011, FD 3º, así como las demás que allí se citan, se pronuncia sobre ciertas actuaciones dictadas con fundamento en la cláusula general presente en el artículo 26 LGS –relativas a la inmovilización de la comercialización de determinados productos alimenticios por riesgo para la salud– sosteniendo que no podían entenderse como indemnizables, precisamente por no ser antijurídicas.

[1922] El artículo 7 bis.2 de la LSNPC recuerda que: «En los casos de emergencia, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes en materia de protección civil, *sin derecho a indemnización* por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan». La cursiva es mía.

[1923] En este sentido, *vid*., la STS de 19 de diciembre de 1991, FD 5º, que –tras admitir la *legalidad* de un acto dictado por el Alcalde con fundamento en la cláusula general de la LRBRL para hacer frente a una situación en la que podía producirse una falta total de agua para el consumo humano en la barriada contigua– entiende que existe «una responsabilidad administrativa del Ayuntamiento que da lugar a su obligación de indemnizar daños y perjuicios», dado que «aunque el acto no fuese nulo de pleno derecho, no cabe duda de que en este supuesto estamos ante funcionamiento anormal de los servicios públicos o, más bien de la actuación administrativa, funcionamiento del que se ha derivado un perjuicio o lesión en los bienes y derechos de los particulares».

actividad administrativa causante»[1924]. Parece por ello que, en tales supuestos, no sea posible dar una solución general en abstracto, sino que la existencia de «lesión» responderá a criterios casuísticos habida cuenta del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (por todas, STC 112/2018, FJ 5)[1925].

Para finalizar con el examen de este segundo supuesto, se ha de advertir que, distinta de la responsabilidad administrativa por el dictado de reglamentos de necesidad acordes a Derecho, se encuentra el hecho de que pueda admitirse la presencia de algún género de compensación respecto de aquellas personas que hayan sufrido la calamidad y, en su caso, la lesión derivada de su emisión o aplicación (no siendo imputable a los particulares la perturbación o situación de extraordinaria que se trata de contener). Sin embargo, tal compensación escapa de la noción tradicional de responsabilidad administrativa y, en coherencia, respondería a otras inclinaciones o justificaciones de carácter extrajurídico[1926].

En tercer punto, es fácil imaginar un contexto en el que, ante una inmediata materialización de un riesgo que aún no ha llegado a producirse, la autoridad competente dicte un reglamento de necesidad para hacerle frente, sin llegar tales indicios de riesgo a confirmarse en un momento ulterior. En tal supuesto, el reglamento de necesidad habría producido daños en la esfera patrimonial de los afectados por una intervención que, en un momento posterior, ha terminado por mostrarse del todo

[1924] La cursiva es mía. La sentencia –así como las demás resoluciones a las que alude– se refiere a la distinción entre potestades regladas y discrecionales, entendiendo que, en el caso de estas últimas, «[s]i la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión»; doctrina que, se insiste, parece plenamente aplicable en supuestos ordinarios, habiendo de ser casuística en supuestos excepcionales.

[1925] Una crítica a esta jurisprudencia constitucional puede verse en MIR PUIGPELAT, O., «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 213, septiembre-diciembre 2020, págs. 29-47. *Vid*., también la bibliografía relativa a la doctrina del «margen de tolerancia» citada *infra*.

[1926] Es común en nuestro ordenamiento jurídico presenciar este tipo de resarcimientos por parte de los poderes públicos, como técnica de garantía compensatoria, así en relación con las víctimas del terrorismo (*v. gr*., Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, así como Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo). En casos de calamidades o catástrofes, las medidas suelen ser de carácter muy variado en favor de los afectados –subvenciones, reducciones fiscales, etc.– (*vid*., a título ejemplificativo, las contenidas en el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad). Ahora bien, como recuerda MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., *Temas de responsabilidad*, 1ª ed., Escuela de Práctica Jurídica – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, págs. 110 y ss., este tipo de medidas responden a un fundamento distinto al de la responsabilidad.

innecesaria[1927]. Por ello, *a priori*, parece razonable entender que, si la autoridad competente adoptó las medidas de acuerdo con la situación prevista y éstas resultaban, ante tal situación, proporcionales y adecuadas de acuerdo con la información disponible en ese momento, no pueda hablarse de actuación ilegítima[1928].

Ahora bien, ello no significa excluir toda posibilidad de responsabilidad patrimonial[1929]. Estos daños podrían configurarse –en algún supuesto– como «lesión» en el sentido jurídico técnico: no parece posible afirmar categóricamente que el particular tenga el deber de soportar todas y cada una de las injerencias realizadas por la Administración, por muy razonadas y razonables que pudieran ser en el momento de ser incoadas[1930]. Una afirmación tal terminaría por reducir prácticamente a la nada los

[1927] Pensemos, por ejemplo, en la intervención o destrucción de productos alimentarios por entenderse que podrían estar contaminados, en el cierre preventivo de empresas y negocios o la obligación de reclusión en el domicilio ante una posible eventualidad climática o industrial, etc.

[1928] La STS de 19 de diciembre de 1991, FD 4º, entendió que no cabe apreciar nulidad respecto de las actuaciones de necesidad de un Alcalde cuando «la autoridad municipal entendía, certera o erróneamente, que existía un grave riesgo de infortunio público como era el de que se produjese la falta total de agua para el consumo humano en la barriada contigua». Desde otro prisma, la STS de 5 de diciembre de 2001, en su FD 2º recuerda que para que pueda darse indemnización se exige que se hubiera «procedido de tal forma de manera conscientemente torticera, o al menos con grave negligencia», en relación la actuación de un Alcalde que procedió al desalojo de un camping por una inundación.

[1929] En este sentido, REBOLLO PUIG, «La discrecionalidad administrativa en la defensa del consumidor (*cit*.)», pág. 50, defiende –respecto de la cláusula general del artículo 15 TRLGDCU– que «estas medidas pueden adoptarse ante indicios sólidos de peligro para la salud y seguridad, aunque no haya datos definitivos, indicios que es la Administración la que ha de valorar. Es posible que investigaciones posteriores desmientan esos indicios; pero eso no supone necesariamente que la Administración actuara de forma ilegal. Cosa distinta es que, incluso reconociendo que la Administración actuó correctamente, si después los indicios no se confirman, deba indemnizar al empresario que sufrió los daños pues pudiera aceptarse aquí una responsabilidad administrativa por funcionamiento normal de los servicios públicos. La jurisprudencia, sin embargo, ha sido muy restrictiva en cuanto a esta responsabilidad de la Administración». Pese a ello, se recuerda que la indicada STS de 19 de diciembre de 1991, FD 4º, afirmó que resultaba indemnizable una actuación de necesidad –conforme a Derecho– incoada por un Alcalde.

[1930] No parece que pueda excluirse la responsabilidad por muy razonables y razonadas que sean las medidas, especialmente cuando se hayan declarado ilegales. Sobre el tema, *vid*., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, enero-abril 2018, págs. 221-237, así como «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», en *Revista de Administración Pública*, núm. 217, enero-abril 2022, págs. 191-208, quien se muestra en contra de la doctrina del margen de tolerancia. *Cfr*., con DOMÉNECH PASCUAL, G., «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 219, septiembre-diciembre 2022, págs. 59-106, quien se pronuncia a favor. En el caso que nos ocupa, el reglamento de necesidad se dicta bajo unos parámetros y unas exigencias –tanto formales como materiales– mucho más reducidas que otro tipo de actuaciones administrativas, dado el concreto contexto de excepcionalidad al que pretenden hacer frente y la perentoriedad de su emisión. De ahí que una omisión o vulneración de tales requisitos que dé lugar a la ilegalidad del reglamento no pueda interpretarse de acuerdo con esa noción del «margen de tolerancia», orillando todo tipo de resarcimiento indemnizatorio. Si las exigencias previstas para la activación de las cláusulas generales de necesidad –especialmente, en el plano formal– son más reducidas las que se precisan ante situaciones ordinarias, justo parece entender que el, en su caso, margen de tolerancia a la ilegalidad que el afectado haya de soportar sea también menor.

contrapesos frente a este tipo de normas, especialmente si tenemos en cuenta que su control jurisdiccional –al menos como está configurado hoy día– puede resultar menos eficaz, dada su intervención, por lo general, posterior a la pérdida de vigencia de la intervención administrativa[1931]. Idénticos razonamientos son extensibles a los actos administrativos dictados con fundamento en tales reglamentos de necesidad[1932].

Como cuarto y último escenario encontraríamos aquella situación extraordinaria en la que la autoridad competente interviene dictando un reglamento de necesidad para confrontarla que resulta del todo ilegal, bien por haberse dictado de forma tardía, bien por ser la actuación materialmente contraria a Derecho, generando –en ambos supuestos– un perjuicio al particular susceptible claramente de ser considerado como «lesión»[1933]. En este supuesto rigen las reglas ordinarias de la responsabilidad patrimonial previstas en la LPAC y la LRJSP. En cualquier caso, el examen de los elementos que han de concurrir para que haya lugar a responsabilidad en el caso de los reglamentos de necesidad presenta alguna particularidad adicional. Por un lado, porque en el caso de las normas reglamentarias se habrá de justificar la singularidad del daño[1934]. Y, por otro, porque para que haya lesión la actividad normativa ha de ser la «desencadenante directa de la hipotética lesión alegada» (STS de 21 de octubre de

[1931] Como ha podido advertirse en el epígrafe anterior, las garantías jurisdiccionales frente a este tipo de actuaciones son netamente mejorables. Ante un control jurisdiccional menor, resulta imprescindible una mayor garantía patrimonial. Limitar esta última por medio de la doctrina del margen de tolerancia supondría dejar en una situación de práctica indefensión a los afectados por un reglamento de necesidad ilegal.

[1932] Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ha admitido –en alguna ocasión– que los actos administrativos firmes, dictados al amparo de una norma reglamentaria posteriormente declarada ilegal, «hacen estéril la acción de reclamación patrimonial ejercitada al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley» (STS 3340/2005, de 24 de mayo, FD 5º), con fundamento en el artículo 73 LJCA. Esta doctrina jurisprudencial ha sido criticada por DOMÉNECH PASCUAL, G., «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2022, págs. 177 y ss.

[1933] La actuación contraria a Derecho puede venir dada por el incumplimiento de los requisitos precisados en la cláusula general; hecho que puede dar lugar a responsabilidad patrimonial. Al efecto, *vid*., la STS de 6 octubre 1998, FFDD 5º y 6º, en relación con la cláusula general presente en la normativa de aguas (hoy, artículo 58 TRLA).

[1934] La STS de 31 de octubre de 1992, FD 6º, ya destacó que «el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público». En este sentido, la STS de 4 de julio de 1998, FD 3º, indica también que «los perjuicios generales derivados del ejercicio de la potestad reglamentaria, al constituir cargas sociales o colectivas que los ciudadanos están obligados a soportar, no generarían indemnización alguna, siempre, por supuesto, que los perjuicios ocasionados por el ejercicio de tal potestad no se circunscribiesen exclusivamente a personas individuales, ya que en este último caso no se estaría, ante una carga colectiva o social sino ante unas cargas concretas e individualizadas».

1991; o, más recientemente, STS 836/2022, de 23 de junio), esto es, ha de existir un daño derivado directamente del dictado de ese reglamento de necesidad y no de la situación catastrófica en sí[1935].

A ello se ha de añadir que algunos reglamentos de necesidad –singularmente, dictados con fundamento en el artículo 58 TRLA– proclamaron el carácter «no indemnizable» de las medidas en ellos contenidas, por entender que estamos ante una mera delimitación del derecho y no ante una injerencia[1936]; proclamación que, por fortuna, parece haber sido abandonada en otros más recientes[1937]. En efecto, una norma no puede proclamar –con carácter general– que las medidas en ella contenidas no son indemnizables. El carácter indemnizable –o no– dependerá, en su caso, del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales[1938].

En definitiva, la garantía patrimonial aparece como el último resorte del ordenamiento jurídico para amortiguar un poder tan exorbitante como el dictado de reglamentos de necesidad. El aseguramiento de la esfera patrimonial de los particulares frente a aquellas actuaciones del poder público realizadas ante situaciones excepcionales aparece como un contrapeso fundamental frente a tal potestad; contrapeso que se torna especialmente importante en tanto en cuanto siga sin abordarse la indispensable reforma de los medios de impugnación de las actuaciones de necesidad en vía jurisdiccional. Una reforma –recordemos– que permita dotar a los particulares de una garantía judicial efectiva, en tiempo y forma, frente a tales injerencias.

[1935] La STS de 5 de diciembre de 2001, FD 1º, deja entrever que habría derecho a indemnización cuando los daños fueran consecuencia de la actuación del Alcalde, al destacar que «no ha quedado acreditado que los mismos [los daños] fuesen consecuencia del cierre decretado, sino del hecho de las inundaciones sufridas, que constituye un supuesto de fuerza mayor».

[1936] Por ejemplo, el Real Decreto 233/2008, de 15 de febrero, por el que se adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en la cuenca hidrográfica del río Ebro, prevé en su artículo 7 que: «De conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.2, primer inciso, y 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, las limitaciones en el uso del dominio público hidráulico no tendrán carácter indemnizable, salvo que se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros; en tal caso, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización y corresponderá al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía».

[1937] *Vid*., a título ejemplificativo, los Reales Decretos 355 y 356/2015, de 8 de mayo, o el Real Decreto 684/2017, de 30 de junio.

[1938] La remisión que algunos de estos reglamentos de necesidad realizaban al artículo 55.2 TRLA tampoco resulta convincente. El precepto establece que el organismo de cuenca «[c]on carácter temporal, podrá también condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía». Es decir, en ningún momento está excluyendo la aplicación del instituto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

VI.- EPÍLOGO

La noción de «estado de necesidad», ampliamente extendida –y regulada– en países de nuestro entorno (Italia, Alemania), se encuentra únicamente prevista en nuestro Derecho en el ordenamiento criminal (artículo 20.5º del Código Penal). Su traslación al Derecho administrativo y constitucional responde a un proceso de decantación histórica en el que, paulatinamente, se irá transitando de un modelo de actuación pública de carácter *contra legem* –sin autorización en precepto positivo alguno– hacia otro de habilitaciones generales. En ambos casos la fundamentación es idéntica: la exigencia de dictar las «medidas necesarias» ante una situación imprevisible y perentoria en la cual la comunidad se ve amenazada y las previsiones del Derecho ordinario son insuficientes.

En este marco se mueve el reglamento de necesidad. Su origen en las Monarquías constitucionales germánicas del siglo XIX (*Notverordnungen*) y su posterior embridaje en tales cláusulas generales en Italia (*ordinanze di necessità*) o España (reglamentos de necesidad), pretende conciliar esa situación de marcada indefensión jurídica en la que se encuentran los poderes públicos ante un contexto excepcional en el que las personas y los bienes se encuentran bajo amenaza, con el respeto a la primacía y superioridad de la Ley; modelo que –desde luego– resulta más adecuado que el conformado en Francia, donde la recepción de la doctrina germánica se tradujo en la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales, como justificación del dictado de actos y reglamentos *contra legem* (*règlements de nécessité*).

La reconducción de la teoría del estado de necesidad en nuestro país a la figura del reglamento de necesidad ha planteado no pocas dudas en la literatura jurídica, como es natural. Su confusión en la doctrina con los más variados instrumentos de Derecho de necesidad (estados excepcionales, actos y reglamentos dictados en ejecución de éstos, etc.), ha ensombrecido –más si cabe– la posibilidad de edificar una construcción teórica útil y sólida en torno a esta figura. Por su parte, su configuración como una norma –«reglamento»– dictada con fundamento en una mera cláusula general de necesidad plantea aún diversos interrogantes respecto del marco regulatorio interino que se despliega ante la situación extraordinaria. Algunos de ellos han sido abordados a lo largo del último capítulo que integra este trabajo. No obstante, compete a la literatura jurídica, a la jurisprudencia y, en su caso, al legislador –siendo un buen ejemplo el caso

del *potere di ordinanza* italiano– terminar de perfilar los mimbres de estas normas de cariz excepcional.

Este mandato a la comunidad jurídica resulta indispensable. Hace cerca de doscientos años que DONOSO CORTÉS estableció su conocida analogía entre el milagro, como fenómeno excepcional de la naturaleza, y la excepción, como manifestación anómala del Derecho[1939]. Sin embargo, la Historia reciente ha demostrado que, pese a los avances tecnológicos y la indiscutible mejora en la calidad de vida, la excepción –ya perenne en tiempos pretéritos– parece haber llegado para quedarse. La Humanidad no sólo no está exenta de riesgos, sino que éstos serán cada vez más comunes e inciertos. El inexorable avance de la globalización y de la sociedad digital plantea amenazas no únicamente imprevisibles, sino, directamente, inimaginables, que se extienden a los distintos niveles territoriales –estatal, autonómico y local–; entidades todas ellas que gozan de autonomía y reclaman, por ello, de instrumentos de necesidad sólidos para poder afrontarlas.

En este contexto el Derecho deberá conciliar ambas esferas, que se tornan en mandatos a la actuación pública: respeto a la legalidad y exigencia de intervención ante situaciones imprevistas. El despliegue enérgico de la primacía del interés general sobre el formalismo de las competencias, los procedimientos y la legalidad de la actuación pública, debe hacerse coexistir con el respeto a la Constitución y a las Leyes en las situaciones de necesidad. El reconocimiento positivo de la excepción y de un amplio margen de actuación en favor de la autoridad competente es indispensable a fin de configurar –legal y jurisprudencialmente– sus límites y controles oportunos. El reglamento de necesidad, en definitiva, se erige como un «milagro jurídico» de entraña normativa con pleno reconocimiento legal. Su construcción dogmática está por ello llamada a jugar un papel fundamental en la conformación del equilibrio entre legalidad e imprevisibilidad.

***

[1939] DONOSO CORTÉS, «Discurso sobre la dictadura (*cit.*)», especialmente págs. 308 y ss.

CONCLUSIONES

Primera. El reglamento de necesidad aparece como un concepto difuso en el Derecho público español, no existiendo unanimidad respecto de la institución a la que alude tal expresión ni, por tanto, en lo que concierne a su régimen jurídico aplicable. Pese a ello, aparece en la práctica totalidad de los manuales y tratados de Derecho administrativo –así como en algunos de Derecho constitucional– y, en ocasiones, en la jurisprudencia, a menudo formando parte de la clasificación de los reglamentos por su relación con la Ley: reglamentos ejecutivos (*secundum legem*), reglamentos independientes (*praeter legem*) y reglamentos de necesidad (*contra legem*).

Esta configuración actual del reglamento de necesidad no resulta útil y genera inseguridad jurídica, tanto respecto de los operadores llamados a hacer uso de estos instrumentos, como de los particulares que hayan de soportarlos. Impide, además, avanzar en la delimitación de las instituciones de Derecho de necesidad y en la distinción entre unas y otras figuras, trabando el perfeccionamiento doctrinal y jurisprudencial de todas ellas. En aras de comprenderla, resulta fundamental atender a las respuestas dadas por el Derecho comparado a esta institución, optándose por los ordenamientos alemán, francés e italiano por su indiscutible influjo en la formación de nuestro Derecho público, así como en nuestro pensar jurídico.

Segunda. La expresión de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*) proviene del Derecho alemán, consolidándose con motivo de las habilitaciones –de cláusula general– presentes en las Constituciones del siglo XIX en favor de los Monarcas germánicos para dictar las «medidas necesarias» ante situaciones extraordinarias. Tales actuaciones aparecían como una formalización del Derecho de necesidad estatal (*Staatsnotrecht*) y su encaje se explica desde la perspectiva del principio monárquico y la especial relación entre la Ley y el reglamento presente en tales sistemas constitucionales (de carácter competencial y no jerárquico).

Con la Constitución de Weimar de 1919 se produce un cambio de mentalidad en el Derecho alemán: se transita hacia el principio parlamentario y hacia una posición de primacía de la Ley respecto del reglamento. Sin embargo, se mantiene la habilitación general en favor del Presidente del *Reich* en el artículo 48.2 de la Constitución, autorizándole para dictar las «medidas necesarias», hecho que provocó que se discutiese si estábamos ante «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*) en sentido

tradicional. No obstante, la doctrina de la época entenderá que, más bien, nos encontramos ante «reglamentos que representan a las Leyes» (*gesetzesvertretende Verordnungen*), habida cuenta de que podían ser dictados en situaciones en los que el Parlamento estaba reunido y, además, ostentaban ya indiscutible rango de Ley. Se equiparaban así a los Decretos leyes latinos.

La Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) de 1949 altera la configuración del sistema jurídico anterior. Bajo tal texto, sólo es posible dictar reglamentos a través de una previa habilitación legal (artículo 80 GG) y, además, se abandona el sistema de cláusula general ante situaciones de necesidad –las «medidas necesarias»– de la tradición constitucional germana, adoptándose el sistema de Derecho de excepción a través del reconocimiento de estados excepcionales en el propio texto constitucional. Esta situación provoca que termine por recurrirse al Derecho de prevención de peligros (*Gefahrenabwehrrecht*) para confrontar situaciones de emergencia, como pudo verse durante la crisis de la COVID-19. De acuerdo con este acervo, es posible dictar medidas estándar recogidas por la Ley, así como otras amparadas en una cláusula general (*Generalklausel*); previsión que habilita a la autoridad administrativa competente a dictar «las medidas necesarias».

Puede así entreverse una marcada herencia de tradición germánica. Y es que en todas estas habilitaciones –desde las presentes en los textos constitucionales decimonónicos, pasando por la incluida en el art. 48.2 de la Constitución de Weimar, hasta las *Generalklauseln* del Derecho de prevención de peligros–, pese a sus obvias diferencias, subyace la misma pretensión: reconocer una cláusula de salvaguarda ante situaciones imprevistas.

Tercera. La expresión «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*) se populariza en otros sistemas jurídicos distintos del alemán a partir del siglo XX. En Francia, se alude por algunos autores del primer tercio de siglo a los «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*) y a las «ordenanzas de necesidad» (*ordonnances de nécessité*) abandonándose tales expresiones desde el último tercio del siglo pasado y hasta la actualidad. En Italia, parte de la doctrina hablará de «ordenanzas de necesidad» (*ordinanze di necessità*) para integrar diferentes figuras jurídicas (desde bandos militares, hasta la declaración del estado de sitio o guerra, pasando por Decretos leyes), aunque posteriormente se configurarán como institución autónoma. En España esta

confusión presente en Italia en esos primeros años se perpetuará hasta nuestros días. Por último, algunos países de tradición germánica –Austria; Suiza; Liechtenstein– siguen utilizando en la actualidad la expresión «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*) para aludir a sus Decretos leyes; posición que parece haber sido seguida por otros países hispanoamericanos (*v. gr*., Argentina).

Cuarta. La recepción de las expresiones de «reglamentos de necesidad» (*règlements de nécessité*) y de «ordenanzas de necesidad» (*ordonnances de nécessité*) en Francia se produce en el primer tercio del siglo XX, para aludir a los Decretos *contra legem* dictados por las autoridades en el seno de la doctrina jurisprudencial de los poderes de guerra; doctrina que terminará por extenderse en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés hacia la teoría de las circunstancias excepcionales. Tras la Constitución francesa de 1958 la expresión se mantiene por algunos autores para aludir al producto normativo de tales actuaciones contrarias a la Ley, pero fundamentadas en la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales (*règlements de nécessité*) así como en relación con la habilitación –claramente inspirada en el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar– prevista en favor del Presidente de la República en el artículo 16 del texto constitucional (*ordonnances de nécessité*). No obstante, las expresiones terminan por abandonarse en la literatura jurídica francesa posterior, seguramente por la preferencia de ésta al recurso de sus instituciones propias frente a las de un país extranjero y, singularmente, a aquellas de raíz germánica.

En cualquier caso, la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales habilita a las autoridades competentes para dictar las «medidas necesarias» ante situaciones excepcionales sin habilitación constitucional o legal alguna, esto es, con un carácter genuinamente *contra legem*.

Quinta. La confusión conceptual relativa a la «ordenanza de necesidad» (*ordinanza di necessità*) en Italia será superada en el nuevo marco constitucional surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Será GIANNINI quien –en un artículo de 1948– realice una distinción categorial entre esta figura y las demás de Derecho de necesidad (declaración del estado de guerra; Decretos leyes; etc.), afirmando que la ordenanza de necesidad se erige como la expresión del «poder de ordenanza» (*potere di ordinanza*), esto es, la habilitación prevista en las Leyes en favor de la autoridad competente para dictar las «medidas necesarias» ante una situación extraordinaria. Esta tesis fue asumida por la

doctrina y la jurisprudencia, gozando hoy las ordenanzas de necesidad de un régimen pleno y depurado como institución autónoma y con absoluto reconocimiento por el Derecho positivo y la Corte Constitucional italiana, como el producto de distintas cláusulas generales reconocidas en distintas Leyes italianas.

Sexta. Las actuaciones dictadas con fundamento en las cláusulas generales del Derecho de prevención de peligros alemán coinciden –cuando se activen ante situaciones de necesidad– con las ordenanzas de necesidad italianas y, en el caso de que gocen de carácter normativo, con los reglamentos de necesidad españoles. En todos estos casos tales instituciones pretenden conciliar la imprevisibilidad de la situación excepcional con el principio de legalidad, esto es, con un revestimiento legal que autorice para dictar las «medidas necesarias» a través del sistema de «cláusula general». El caso francés, aunque netamente diferenciado, lleva al mismo resultado: el reconocimiento jurisprudencial de la teoría de las circunstancias excepcionales habilita a las autoridades competentes para dictar las «medidas necesarias» incluso cuando éstas sean contrarias a la Ley. Su carácter *contra legem* queda dulcificado por un sólido acervo jurisprudencial que termina por delimitar los requisitos y exigencias para la emisión de tales «medidas», así como para concretar su control, en una dinámica que –a la postre– termina por asemejarse a los precitados sistemas de cláusulas generales.

No parece posible, en definitiva, obviar la necesidad de establecer un sistema –legal, jurisprudencial– para hacer frente situaciones imprevistas y extraordinarias: en ausencia de previsión legal la autoridad competente se verá obligada a actuar.

Séptima. La recepción del reglamento de necesidad en España responde a una serie de presupuestos históricos. A lo largo del siglo XIX se dictarán múltiples actuaciones sin sustrato legal alguno ante situaciones de crisis o extraordinarias por las autoridades competentes. Ello se debió a la presencia de un Derecho de excepción –expresado a través de estados excepcionales y suspensión de derechos– conectado a la noción tradicional de «orden público» y no tanto a los infortunios no provocados por la mano del hombre, así como a la ausencia de previsiones de crisis concretas en la normativa de seguridad pública. Los reglamentos dictados ante situaciones de necesidad y genuinamente *contra legem* fueron así moneda común durante todo el periodo decimonónico indicado.

Octava. La consolidación del Derecho administrativo en España desde principios del siglo XX llevará aparejado una mayor sistematicidad de esta rama del ordenamiento, recogiéndose, para ello, las doctrinas de los distintos autores extranjeros. En el año 1900, A. ROYO VILLANOVA, publica sus *Principios de Derecho Administrativo*, en los que recoge –a través de una traducción al italiano de BRUNIALTI de 1897– la doctrina de los tres tipos de reglamentos por su relación con la Ley formulada por Lorenz VON STEIN en 1865, incluyéndose la categoría del «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*). Esta última figura permitía dar una explicación lógica a los reglamentos ilegales dictados ante situaciones de crisis durante el siglo XIX en España, al tiempo que la clasificación advertida gozaba de un importante poder nemotécnico para su enseñanza en las Facultades de Derecho. La trilogía de reglamentos tuvo éxito en la doctrina española, siendo recogido en la mayoría de los tratados y manuales de la época.

Novena. Durante el siglo XX la doctrina del reglamento de necesidad evoluciona de forma confusa en la literatura jurídica de la época de Primo de Rivera, de la Segunda República o del Franquismo, sirviendo como paraguas conceptual para aludir a distintas instituciones de Derecho de necesidad: entre otras, declaraciones de estados excepcionales, bandos militares, o, singularmente, Decretos leyes. Sólo en el tardofranquismo comienza a desgajarse esta institución de las anteriores, especialmente desde la Moción sobre la consulta elevada al Consejo de Estado de los reglamentos ejecutivos de las Leyes, de 22 de mayo de 1969, en la que se distinguirían los «reglamentos de necesidad» de otras categorías afines, tales como las disposiciones con fuerza de Ley y, especialmente, de los Decretos leyes; distinción en la que ahondaría posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1974. En este mismo año E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ publicarían la primera edición de su *Curso de Derecho Administrativo*, en el que se recogería la clasificación de VON STEIN así como –con carácter perfilado– la figura del reglamento de necesidad, sentando las bases para su recepción por los juristas posconstitucionales.

Décima. La promulgación de la Constitución de 1978 supondrá el reconocimiento, por un lado, de la primacía de la Ley, y, por otro, implicará la asunción del Derecho de excepción –concretado en los estados de alarma, excepción y sitio– como modelo del Derecho de necesidad; sistema que coexistirá con las previsiones presentes en el

Derecho ordinario para confrontar otras situaciones extraordinarias –por lo común– no producidas por el hombre (catástrofes naturales, etc.).

En este contexto opera el reglamento de necesidad, siendo recogido por la doctrina y por la jurisprudencia desde dos perspectivas. Por la literatura jurídica: como un cajón de sastre del Derecho de necesidad, incluyéndose aquí distintos instrumentos, que van desde la declaración de los estados excepcionales o sus actuaciones de ejecución, hasta –entre otros– las cláusulas generales de necesidad previstas en la normativa de seguridad pública (reglamento de necesidad *lato sensu*). Y por la jurisprudencia: como el producto normativo de las indicadas cláusulas generales de necesidad, concretamente en relación con el artículo 58 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, el artículo 3 de Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o, en fin, el artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, esto es, como reglamento de necesidad *stricto sensu*.

Undécima. El reglamento de necesidad se configura en el ordenamiento jurídico español como el producto normativo de una cláusula general de necesidad recogida en una norma de rango suficiente. Esta concepción implica que es la cláusula general –dentro de las múltiples previstas en nuestro ordenamiento– la que atribuye a la autoridad competente la potestad para actuar ante la situación de necesidad; potestad que incluye, claro está, la de cariz reglamentario. La potestad reglamentaria se adjudica aquí por el principio de atribución, en un sentido similar al que se realiza en favor de las Autoridades Administrativas Independientes (*ex* art. 129.4 *in fine* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC). Es esta misma cláusula general la que determina el entero régimen jurídico aplicable, rigiéndose las exigencias procedimentales y los distintos requisitos por lo dispuesto en ella –en coherencia con la disposición adicional primera de la LPAC– y por lo previsto en la Constitución, así como, en su caso, en el Derecho de la Unión Europea.

Decimosegunda. La naturaleza de «medida necesaria» de cariz normativo del reglamento de necesidad obliga a distinguirlo de otras «medidas» dictadas al amparo de una cláusula general, rigiendo aquí la tesis ordinamentalista: el reglamento de necesidad se inserta en el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, aunque quedando

ésta supeditada a la situación excepcional que le dio vida. Este carácter temporal o coyuntural no impide su configuración como norma: el reglamento de necesidad establece un estatuto jurídico transitorio o interino para hacer frente a la situación extraordinaria. Su inserción en el ordenamiento jurídico, pues, queda supeditada a la pervivencia del presupuesto habilitante contenido en la cláusula general.

Esta configuración del reglamento de necesidad permite además distinguirlo de figuras afines, tales como los Decretos leyes, las declaraciones y prórrogas de estados excepcionales, las disposiciones dictadas en ejecución o desarrollo de tales estados, las «medidas» a las que se refiere la coerción estatal del artículo 155 de la Constitución o, en fin, las medidas estándar previstas en la normativa de seguridad pública y que, con carácter general, suelen complementar a los reglamentos de necesidad. Todas estas figuras presentan un régimen jurídico netamente diferenciado del reglamento de necesidad y, por ello, debe trazarse una línea divisoria entre unas y otras a fin de perfilar las distintas instituciones de Derecho de necesidad.

Decimotercera. El reglamento de necesidad no sólo encuentra su fundamento en la Constitución de 1978 en el artículo 30.4, en cuanto prevé que mediante Ley «podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública», sino también en otros preceptos, como los artículos 31.3, 53.1, 97 o 103.1. Este reconocimiento se manifiesta en sus dos funciones fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico: servir de remedio normativo para cubrir situaciones coyunturales, extraordinarias e imprevistas no reguladas por la Ley de forma pormenorizada; y actuar –junto con las medidas estándar– de Derecho de necesidad de las entidades territoriales infraestatales.

Decimocuarta. Los reglamentos de necesidad no pueden adjetivarse como *contra legem*. Este tipo de normas aparecen como el producto de una habilitación presente en una Ley, por lo que, en ningún caso, pueden entenderse como contrarias a aquélla. La función del reglamento de necesidad es, más bien, de complemento o de auxilio de la Ley, teniendo por objeto llegar allí donde aquélla no alcanza por no poder preverlo todo ante situaciones extraordinarias. Esta función dota de una singularidad a este tipo de reglamentos, que los permite distinguir claramente de otros como el reglamento ejecutivo, destinado a desarrollar o ejecutar una Ley.

Esta particular relación con la Ley no supone vulneración o quiebra de las reservas de Ley constitucionalmente consagradas. No implica «suspensión» o «excepción» de la Ley, ni tampoco «deslegalización» de materias: es la propia Ley la que prevé tal reconocimiento y, además, la normación o regulación que instaura tiene carácter caduco. Precisamente por ello el reglamento de necesidad puede establecer una cierta modulación –temporal– de las reservas de Ley, afectándolas de modo puntual o coyuntural mientras dure la situación extraordinaria, cuando ello fuese preciso. La habilitación para poder realizar tal afección se prevé en la Ley, con carácter genérico, pero no ilimitado, por motivos técnicos o de optimización de resultados y ante la imposibilidad de que la Ley lo prevea todo al regular la actuación pública ante situaciones extraordinarias y marcadamente interinas.

Decimoquinta. Los reglamentos de necesidad, para ser válidos, han de respetar las previsiones establecidas en la Constitución, dado que ésta resulta directamente aplicable al operador jurídico llamado a activarla. La Constitución española –por imperio de su artículo 9, apartados 1 y 3– exige una debida justificación de la emisión de los reglamentos de necesidad, que habrá de plasmarse en la motivación, garantizándose así la seguridad jurídica. Lo mismo puede decirse respecto de la publicación, que aparece como una exigencia del artículo 9.3 del texto constitucional, así como de criterios lógicos: las nuevas tecnologías permiten una publicación prácticamente inmediata en los boletines oficiales (electrónicos), al tiempo que de la doctrina del Tribunal Constitucional se entrevé esta exigencia para con los reglamentos de necesidad.

Del texto constitucional se extrae también la obligación de respetar –y proteger– los derechos fundamentales, de ahí que la afección a los mismos a través del dictado de reglamentos de necesidad haya de ser marcadamente coyuntural. Esta afección supone una delimitación del derecho –dado que estamos ante una norma– de la que emanan limitaciones a través de su aplicación concreta. La actuación reglamentaria debe ser siempre proporcionada y temporal, no presentando límites en este punto *a priori* siempre que se cumplan estos dos elementos. En efecto, la afección puede ser muy «intensa» –incidiendo en el derecho hasta el punto de excepcionar *pro tempore* su contenido esencial sin implicar una suspensión– y muy «extensa» –afectando a una pluralidad indeterminada de personas– siempre que sea «puntual», como exige la jurisprudencia constitucional. El parámetro de control ha de ser, en definitiva, la *durabilidad* de la medida: si se pretende incidir sobre el contenido esencial del derecho

con carácter no puntual, se debe recurrir a los estados de excepción y sitio, y, en fin, si se busca afectar al derecho con carácter sostenido en el tiempo, será necesario preverlo en una Ley –ordinaria u orgánica, según los casos– a través de una medida estándar. La cláusula general –y sus reglamentos de necesidad– tienen una funcionalidad muy distinta de otras instituciones de Derecho de necesidad, de ahí que puedan realizar estas injerencias puntuales o coyunturales en los derechos. Los únicos límites absolutos en relación con ellos se encuentran recogidos en la propia Carta Magna como «reservas constitucionales»: la suspensión de derechos –de carácter no puntual– (*ex* artículo 55.1) y el recurso a la jurisdicción militar (*ex* artículo 117.5).

Decimosexta. Los reglamentos de necesidad han de respetar las exigencias previstas en la cláusula general de necesidad. La cláusula general prevé requisitos concretos que necesariamente han de ser cumplidos, así relativos al órgano competente para actuar y otros específicos procedimentales, cuya vulneración lleva aparejada la nulidad del reglamento de necesidad. Sin embargo, sería conveniente actualizar la normativa vigente en este punto: previendo una expresa alusión a que su procedimiento de elaboración se regirá por lo dispuesto en la cláusula habilitante, exigiendo la plasmación por escrito la justificación de las medidas adoptadas o, incluso, admitiendo la posibilidad de que los trámites procedimentales expresamente indicados por la normativa propia reguladora de las disposiciones a dictar ante situaciones de necesidad puedan realizarse *a posteriori*, cuando no sea viable por cuestiones de urgencia su realización *ex ante* y siempre y cuando ello se encuentre en congruencia con el principio de proporcionalidad.

De la cláusula general se deriva también la obligación de respetar el cumplimiento del presupuesto habilitante en su activación, siendo las nomenclaturas variadas al efecto. Su vulneración lleva aparejada la nulidad por vulneración de la jerarquía normativa (su previsión legal) e implicar desviación de poder (artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. También serán nulos aquellos reglamentos de necesidad dictados cumpliéndose el presupuesto habilitante pero que nada tengan que ver con la situación de emergencia o que sean claramente desproporcionados.

El reglamento de necesidad debe estar acotado en el tiempo y dictarse únicamente para estatuir la regulación aplicable en una situación excepcional respecto de la que nada hay

previsto en el ordenamiento. Si excede de esa temporalidad o establece «modificaciones estables de la realidad» será nulos. Su duración, así, será determinada o determinable: es determinable cuando ésta pueda extraerse de la situación de hecho y cesando automáticamente su vigencia; es determinada cuando se prevé expresamente en su letra –normalmente en una disposición final– indicando cuándo finalizará, deviniendo automáticamente nulo si sigue desplegando efectos fuera de tal lapso temporal.

Decimoséptima. El respeto al Derecho de la Unión Europea aparece como un requisito de validez del reglamento de necesidad, consecuencia del principio de primacía. En ocasiones, es el propio acervo europeo el que prevé tales cláusulas generales en su normativa con eficacia directa, no planteando en tales casos problemas de colisión (ej., seguridad alimentaria). En otras, sin embargo, no existe tal previsión, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que las actuaciones con fundamento en una cláusula general puedan alterar principios europeos como la libertad de establecimiento; posición que parece compartirse por alguna jurisprudencia italiana respecto de sus ordenanzas de necesidad (bajo su eficacia de *derogare*). El debate, en esencia, termina por reconducirse a la coexistencia entre principio de supremacía constitucional y principio de primacía europeo.

Ahora bien, podría hacerse coexistir el principio de primacía europeo con los reglamentos de necesidad bajo el principio de cautela, también de cariz europeo. Las actuaciones de necesidad podrían justificarse en este último, afirmándose que el dictado de este tipo de normas excepcionales responde a su aplicación, no contrariándose entonces –o, al menos, no frontalmente– el precitado acervo europeo.

Decimoctava. Los reglamentos de necesidad han de estar sujetos a un control total y absoluto, debiendo ser el órgano fiscalizador por excelencia el Poder Judicial y, especialmente, la jurisdicción contencioso-administrativa. Dada la potencia de esta figura, así como su temporalidad, parece preciso reformar la normativa procesal, creando un recurso jurisdiccional *ad hoc* que permita impugnar los reglamentos de necesidad en tiempo y forma y evite juzgarlos cuando hayan desaparecido del ordenamiento jurídico, cohonestando esta realidad con la imprescindible vigencia del reglamento de necesidad ante situaciones reales de crisis.

Decimonovena. El dictado y aplicación de los reglamentos de necesidad exige una garantía de carácter patrimonial, que se manifiesta en las requisas civiles de carácter

temporal de la normativa de expropiación forzosa y en la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. La garantía patrimonial se erige como indispensable para el particular que pueda resultar afectado por una potestad tan exorbitante, habida cuenta –especialmente– de que la vigencia del reglamento de necesidad se despliega contra él sin haber sido perturbador de la acción. Es preciso delimitar el régimen de responsabilidad patrimonial ante situaciones de necesidad, a fin de evitar abusos por parte de los poderes públicos; abusos que, recordemos, carecen de un contrapeso jurisdiccional efectivo: ante la ausencia de correctos recursos judiciales, la responsabilidad patrimonial se erige como un importante correctivo.

Vigésima. Las cláusulas generales de necesidad permiten conciliar dos mandatos al poder público: el respeto de la legalidad y la actuación ante situaciones imprevisibles. La paulatina reclusión de los estados de necesidad hacia este tipo de cláusulas con reconocimiento legal en España y en los distintos países de nuestro entorno (Alemania, Italia) contrasta con las actuaciones *contra legem* que aún se siguen admitiendo jurisprudencialmente en otros (Francia), resultando más adecuado al funcionamiento del Estado de Derecho el primer modelo. Esta realidad, unida a la imprevisibilidad de los nuevos riesgos –tecnológicos, industriales, climáticos, etc.– que están por llegar, hace indispensable el estudio de tales cláusulas generales y de sus productos normativos –los reglamentos de necesidad– a fin de perfilar un régimen jurídico que dote a los operadores jurídicos de mayor certeza en su correcta utilización, así como de mejores garantías a los afectados, con el objeto de concretar y perfilar sus límites y controles oportunos. La construcción dogmática del reglamento de necesidad aparece como un elemento imprescindible en el citado equilibrio.

***

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G., *Stato di eccezione*, 1ª ed., Bollati Boringhieri, Turín, 2003.

AGIRREAZKUENAGA, I., *La coacción administrativa directa*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1990.

– «La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a locales a inspeccionar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 69, enero/marzo 1991.

AGUDO GONZÁLEZ, J., «Las funciones de los órganos judiciales a debate. Cuando circunstancias extraordinarias –la pandemia de la covid-19– amenazan lo permanente –la separación de poderes–», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.126, septiembre-diciembre 2022.

ALBANESI, E., y ZACCARIA, R., «Le 'fonti' dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile», en *Amministrare*, núm. 2, agosto 2010.

ALCALÁ-ZAMORA, N., *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

ALCARAZ, H., «El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?, en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

ALCOBA ARCE, J. M.ª, «Capítulo I. Teoría General de la Responsabilidad Patrimonial o Extracontractual», en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.), *Manual de Responsabilidad Pública*, 1ª ed., Aranzadi, Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Pamplona, 2010.

ALEXY, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011.

ALMEIDA CERREDA, M., «Capítulo 4. Historia de la Ciencia del Derecho Administrativo en España», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, DOMÉNECH PASCUAL, G., y ARROYO JIMÉNEZ, L. (Coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

ALONSO GARCÍA, R., «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «El poder de coerción del art. 155 como función del Estado total. Algunas consideraciones sobre su aplicación al desafío secesionista de Cataluña», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., y PUNSET BLANCO (Coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

– «La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019.

– «Los poderes excepcionales del Presidente del Reich. El art. 48.2 de la Constitución de Weimar en el debate académico», en CASQUETE, J., y TAJADURA, J. (Coords.), *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2020.

– «El artículo 155 de la Constitución como garantía de cumplimiento por sustitución. Presupuestos conceptuales, teóricos y jurídicos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

– «Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (I): Las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

– «Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (II): El Derecho Constitucional de excepción y las autoridades militares», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019.

– «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

– «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021.

– «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias», en *Diario del Derecho*, 10 de enero de 2022.

– «Propuestas para la reordenación del Derecho destinado a hacer frente a las grandes pandemias en nuestro país», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 101-102, noviembre-diciembre 2022.

– «Una historia jurídica de la lucha frente a la pandemia de la COVID-19», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., y ARIAS APARICIO, F., «La incidencia del Derecho de necesidad en el procedimiento administrativo: la alteración de las reglas procedimentales por motivos de necesidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, mayo 2020.

– «El procedimiento administrativo ante las situaciones excepcionales», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., y ARIAS APARICIO, F., y HERNÁNDEZ DÍEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2020.

ÁLVAREZ GENDÍN, S., *Teoría general de las fuentes de Derecho. Consideración especial de las de Derecho Público*, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1925.

– *Manual de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Librería General (Biblioteca de Iniciación Jurídica), Madrid-Aragón, 1941.

– *Tratado General de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Bosch-Casa Editorial, Barcelona, 1958.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, 1ª ed., Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ALZAGA VILLAAMIL, Ó., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, Tomo I, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

ANSCHÜTZ, G., *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, 2ª ed., Akademische verlagsbuchhandlung von J. B. C. Mohr, Tubinga, 1901.

– *Die Verfassung des Deutschen Reichs von 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14ª ed., Georg Stilke, Berlín, 1933.

ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930.

– *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932.

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2016.

– «Epílogo», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, F. D. (Dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

ARAGUÀS GALCERÀ, I., «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

ARNDT, A., *Das Verordnungsrecht des Deutschen Reichs auf der Grundlage des Preussischen und unter Berücksichtigung des fremdländischen Verordnungsrecht*, 1ª ed., De Gruyter, Berlín, 1884.

– «Wann verstösst der Inhalt einer Notverordnung gegen die preussische Verfassungs-Urkunde?», en *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 4, 1889.

– «Noch Einiges über das selbständige Verordnungsrecht», en *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 16, 1901.

ARNOLD, R., «Pandemia y Constitución: la experiencia de Alemania», en *Revista catalana de dret públic*, número extra 3, 2020.

ARROYO GIL, A. y CARRANZA, G. G., «La coerción federal en Alemania y sus precedentes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021.

ARTOLA, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

BACKENKÖHLER CASAJÚS, C. J., «Trasplante jurídico», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019.

BÄCKER, M., DENNINGER, E., y GRAULICH, K. (Coords.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2018.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Capítulo VIII. Las fuentes reglamentarias», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.

– *Fuentes del Derecho*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2022.

BALES, S., BAUMANN, H.-G., y SCHNITZLER, N., *Infektionsschutzgesetz: Kommentar und Vorschriftensammlung*, 3ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2020.

BALLBÉ, M., voz «Derecho Administrativo», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, 1ª ed., Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950.

– *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 1ª ed., Alianza Universidad, Barcelona, 1983.

BAÑO LEÓN, J. M.ª, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991.

– Voz «Reglamento de necesidad», en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2005.

– «Estudio Preliminar: Carl Schmitt: la autoridad del poder», en *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

– «Artículo 97: la potestad reglamentaria», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo II, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

– «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209, 2020.

BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, 1ª ed., Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988.

– «Injerencias policiales en derechos fundamentales y habilitación legal», en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA Á. M., DESCALZO GONZÁLEZ, A., (Coords.), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tomo II, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BARCZAK, T., «Die 'Stunde der Exekutiv'», en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 4, 2020.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., «La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La Justicia administrativa en el Derecho comparado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

– «El principio de proporcionalidad: estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

– «La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19», en *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.

– «La alarma *vs*. Legislación ordinaria contra pandemias en perspectiva comparada», en VV. AA., *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

BARRERO ORTEGA, A., «La legislación excepcional», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

BARTHÉLEMY, J., «Le droit public en temps de guerre. Notes de droit public», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1915.

– «Le droit public en temps de guerre. Notes de droit public», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1916.

– «Le droit public en temps de guerre. Notes de droit public», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1917.

BARTHÉLEMY, J., y DUEZ, P., *Traité de Droit Constitutionnel*, 9ª ed., Dalloz, París, 1933.

BARTOLOMEI, F., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1979.

– Voz «Ordinanza», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1980.

BEAUD, O., y GUÉRIN-BARGUES, C., *L'état d'urgence. Un étude constitutionnelle historique et critique*, 2ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2018.

BELADÍEZ ROJO, M., «La vinculación de la Administración al Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000.

BENEDETTI, A., y FOULON, C. L., *L'ordre républicain dans les circonstances exceptionnelles*, 1ª ed., Económica, Paris, 2015.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Vol. I, 13ª ed., Civitas, Pamplona, 2019.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2007.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Calidad de la Ley: razonabilidad, arbitrariedad y control», en BAÑO LEÓN, J. M.ª. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, 1ª ed., Tomo II, CEPC, Madrid, 2016.

BIGLINO CAMPOS, P., «La primacía del Derecho Comunitario: la perspectiva española», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007.

BIN, R., «Il sistema delle fonti. Un'introduzione», en VV.AA., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, 1ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 2009.

BIRAT, M.-P, *La théorie des circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence du Conseil d'État,* Poitiers, 1950 (Tesis).

BISCHOF, H., *Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung*, 1860.

BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo,* Vol. I, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BLASCO DÍAZ, J. L., *Ordenanza municipal y Ley*, 1ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2001.

BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in ausßer gewönhlichen Lagen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 38, 1978.

– «Rechsstaat und Ausnahmerecht. Eine Erwiderung», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 11, núm. 4, 1980.

BOIX PALOP, A., «Impacto sobre la normalidad competencial de las situaciones excepcionales. Centralización y coordinación extraordinarias frente a la intensificación de las técnicas cooperativas y de colaboración», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

BOQUERA OLIVER, J. M.ª, «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales», en *Problemas políticos de la vida local*, 1ª ed., Tomo III, Delegación Nacional de provincias del Movimiento-Instituto de Estudios Castillo de Peñíscola, Madrid, 1963.

BORNHAK, C., *Preussisches Staatsrecht*, Tomo I, 1ª ed., Akademische verlagsbuchhandlung von J. B. C. Mohr, Tubinga, 1889.

BROCCA, M., «Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del sindaco», en *Foro Amm. CDS*, 2011.

– *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, 1ª ed., Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012.

BRUFAO CURIEL, P., «El régimen jurídico de las sequías», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril 2012.

BRYDE, B.-O., «Kommentar zu art. 81», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012.

BÜHLER, O., «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos» (traducción de José ROVIRA ARMENGOL, de 1931), en *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

BURDEAU, G., HAMON, G., y TROPER, M., *Droit Constitutionnel*, 23ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), 1993.

CAMUS, G., *L´état de nécessité en démocratie*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1965.

CANO CAMPOS, T., «El poder normativo local y la crisis de la Ley», en *Documentación Administrativa*, núm. 6, enero-diciembre 2019.

CANO CAMPOS, T., y REBOLLO PUIG, M., «Reserva de ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones»: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de Aguas?, en *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022.

CANO PERUCHA, J. L., «Los bandos penales militares», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36, Fasc. 2, 1983.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, enero-marzo 2021.

CARAVITA, B., «La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali», en *Federalismi.it*, 21 de abril de 2021.

CARBONE, C., voz «Bandi Militari», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. V, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1959.

CARINGELLA, F., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª ed., DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2022.

CARLASSARE, L., «Fonti del diritto (dir. cost.)», in *Enciclopedia del Diritto.*, Annali, Vol. II-2, Giuffrè Francis Lefebvre, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, 1ª ed., Rousseau ed., París, 1887.

– *Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les donnès fournies par le Droit constitutionnel français*, Tomo I, Librairie de la société du Recueil Sirey, París, 1920.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1977.

– *Ley y Administración Pública. Un ensayo de historia dogmática sobre la potestad normativa de la Administración*, 1ª ed., Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, 2012.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., y GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978.

CARRO MARTÍNEZ, A., «Artículo 116: Situaciones de anormalidad constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1998.

CASETTA, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 24 ed., Giuffrè Editore, Milán, 2022.

CASINO RUBIO, M., «La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional. La Ley ¿de qué?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016.

CASQUETE, J., y TAJADURA, J., *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2020.

CASSAGNE, J. C., «Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 73, 1992.

– «Reflexiones sobre el papel del Estado y del Derecho en situaciones de emergencia (a propósito de la COVID-19), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, diciembre 2020-enero 2021.

CASTELLI, L., «Tra 'disporre' e 'provvedere'. I DPCM pandemici al test di normatività», en *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2022.

CAVALLO PERIN, R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1990.

– Voz «Ordinanze (Dir. amm.)», en CASSESE, S. (Dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, 1ª ed., Vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

– Voz «Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1ª ed., Utet Giuridica, Turín, 2010.

CAVINO, M., «La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021», en *Federalismi.it*, 25/2022.

CEPEDA GÓMEZ, J., *Los pronunciamientos en la España del siglo XIX*, 1ª ed., Arco Libros S. L., Madrid, 1999.

CERASE, M., «Ordinanza di urgenza e necessità», en CASSESE, S. (Dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, 1ª ed., Vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

CERULLI IRELLI, V., *Corso di Diritto Amministrativo*, 5ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2001.

– «Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione», en *Diritto pubblico*, núm. 2, 2007.

CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tomo 1, 15ª ed., Montschrestien, París, 2017.

CHARITÉ, M., «La théorie des 'circonstances particulières' dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en *Revue des droits et libertés fondamentaux*, núm. 41, 2020.

CHAVES GARCÍA, J. R., «El Tribunal Constitucional sale al paso del estado de alarma en un recurso de amparo», en su blog *www.delajusticia.com*, el 1 de mayo de 2020.

CHECA GONZÁLEZ, C., «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145, 2010.

CHIEPPA, R., y GIOVAGNOLI, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2022.

CHINCHILLA MARÍN, C., «La ejecución de sentencias en el Derecho Italiano: il giudizio ottemperanza», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, julio-septiembre 1988.

– «El control judicial de las medidas sanitarias restrictivas de derechos adoptadas durante la pandemia», en VV. AA., *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril 2004.

– «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población», en *Derecho y salud*, Vol. 13, núm. 2, julio-diciembre 2005.

– *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, 1ª ed., Editorial Comares, Granada, 2006.

CIERCO SEIRA, C., y SALAMEDO TEIXIDÓ, L., «La protección de la salud pública en contextos de excepción», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

CLAVERO ARÉVALO, M. F., «Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 10, 1953.

COLLADO ESCRIBANO, P., «Ocupación temporal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106, enero-abril 1986.

COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, Tomo I, 4ª ed., Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876.

COLOM PASTOR, B., «Las normas de los planes urbanísticos se deben publicar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 1990.

COMELLAS, J. L., «Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, 1962.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Estado de sitio y tiempos de guerra», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, 1ª ed., Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

CORDERO TORRES, J. M.ª, *El Consejo de Estado, su trayectoria y perspectivas en España*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I*, 34ª ed., Civitas, Pamplona, 2023.

COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.

CRISAFULLI, V., «Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune», en *Giurisprudenza it*., I, 1956.

– «Il 'ritorno' dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*, VI, 1961.

– «Fonti del Diritto: b) Diritto costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto.*, 1ª ed., Vol. XVII, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1968.

– *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 5ª ed., CEDAM, Pádova, 1984.

CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de sitio y la Constitución*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

– «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

– «El nuevo derecho de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981.

– *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1984.

– *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.

– «Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la Ley» en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.

– «Experiencia y jurisprudencia de la coerción estatal (artículo 155 CE)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020.

CUESTA Y MARTÍN, S., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Librería de Manuel Hernández, Salamanca, 1894.

D'AMICO, M., «Legalità (Dir. Costituzionale)», en CASSESE, S. (Dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, 1ª ed., Vol. IV, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

DARCY, G., «Ley y reglamento en la República francesa», en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001.

DEBBASCH, C., y COLIN, C., *Droit Administratif*, 12ª ed., Économica, París, 2018.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, M. A., *El Gobierno por Decreto*, Navaprint, Pamplona, 1997.

– «Revolución de 1868, gobierno por decreto y orígenes de la convalidación parlamentaria de los decretos leyes», en *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Estado de alarma y libertadas: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos», en VV. AA., *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-*

19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

DE LA SIERRA MORÓN, S., *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, 1ª ed., Civitas, 2004.

– «Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020.

DE LA VALLINA VELARDE, V., voz «Ordenanzas locales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, 1ª ed., Tomo XVIII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1986.

DELGADO PIQUERAS, F., «El dominio público hidráulico», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.

DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, L., y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos Fundamentales y Constitución*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1988.

– «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», en *Obras Completas*, 1ª ed., Universidad de Oviedo-CEPC, Oviedo, 2010.

DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., *La reserva de Ley en la transposición de Directivas europeas*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2016.

DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè, Milán, 1970.

DÍEZ DEL CORRAL Y PEDRUZO, L., *El liberalismo doctrinario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 1ª ed., Ariel, Madrid, 1973.

DI GIOVINE, A., *Introduzione allo studio della reserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 1969.

DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2006.

– «Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por decreto-ley», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 198, abril-junio 2019.

– «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021.

– «Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 5, 2022.

– «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2022.

– «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 219, septiembre-diciembre 2022.

DONOSO CORTÉS, J., «Proyecto de ley sobre estados excepcionales presentado a las últimas Cortes por el Ministerio de diciembre», en *Obras Completas de Donoso Cortés*, Tomo I, 1ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, 1970 (publicado en la *Revista de Madrid*, en 1839).

– «Discurso sobre la dictadura», en *Obras Completas de Donoso Cortés*, Tomo II, 1ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, 1970 (pronunciado el 4 de enero de 1849).

DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo I, 3ª ed., Boccard, París, 1927.

– *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo III, 3ª ed., Boccard, París, 1930.

DUVERGER, M., *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1970.

EHMKE, H., «Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 79, 1953.

EIROS BACHILLER, M., «El pasaporte COVID ¿una alternativa a la vacunación obligatoria con más garantías? A raíz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, 2022.

ELLWEIN, T., *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, 1ª ed., Isar Verlag München, Múnich, 1954.

EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, 1ª ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978.

– «Potestad reglamentaria», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991.

– «Ordenanzas y reglamentos municipales», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2011.

– «Elementos para la construcción de una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos», en EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, 1ª ed., Aranzadi, 2018.

EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2018.

EMBID TELLO, A. E., «El principio de precaución», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

ENNUNSCHAT, J., IBLER, M., y EMMERT, B., *Öffentliches Recht in Baden-Württemberg*, 3ª ed., Múnich, 2020.

ENTRENA CUESTA, R., «El recurso contencioso-electoral: Naturaleza y objetivo», en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: Reflexiones sobre el régimen electoral*, 1ª ed., Congreso de los Diputados, 1993.

– *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I/1, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

ERICHSEN, H., y EHLERS, D. (Dirs.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., De Gruyter, Berlín, 2010.

ESMEIN, A., y NÉZARD, H., *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Tomo II, 8ª ed., Recueil Sirey, París, 1928

ESPOSITO, C., voz «Decreto legge», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1962.

ESTEVE PARDO, J., «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», en *Revista Española de Administración Pública*, núm. 119, 2003.

– *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2019.

– «La legislación de régimen local», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

– *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

– «La regulación de los riesgos. Gestionar la incertidumbre», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021.

FAHMY-MEDANY, M. A. Z., *La théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif français et égyptien*, Université de Paris, 1954 (Tesis).

FALCON, G., «La justicia administrativa», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La Justicia administrativa en el Derecho comparado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

FARRÉ TOUS, S., «Los bandos del Alcalde», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 273, enero-abril 1997.

FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R., «Las Cortes españolas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, marzo/abril 1967.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional: problemas de articulación jurídica desde la consideración del principio de primacía del Derecho Comunitario y posibles soluciones», en *Justicia Administrativa*, núm. 50, 2010.

– *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., «El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, Madrid, enero-abril 2015.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Arbitrariedad y discrecionalidad», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1ª ed., Vol. III, Civitas, 1991.

– «El recurso contencioso-electoral», en ARISMENDI, A., y CABALLERO ORTIZ, J., (Coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, 1ª ed., Vol. II, Civitas, Madrid, 2003.

– *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

– *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2016.

– «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, enero-abril 2018.

– «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», en *Revista de Administración Pública*, núm. 217, enero-abril 2022.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Las disposiciones de excepción en la década moderada», en *Revista de Derecho Político*, núm. 205, 1976.

– *El Derecho de excepción en el Derecho constitucional español*, 1ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

– «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

– «La defensa extraordinaria de la República», en *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1981-1982.

– «La jurisdicción militar en la Constitución y en el Código de Justicia Militar», en *Boletín de Información CESEDEN*, núm. 158, 1982.

– «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983.

– *Las Constituciones históricas españolas*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1986.

– «La jurisdicción castrense en Inglaterra, Estados Unidos e Italia», también en *Boletín de Información CESEDEN*, núm. 224, 1992.

– «El recurso contencioso-electoral», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 33, 1994.

– «La suspensión de derechos: artículo 55», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 1ª ed., Tomo IV, EDERSA, 1996.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M., «Artículo 55», en CAZORLA PRIETO, L. M.ª (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo I, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Tomo I, 1ª ed., Tipografía de J. Sánchez, Murcia, 1920.

– *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Tomo I, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1930.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., «La Presidencia de la República (arts. 67-85)», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

FONT I LLOVET, T. (Dir.), *La Carta Municipal de Barcelona i el dret de la ciutat*, 1ª ed., Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 2023.

FORSTHOFF, E., «Über Massnahme-gesetze», en *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1ª ed., Isar Verlag, Múnich, 1955.

– *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4ª ed., Kohlhammer Studienbücher, Múnich, 1972.

FRANKENBERG, G., «Im Ausnahmezustand», en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2017.

FREIXES SANJUÁN, T., «El artículo 155 de la Constitución y su aplicación a Cataluña», en VV. AA., *El artículo 155 de la Constitución (XXIV Jornadas de la Asociación de*

Letrados del Tribunal Constitucional), 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

FREYMUTH, A., «Notverordnung rechtgültig?», en *Berliner Tageblatt*, núm. 356, 31 de julio de 1930.

FRIEDMAN, A., «Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen», en *Kirchenrechtliche Abhandlungen*, núm. 5, 1903.

FUCHS, M., «Berlin, Corona, 'Gesundheitsdiktatur' und 'Legiszid'», en *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 15, 2020.

FUCHS, M.-C., y HEIN, J., «La respuesta de Alemania frente a la pandemia de la COVID-19: El balance delicado entre el positivismo y la obligación estatal de manejo eficiente de la crisis», en ARNALDO ALCUBILLA, E., y CANOSA USERA, R., *El Derecho constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, 1ª ed., Cardenal Cisneros y Wolters Kluwer, 2020.

FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, 1ª ed., CEDECS, Barcelona, 2002.

– «El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017.

– *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (reedición de la obra de 2002).

GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa autónoma local*, 1ª ed., Atelier, Barcelona, 2001.

– *El Reglamento Orgánico Local*, 1ª ed., INAP, Madrid, 2004.

– «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», CEMCI, núm. 8, julio-septiembre, 2010.

– *Primacía europea y Administración Pública. La obligación administrativa de inaplicación*, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

GALATERIA, L., *I provvedimenti Amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1953.

GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 34, enero/abril, 1961.

– *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.

– «Las asignaturas de Derecho político y administrativo. El destino del Derecho Público español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero/diciembre 1983.

– *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

– «La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 a hoy», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999.

GALLEGO ANABITARTE, A., y MENÉNDEZ REXACH, A., «Artículo 97: funciones del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1998.

GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

GÁMEZ MOLL, N., «Principio de precaución, proporcionalidad y evaluación 'ex ante' y 'ex post' de las normas jurídicas. El caso del lobo ibérico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 218, mayo-agosto 2022.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A., «Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103 (septiembre-diciembre), 2015.

GARCÍA ÁLVAREZ, G., *La función constitucional del Consejo de Estado*, 1ª ed., CEDECS, Barcelona, 1996.

– «Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre-diciembre 2006.

GARCÍA CANALES, M., *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, septiembre/diciembre 1959.

– *Apuntes de Derecho Administrativo 1º*, Tomo I, Cátedra del Profesor García de Enterría, Madrid, 1972-1973.

– *Apuntes de Derecho Administrativo 1º*, Tomo II, Cátedra del Profesor García de Enterría, Madrid, 1972-1973.

– «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, 1975.

– *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1ª ed., Editorial Civitas S. A., Madrid, 1984 (reedición de la edición de 1956).

– *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1986 (reimpresión de la edición de 1981).

– *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, 1ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1983.

– «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984.

– *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1999.

– «Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, 2006.

– *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

– *La Administración española*, 7ª ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1975.

– *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 20ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2022.

GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P., *Los reglamentos de las administraciones independientes*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2013.

GARCÍA LABELLA, J., *Derecho Político y Administrativo*, 1ª ed., Editorial Reus S.A., Madrid, 1935.

GARCÍA LOZANO, C. (Dir), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, 1ª ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

GARCÍA MACHO, R., *Reserva de Ley y potestad reglamentar*ia, 1ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1988.

– *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA MAJADO, P., «Libertad de circulación de las personas, Leyes de policía sanitaria y COVID-19», en *Revista de Derecho Político*, núm. 113, enero-abril 2022.

GARCÍA OVIEDO, C., *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Imprenta y Librería de Eulogio de las Heras, Sevilla, 1927.

– *Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1943.

– *Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1948.

GARCÍA OVIEDO, C., MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Imprenta Provincial, Murcia, 1957.

– *Derecho Administrativo*, Vol. I, 7ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1959.

– *Derecho Administrativo*, Vol. I, 8ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1962.

– *Derecho Administrativo*, Vol. I, 9ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1968.

GARCÍA PELAYO, M., «La Constitución estamental», en *Obras Completas*, Tomo III, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

– «La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein», en *Obras Completas*, Tomo III, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

– «Estado y Sociedad», en *Obras Completas*, Tomo III, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GARCÍA ROCA, J., «Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña», en VV. AA., *El artículo 155 de la Constitución (XXIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

GARCÍA RUBIO, F., «El derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 54, octubre 2020.

GARCÍA TORRES, J., «El artículo 155 de la Constitución Española y el principio constitucional de autonomía», en *Organización Territorial del Estado. Comunidades Autónomas*, 1ª ed., Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

– «El artículo 155 paso a paso», en VV. AA., *El artículo 155 de la Constitución (XXIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 2019.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (Pres.), *Cincuentacentenario del Estatuto Municipal. Estudios conmemorativos*, 1ª ed., Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1975.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Vol. 1, Sección de Publicaciones del S.E.U. de Salamanca, Salamanca, 1961.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

GARDINI, S., «Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scentari e nuovi poteri», en *Federalismi.it (Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo)*, núm. 15, 2018, núm. 15, 2018.

GARGIULO, U., *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, 1ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 1954.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 5ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

– «Comentario al art. 103», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

GARRIDO LÓPEZ, C., «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración», *en Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007.

– «El problema de la justiciabilidad de los Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

– *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

GASCÓN HERNÁNDEZ, J., «Problemas actuales del Decreto-ley», en *Revista de Administración Pública*, número 15, septiembre/diciembre 1954.

GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Imprenta Clásica Española, Madrid, 1917.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Imprenta Clásica Española, Madrid, 1929.

– *Introducción al estudio del Derecho Administrativo*, 1ª ed., C. Bermejo Impresor, Madrid, 1933.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 6ª ed., C. Bermejo Impresor, Madrid, 1935.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, C. Bermejo Impresor, 8ª ed., Madrid, 1943.

GASCÓN Y MARÍN, J., CATALÁN LATORRE, A., *Derecho Patrio. Rudimentos de Derecho*, 1ª ed., Tipografía de E. Casañal, Zaragoza, 1908.

GAUDEMET, Y., «Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation délégué», en *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, 1ª ed., Dalloz, París, 2003.

– *Droit administratif*, 22ª ed., Lextenso éditions, París, 2018.

GIANNINI, M. S., «Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria», en *Rass. Amm. Sanità*, 1962.

– *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1981.

– *Diritto Amministrativo*, Vol. II, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 1993.

– «Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni», en *Scritti*, Vol. II: 1939-1948, 1ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2002.

– «Potere di ordinanza e atti necessitati», en *Scritti*, Vol. II: 1939-1948, 1ª ed., Giuffrè Editore Milán, 2002.

– «Le ordinanze dispositive della proprietà privata (art. 7 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E)», en *Scritti*, Vol III: 1949-1954, 1ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2003.

– «Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri di ordinanza», en *Scritti*, Vol. III: 1949-1954, 1º ed., Giuffrè Editore, Milán, 2003.

GICQUEL, J., y GICQUEL, J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 29ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2015.

GÓMEZ-ACEBO SANTOS, R., «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos leyes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 6, septiembre/diciembre de 1951.

GÓMEZ DEL ÁLAMO, R., en la presentación al libro colectivo MONTIEL MOLINA, M. (Coord.), *Presencia histórica del fuego en el territorio*, 1ª ed., Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2013.

GÓMEZ ORFANEL, G., *Normalidad y excepción en el pensamiento de Carl Schmitt*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

– «La coerción federal en el Derecho comparado», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, septiembre-diciembre 2005.

– «Las medidas y la aplicación del artículo 155 CE a Cataluña», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Orden Público*, 1ª ed., Publicaciones Abella, Madrid, 1971.

– «El recurso contencioso-electoral», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 12, 1977.

GONZÁLEZ-BERENGER URRUTIA, J. L., «Algunos problemas que plantea el artículo 117 de la Ley de Régimen Local», en *Revista de estudios de la vida local*, núm. 128, marzo-abril 1963.

GÖTZ, V., y GEIS, M.-E., *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht: ein Studienbuch*, 17ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2021.

GRASSO, P. D., voz «Necessità (dir. pubbl.)», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXVII, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1977.

GRAU, R., *Die Diktaturgewalt der Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des art. 48 Reichsverfassung*, 1ª ed., Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1922.

– «Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga,1932.

– «Die Diktaturgewalt der Landesregierungen», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932.

GRUNDHEWER, N., «Ausgewählte Probleme der bundesrechtlichen Regelung der wasserpolizeilichen Generalklausel des § Abs. 1 Satz 2 WHG», en *Natur und Recht*, Vol. 35, núm. 5, mayo 2013.

GÜENECHEA, J. N., *Ensayo de Derecho Administrativo,* Tomo I, 1ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1910.

– *Ensayo de Derecho Administrativo,* Tomo I, 2ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1915.

GUILLÉN NAVARRO, N. A., «Los Bandos de Alcaldía en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, enero-marzo 2021.

GUSY, C., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2017.

– «Grundrechte unter Quarantäne?», en en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 2., 2020.

HAENEL, A., *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, 2ª ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968 (reimpresión de la 1ª ed. de 1888).

HANSEL, H., *Die Notverordnung nach deutschem Staatrechte*, 1ª ed., A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), Leipzig, 1904.

HÄNTZSCHEL, K., «Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Artikles 48 der Reichsverfassung», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, V, enero 1926.

HASIBA, G. D., *Das Notverordnungsrecht in Österreich (1848-1947)*, Verlag des Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Viena, 1985.

HATSCHEK, J., «Der Ursprung der Notverordnung», en *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, núm. 27, 1900.

HAURIOU, M., «Pleins pouvoirs du gouvernement pendant la guerre et droit à la communication du dossier. Note sous Conseil d'Etat, 28 juin 1918, Heyriès, S. 1922.3.49», en *Revue générale du droit on line*, núm. 15499, 2015, (consultable en: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15499).

– *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Librairie du Recueil Sirey, París, 1929.

HECKEL, J., «Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand: mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 61, núm. 3, 1932.

HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., México, 1975 (traducción de la obra de 1820).

HEINIG, M., KINGREEN, T., LEPSIUS, O., MÖLLERS, C., VOLKMANN, U., y WIßMANN, H., «Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise», en *Juristen Zeitung*, núm. 18, 2020.

– «Why Constitution Matters – La ciencia del Derecho constitucional ante la crisis del Coronavirus», en DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (Trad.), *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021.

HELLER, H., «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. IV: *Das Recht der freien Meinungsäusserung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1928.

HERBÓN COSTAS, J. J., «La gestión de las crisis en el marco de la Ley de Seguridad Nacional. La pandemia por COVID-19 y la necesidad de una urgente reforma», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 121, 2021.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *Las mutaciones del principio de legalidad administrativa (bases constitucionales y dogmáticas del Derecho administrativo)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2023.

HEUN, W., «El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX», en *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, Universidad de Oviedo, nº 2, 2000.

– *The Constitution of Germany*, 1ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2011.

HINTZE, O., «Das monarchise Prinzip und die konstitutionelle Verfassung», en *Staat und Verfassung*, 2ª ed., Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1962. (reimpresión del original publicado en 1911).

HOERNI, H., *De l'état de nécessité en droit public federal suisse. Etude juridique sur les pleins pouvoirs en Suisse*, 1ª ed., Soc. gén. d'impr., Ginebra, 1917.

HUBER, E. R., *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. I: *Reform und Restauration 1789 bis 1830*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1957.

– *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. II: *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1960.

– *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. III: *Bismarck und das Reich*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1963.

– «Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit», en *Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 1ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1975.

– *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. V: *Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung 1914-1919*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1978.

– *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. VI: *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1ª ed., Kohlhammer, Stuttgart ,1981.

– *Deutsche verfassungsgeschichte seit 1789*, Vol. VII: *Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, 1ª ed., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1984.

HUERGO LORA, A., «Fuentes del Derecho», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021.

IBLER, M., «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50-51, 2005.

– «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos)», en *Iusta*, núm. 32, 2010.

– «Últimos límites para las restricciones a los derechos fundamentales en la lucha contra el Covid-19», en *Retos de la COVID19 para la administración de justicia en el marco del estado social de derecho*, ponencia en la Universidad de Santo Tomás (Bogotá), 11 de junio de 2020.

– «¿Se acredita la valía de estructura federal de la República Federal de Alemania en la pandemia del COVID-19?», en CATALÀ I BAS, A. H. (Coord.), *Anomalías jurídicas*

durante la pandemia del COVID-19. Un análisis constitucional, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2023.

IGLESIAS MACHADO, S., «La evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones españolas hasta 1812», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010.

IPSEN, J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., Franz Vahlen, Múnich, 2019.

– «Notverfassung und Corona-Virus», en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 2, 2020.

– «Deutschland im Ausnahmezustand -Grund und Grenzen administrativer Maßnahmen der Pandemie-Bekämpfung-», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 16, 2020.

ITALIA, V., *La deroga nel diritto pubblico*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1977.

IZQUIERDO CARRASCO, M., «COVID-19, policía administrativa y modulación del principio de legalidad», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómic*a, núm. 17, abril de 2022.

IZU BELLOSO, M. J., «De la protección civil a la gestión de emergencias. La evolución del marco normativo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35, 2009.

JACOBI, E., «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1924.

– «Die Rechtsverordnungen», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932.

JARASS, H. D., «Kommentar zu art. 119», en JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020.

– «Kommentar zu art. 127», en JARASS y PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020.

– «Kommentar zu art. 132», en JARASS y PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020.

JARASS, H. D., y KMENT, M., «Kommentar zu art. 80a», en JARASS y PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020.

JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16ª ed., C. H. Beck, 2020.

JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung*, 1ª ed., Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Friburgo, 1887.

– *Teoría General del Estado*, 3ª reimpresión en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2012 (traducción de la 2ª edición en alemán de 1911).

JELLINEK, W., «Die Nationalversammlung und ihr Wert», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930.

- «Insbesondere: Entstehung und Ausbau der Weimarer Reichsverfassung», ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930.

JESCH, D., *Ley y Administración*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978 (traducción de la edición alemana de 1961).

JÈZE, G., «L'executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Suisse», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1917.

– «L'executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Anglaterre»», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1917.

– «L'executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Italie», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1917.

– «Actes de gouvernement et pouvoirs de guerre», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1924.

– *Principios generales del Derecho administrativo*, 1ª ed., Editorial de Palma, Buenos Aires, 1948 (traducción de la tercera edición francesa de 1925).

JIMÉNEZ ASENJO, E., *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 1ª ed., Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 4ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

JORDANA DE POZAS, L., *Oposiciones al Cuerpo de Secretarios de Ayuntamiento (Primera categoría). Contestaciones al Cuestionario del Ejercicio teórico*, Tomo II: Derecho Administrativo, 1ª ed., Librería General de V. Suárez, Madrid, 1924.

JÜRGENSEN, S., y ORLOWSKI, F., «Critique and crisis: the german struggle with pandemic control measures and the state of emergency», en *www.verfassungsblog.de*, 19 de abril de 2020.

KAISER, A.-B., *Ausnahmeverfassungsrecht*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2020.

KIRN, M., «Kommentar zu art. 127 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012.

– «Kommentar zu art. 129 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012.

KLAFKI, A., *Risiko und Recht: Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2017.

– «Corona-Pandemie: Ausgansperre bald auch in Deutschland», en *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, núm. 27/2020, 18 de marzo de 2020.

– «Ausgangssperren wegen Corona nun auch in Deutschland (?)», en *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, núm. 29/2020, 19 de marzo de 2020.

KLAFKI, A., y KIEßLING, A, «Fighting COVID 19- Legal Powers and Risks: Germany», en *www.verfassungsblog.de*, 20 de marzo de 2020.

KNEMEYER, F., y SCHMIDT, T. I., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2016.

KÖHLER, J., *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechts und die Ereignisse unserer Zeit*, 1ª ed., Verlagsbuchhandlund Dr. W. Rothschild, Berlin y Leipzig, 1915.

KÖLLIG, M., «Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de covid-19 en Alemania», en BIGLINO CAMPOS, P., DURÁN ALBA, J. F. (Dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 1ª ed., Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

– «Covid-19 y la crisis de la democracia representativa en Alemania», en TUDELA ARANDA, J., y KÖLLIG, M., (Coords.), *Covid-19, calidad democrática y parlamentos: Una visión comparada*, 1ª ed., Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

KRÜGER, E., «Die Rechtsverodnung –eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz in Studium», en *Verwaltungsrundschau*, núm. 10, 2015.

KUBITZA, M. P., *Die wasserpolizeiliche Generalklausel*, 1ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2015.

KÜNIG, P., «Kommentar zu art. 132 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012.

LABAND, P., *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussichen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, 1ª ed., Verlag von J. Guttentag, Berlín, 1871.

– *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, 1ª ed., Scientia Verlag Aalen, Tubinga, 1964 (reimpresión de la 5ª ed. de 1911).

– *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. II, 1ª ed., Scientia Verlag Aalen, Tubinga, 1964 (reimpresión de la 5ª ed. de 1911).

LACHMAYER, K., «Austria: rule of law lacking in times of crisis», en *www.verfassungsblog*, 28 de abril de 2020.

LAFUENTE BALLE, J. M.ª, «El art. 155 de la Constitución Española: Examen doctrinal y comparado», en *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 192, mayo-agosto 2018.

– «El decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad (un cambio de criterio)», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021.

LAMARQUE, J., «La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, 1961.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el ámbito autonómico», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 2, 1982.

– *Las relaciones de sujeción especial*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1973.

LAVAGNA, C., «Sull'illegittimità dell'art. 2 leggi di P.S. come testo legislativo», en *Giurisprudenza costituzionale*, VI, 1961.

– «Il Covid-19 e le Regioni. Uso e 'abuso' delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali», en *Federalismi.it*, n. 17/2021.

LEGARET, J., «L'article 16», en *Revue de Deux Mondes*, junio de 1961.

LEGRAND, P., «The Impossibility of "Legal Transplants"», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, núm. 2, 1997.

LEPA, M., «Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnungen», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 105, núm. 3, 1980.

LE POURHIET, A.-M., *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public français*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2011.

LEROY, P., *L'organisation constitutionnelle et les crises*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1966.

LINDNER, J. F., «Zeitgleiches Inkrafttreten von Gesetz und Rechtsverodnung?», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm 7, 2001.

– «Weitere Bemerkungen zum Verhältnis con Gesetz und Rechtsverordnung», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 20, 2011.

LOMBARDI, G., «Estudio Preliminar: La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones acerca de lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre Justicia Constitucional del siglo XX», en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P, y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23ª ed., Dalloz, París, 2021.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

– «Lección 3. La actividad normativa de la Administración: el reglamento», en MENÉNDEZ, P., y EZQUERRA, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Thomson Reuters, Madrid, 2021.

– «Derecho normal y excepcional en la ordenación de la sanidad animal», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

LORENTE SARIÑENA, M. M.ª., y LUQUE REINA, A. M., «La formación histórica de los estados de excepción», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021.

LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Madrid, 1976 (traducción de la obra de 1959).

LÜBBE-WOLFF, G., «Rechsstaat und Ausnahmerecht-Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 11, núm. 1, 1980.

LUCARELL, A., «Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), n. 2/2020.

LUCIANI, M., «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), n. 2/2020.

MANZANEQUE Y MONTES, F., *La Constitución y los estados excepcionales: Estado de suspensión de garantías. Estado de guerra. Estado de sitio*, 1ª ed., R. Velasco Imp., Madrid, 1903.

MARAZZITA, G., «Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), nº 4, 2010.

– «Constitución italiana y estado de emergencia por COVID-19», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021.

MARINA JALVO, B., «El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 89, 2011.

MARONGIU, D., «Obblighi di pubblicazione concernenti gli interventi straordinari e di emergenza», en PONTI, B. (Dir.), *Nuova transparenza amministrativa e libertà di acceso alle informazioni*, 2ª ed., Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.

– «Notas para la historia de la noción de orden público», en su obra *Bajo el signo de la Constitución*, 1ª ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983.

– «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español», en *Revista de Administración Pública*, número 26, mayo/agosto 1958.

– «La elaboración de la Ley de Aguas de 1866», en *Revista de Administración Pública*, núm. 32, mayo/agosto 1960.

– «Sobre la reforma de la Ley de Aguas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 44, mayo/agosto 1964.

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ed. por el autor, Madrid, 1970.

– *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Ed. por el autor, Madrid, 1971.

MARTÍN MATEO, R., y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, 28ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009.

MARTÍN REBOLLO, L., «La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo contencioso-administrativo 1890-1894», en *Revista de Administración Pública*, núm. 78, 1975.

– *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las Leyes administrativas*, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2023.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., voz «Aguas», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. I, Madrid, 1868.

– Voz «Epidemias», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. VI, Madrid, 1869.

– Voz «Epizootia», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, Vol. VI, 2ª ed., Madrid, 1869.

– Voz «Montes. Montes públicos», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. IX, Madrid, 1869.

– Voz «Orden público», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. X, Madrid, 1869.

– Voz «Sanidad. Salubridad. Policía sanitaria», en *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed., Vol. XII, Madrid, 1870.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., «Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011.

MARTÍNEZ OVEJERO, A., «La protección civil en perspectiva», en *CESEDEN. Boletín de Información*, núm. 208-VIII, marzo 1988.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., *Temas de responsabilidad*, 1ª ed., Escuela de Práctica Jurídica – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

MATEU-ROS Y CEREZO, R., «Estados de alarma, excepción y sitio», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

MATHIOT, A., «La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public», en *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, 1ª ed., París, L. R. Sirey, 1956.

MATTARELLA, B. G., «Il provvedimento», en CASSESE, S. (Dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Vol, I, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2003.

MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, G., y BADURA, P., «Kommentar zu art. 132» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar,* 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, G., y BUTZER, H., «Kommentar zu art. 119» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar,* 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, y G., DEREDER, H.-G., «Kommentar zu art. 91» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, G., y DEPENHEUER, O., «Kommentar zu art. 80a» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar,* 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, G., y GRZESZICK, B., «Kommentar zu art. 20» en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ T., DÜRIG, G., y GRZESZICK, B., «Kommentar zu art. 20 III» en MAUNZ T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, G., y HERZOG, R., «Kommentar zu art. 81» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar,* 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

– «Kommentar zu art. 115k» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

– «Kommentar zu art. 115l» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ, T., DÜRIG, G., y KLEIN, H., «Kommentar zu art. 127» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

– «Kommentar zu art. 129» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAUNZ T., DÜRIG, G., y REMMERT, B., «Kommentar zu art. 19» en MAUNZ T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

– «Kommentar zu art. 80» en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 92ª ed., C. H. Beck, 2020.

MAURER, H., y WALDHOFF, C., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.

MAYER, O., *Derecho Administrativo alemán*, Tomo I, 1ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949 (traducción al español de la edición de 1895).

MAZZAROLLI, L. A., «La Sent. N. 198/2021 della Corte Constituzionale e la practica dell'uso dei D.P.C.M: in época COVID-19: non si trata di un'assoluzione, anzi», en *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Año XXII, 3/2022.

MEDINA ALCOZ, L., *Historia del Derecho administrativo español*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2022.

MEDINA GUERRERO, M., «Comentario al artículo 53 de la Constitución», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

MEILÁN GIL, J. L., «Primera parte. La distinción acto-norma», en MEILÁN GIL, J. L., y GARCÍA PÉREZ, M., *Norma y acto administrativos*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2018.

MEINECKE, F., «Die Revolution. Ursachen und Tatsachen», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930.

– *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, 4ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014 (traducción de la edición de 1924).

MELERO ALONSO, E., «La flexibilización de la reserva de Ley», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004.

MENÉNDEZ REXACH, A., *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español*, Universidad Autónoma, Madrid, 1978 (Tesis).

– «El Derecho de aguas ante las situaciones hidrológicas extremas: inundaciones y sequías», en NAVARRO CABALLERO, T. (Dir.), *Desafíos del Derecho de Aguas. Variables jurídicas, económicas, ambientales y de Derecho comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

MENZEL, A., «Zur Lehre von der Notverordnung», en *Festgabe für Paul Laband*, Tomo I., Verlag von J. C. B. Mohr, Tubinga, 1908.

MESEGUER YEBRA, J., *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, 1ª ed., Bosch, Madrid, 2011.

MESSERSCHMIDT, E., *Das Notverordnungsrecht nach preussischem Staatsrecht*, E. Rautenbergs Buchdruckerei, 1901.

MESTRE DELGADO, J. F., «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991.

– «La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID19)», en *Diario del Derecho*, 29 de abril de 2020.

MIELE, G. «Le situazioni di necessità dello Stato», en *Arch. dir. pubbl*., 1936, I.

MIGLIARESE, F., «Ordinanze di necessità», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXII, 1ª ed., Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990.

MÍGUEZ MACHO, L., «El régimen de las grandes ciudades», en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *La modernización del gobierno local*, 1ª ed., S. A. Atelier Libros, Barcelona, 2005.

MIMENTZA MARTÍN, J., «Respuesta del ordenamiento jurídico austriaco a la pandemia del coronavirus», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021.

MIR PUIGPELAT, O., «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 213, septiembre-diciembre 2020.

MODUGNO, F., *Apunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, 1ª ed., Giappicheli, Turín, 2005.

MÖLLERS, C., «Parlamentarische Selbstenmächtigung im Zeichen des Virus», en *www.verfassungsblog.de*, 26 de marzo de 2020.

MÖLLERS, M. H. W., y VAN OOYEN, R. C., «Bundesnotbremse – das Bundesverfassungsgericht bleibt „etatistisch": Neue Grundrechte, weniger Freiheit und eine „Kontrollinszenierung?», en *Recht und Politik*, Vol. 58, núm. 1, 2022.

MORALES SANCHO, G. A., «Pasaporte COVID a examen. *Nudging* y derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 115, septiembre-diciembre 2022.

MORALES VILLANUEVA, A., «Evolución de la Administración policial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero/abril 1989.

MORELL OCAÑA, L., *El régimen local español*, Tomo I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1988.

MORRONE, A., «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto», en VIGNUDELLI, A. (Coord.), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2009.

MORSTEIN MARX, F., «Landesrechtliche Verwaltungsgerichtbarkeit und Diktaturmassnahme», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tomo 16, 1929.

MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. II, 9ª ed., CEDAM, Pádova, 1976.

– «Una valoración de conjunto de la experiencia de la Constitución de Weimar», en *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

MUÑIZ VEGA, G., «Los bandos militares en el Derecho vigente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 40, Fasc. 1, 1987.

MUÑOZ ALONSO, J. M., *Derecho Administrativo Militar*, Vol. I, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989.

MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual*), 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

– «Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 77, mayo-agosto, 1975.

– *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1982.

– «Prólogo» a la obra de ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

– *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2007.

– *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II: Historia de las Instituciones jurídico-administrativas, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015.

– *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015.

– *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VI: La Ley, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015.

– *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII: El Reglamento, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015.

– «El poder y la peste de 2020», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020.

– *El poder y la peste (2020-2022)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2022.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «La pandemia, el estado de alarma y los jueces», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 121, septiembre-diciembre 2021.

NAWIASKY, H., «Die Auslegung des art. 48 der Reichsverfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 9, 1925.

NEGRELLI, A., «Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana», en *Foro Amm.-TAR*, 9, 2012.

NESEMANN, U., *Notverordnungsrecht und -praxis in den Ländern der Weimarer Republik*, Georg-August-Universität zu Göttingen, 1973 (Tesis).

NIETO GARCÍA, A., «Apuntes para una historia de los autores de Derecho Administrativo General español», en NIETO GARCÍA, A. (Pr.), *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, 1ª ed., Colección de Estudios Administrativos (Instituto Nacional de Administración Pública), Madrid, 1984.

– *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

– «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1ª ed., Vol. III, Civitas, 1991.

– *Los primeros pasos del Estado constitucional: Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1996.

– *La rebelión de la Generalidad de Cataluña contra la República. El 6 de octubre de 1934 en Barcelona*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.

NIZARD, L., *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la legalité*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1962.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Derecho administrativo *para* la excepción. La respuesta jurídico-pública ordinaria para la sociedad de riesgo», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, octubre 2022.

NÚÑEZ LOZANO, M.ª. C, «El Decreto Ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, septiembre-diciembre 2003.

OCHOA MONZÓ, J., *El régimen jurídico de los riesgos mayores: la protección civil*, Universidad de Alicante, 1995 (Tesis).

– «Pandemias y protección civil: la necesidad de un sistema único y ordinario de gestión de emergencias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

ORIGONE, A., voz «Ordinanza (Diritto costituzionale)», en *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. IX, 1ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinense, Turín, 1939.

ORLANDO, V. E., «Ancora dei decreti-legge», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1925, I.

ORTGIES, T., *Rechtliches Risikomanagement im Lebensmittelrecht*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019.

OSSENBÜHL, F., «Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1997.

OTERO GOYANES, J., «Los bandos de guerra», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 3, enero/junio, 1957.

PALMA ORTIGOSA, A., SORIANO ARNANZ, A., BETHENCOURT RODRÍGUEZ, V., «Los boletines y fallos judiciales de la pandemia COVID-19», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Apuntes de Derecho Administrativo 2º*, Tomo II, Cátedra del Profesor García de Enterría, Madrid, 1972-1973.

– *Derecho Administrativo*, Tomo I, 26ª ed., Dykinson S. L., Madrid, 2019.

PAREJO ALFONSO, L., «Seguridad pública», en PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo. Parte especial*, 5ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

– *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

– *Lecciones de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PAREJO ALFONSO, L., y DROMI, R., *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2001.

PAUTSCH, A., «Zur Verfassungsmäßigkeit von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie», en *Jura Studium & Examen*, núm. 4, 2021.

PECHE ORTIZ, R., «Régimen jurídico de la sanidad agraria», en GONZALO, M., SAINZ VELEZ, J. L., (Dirs.), *El Derecho Público de la agricultura: estado actual y perspectivas*, 1ª ed., Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (Secretaría General Técnica), Madrid, 1999.

PEINE, F.-J., «Gesetz und Verordnung. Bemerkungen zu aktuellen Fragen eines problematischen Verhältnisses», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1988.

PEPE, V., *Il diritto alla protezione civile*, 1ª ed., Giuffrè Editore (Rivista giuridica dell'ambiente, núm. 7), Milán, 1996.

– *Protezione civile e pianificazione del territorio*, 1ª ed., CEDAM, Pádova, 2006.

PERASSI, T., «Necessità e stato di necessità nella teoría dommatica della produzione giuridica», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, I.

PÉREZ BOTIJA, E., «Sobre las modalidades de la potestad reglamentaria», en *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2016 (artículo originariamente publicado en la *Revista de Derecho Público*, núm. 53, mayo, 1936; núm., 54, junio, 1936).

PÉREZ ROYO, F. J., *La reserva de Ley*, Universidad de Sevilla, 1969 (tesis doctoral).

PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984.

– «Carácter de la nueva Constitución Española», en *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2016 (artículo originariamente publicado en la *Revista de Derecho Público*, núm. 1, enero, 1932).

– «La Constitución Española (9 de diciembre de 1931)», en *Obras Escogidas de Nicolás Pérez Serrano*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2017 (obra publicada en 1932).

– «Tres lecciones sobre la Ley Fundamental de Bonn» (Cursillo explicado en la Escuela Social de Madrid en los días 21 y 28 de febrero y 8 de marzo de 1951), en *Obras Escogidas de Nicolás Pérez Serrano*, 1ª ed., CEPC, Madrid, 2017.

PETER, C., «Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlaß gesetzändernder Rechtsverordnungen ermächtigen? Zur Problematik gesetzändernder Rechtsverordnungen», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 92, 1967.

PIERRE-CAPS, S., «El fracaso del proyecto de ley constitucional 'de protección de la Nación' para incluir en la Constitución francesa el estado de urgencia y la privación de la nacionalidad», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.

– «Constitución francesa y derecho de excepción», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021.

PINELLI, C., «Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana», en *Diritto pubblico*, núm. 2, 2009.

PLATON, S., «Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2008/5 (HS núm. 2).

– «From One State of Emergency to Another–Emergency Powers in France», en *www.verfassungsblog.de*, 9 de abril de 2020.

PORRES AZKONA, J. A., *Orden público y poder ejecutivo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1975 (Tesis).

POSADA, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897.

– Voz «Reglamento», en *Enciclopedia Jurídica Española*, 1ª ed., Vol. XXVII, Francisco Seix Editor, 1914.

– *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923.

POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, 2ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988 (reedición de la recopilación de 1843).

PRIETO ÁLVAREZ, T., «La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción», en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril 2009.

QUEZADA RODRÍGUEZ, F., «Una aproximación crítica a la comparación de Derechos administrativos», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. I, 2020.

QUINTERO, C. A., *Los Decretos con valor de Ley*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

RAFFIOTTA, E. C., «Le ordinanze *extra ordinem* in materia ambientale» en *Rassegna parlamentare*, 2016.

– «Le ordinanze emergenziali nel Diritto Comparato», en *Rivista AIC* (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), nº 3, 2017.

– *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 1ª ed., Bononia University Press, Bolonia, 2019.

– «Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus», en *BioLaw Journal*, n. 5/2020.

RAMAJOLI, M., «Potere di ordinanza e Stato di diritto», en *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, 1ª ed., Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011.

RANELLETTI, O., «La polizia di sicurezza», en ORLANDO, V. E., *Primo Tratatto Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Vol. IV, 1ª ed., Società Editrice Libraria, Milán, 1904.

– «La potestà legislativa del Governo», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1926, I.

RAZZANO, G., «Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale», en *Associazione Italiana Costituzionalisti (Sez. Dottrina-Fonti del Diritto)*, 9 de octubre de 2008, después publicado en VV. AA., *Scritti in onore di Michele Scudeiro*, 1ª ed., Jovene Ed., 2008.

– *L'amministrazione dell'emergenza. Profili constituzionali*, 1ª ed., Cacucci Editore, Bari, 2010.

REBOLLO PUIG, M., «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, mayo-agosto 1991.

– «Sanidad animal: marco general y principios jurídicos», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, 2016.

– «Lección 8: la potestad reglamentaria», en REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

– «Lección 1: la actividad administrativa de limitación», en REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo III, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

– «La discrecionalidad administrativa en la defensa del consumidor», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021.

REBOLLO PUIG, M., GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A., «Artículo 21», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tomo I, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., «Artículo 84», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*, 1ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

– «El principio de precaución y la defensa de los consumidores», en *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003.

REBOLLO PUIG., M., y LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Lección 5: el principio de legalidad administrativa», en REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J., (Dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

RECUERDA GIRELA, M. Á., *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Régimen jurídico-administrativo*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006.

RECUERDA GIRELA, M. Á. (Dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.

RECHTSTEINER, D., «Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungrecht des Bundesrates. Gemeinsamkeiten und Unterschiede», en *Sicherheit und Recht*, núm. 3, 2016.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?» en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001.

– «Comentario al artículo 55 de la Constitución», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

RESCIGNO, G. U., voz «Deroga (in materia legislativa)», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1964.

– Voz «Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (Dir. Cost. E Ammin.)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, 3ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinense, Turín, 1968.

– «Sviluppi e problema nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, XL, 1995.

– «Sul principio di legalità», en *Diritto pubblico*, núm. 2, 1995.

REVENGA SÁNCHEZ, M. y FERNÁNDEZ ALLES, J. J., «El artículo 116 CE, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de Estabilidad Presupuestaria como medidas alternativas al artículo 155 CE», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 120, septiembre/diciembre 2020.

RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2010.

RIVERO, J., y WALINE, J., *Droit Administratif*, 15ª ed., Dalloz, París, 1994.

RIXEN, S., «Grenzerloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?», en *Recht und Politik*, Vol. 56, núm. 2., 2020.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Ley y reglamento en el Derecho Administrativo español», en SORIANO GARCÍA, J. E. (Dir.), *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Vol. II, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, «Bandos penales militares», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 3, enero/junio, 1957.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2022.

RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, «Capítulo 11. Sistema de fuentes del Derecho Administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª., y DOMÉNECH PASCUAL, G., y ARROYO JIMÉNEZ, L. (Coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, DE MARCOS FERNÁNDEZ, A., GARCÍA MARTÍNEZ, A., y ORTEGA BERNARDO, J., «Alemania», en VELASCO CABALLERO, F. (Dir.), *Gobiernos Locales en Estados Federales y Descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, 1ª ed., Institut d' Estudis Autonòmics, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987.

– *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

ROIG BATALLA, A. *La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales, en Francia, Italia y España*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2003.

ROLIN, F., «L'état d'urgence», en MATHIEU, B. (Dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, 1ª ed., Dalloz, París, 2008.

ROMANO, S., «Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1909, núm. I.

– *Corso di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., CEDAM, Pádova, 1937.

– *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1947.

ROMANO TASSONE, A., «La normazione secondaria», en MAZZAROLLI, L., PERICU, G., ROMANO, A., *et alt*., *Diritto Amministrativo*, Vol. I, 1ª ed., Monduzzi Editore, Bolonia, 1993.

ROYO VILLANOVA, A., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1900.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1909-1910.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1915.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 9ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1926.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1934.

– *La Constitución Española de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, 1ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1934.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 17ª ed., Imprenta Castellana, Valladolid, 1942.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 18ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1943.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 19ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1944.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 20ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1946.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 21ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1948.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 23ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1952.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 24ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1955.

– *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, 26ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1964.

RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo-agosto 2001.

– «Principio de legalidad», en su obra *La forma del poder*, Vol. II, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, C., *Manual de Derecho Político*, 1ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939.

RUIZ VADILLO, E., «Artículo 117: El Poder Judicial», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1998.

RUTHIG, J., «Bodenschutz», en EHLERS, D., FEHLING, M., y PÜNDER, H. (Coords.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Vol. II, 3ª ed., C. F. Müller, Múnich, 2013.

SÁENZ ROYO, E., «Estado autonómico y COVID-19», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021.

SAINT-BONNET, Y., «Réflexions sur l'article 16 et l'ètat d'exception», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique a France et a l'étranger*, núm. 5/6, 1998.

– «L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception», en *Jus Politicum*, núm. 15, 2016.

SALAS HERNÁNDEZ, J., «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», en *Revista de Administración Pública*, número 15, septiembre/diciembre, 1966.

– «Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978.

– «Los Decretos-leyes en la Constitución de 1978», en la obra colectiva *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Vol. III, 1ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *De la Ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

SÁNCHEZ BARROSO, B., *El principio de precaución en España: precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional*, 1ª ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 2021.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 30», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, 1ª ed., Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1996.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

– *Derecho Administrativo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

SANDULLI, A. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol. I, 15ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 1989.

SANTAMARÍA DACAL, A. I., «COVID y Derecho Público en Francia: un 'estado de urgencia sanitario' bajo control judicial», en BLANQUER CRIADO, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Librería de Fernando Fé, Madrid, 1885.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1991.

– «El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la 'Revista de Administración Pública'», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999.

– *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2006.

– *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol. I, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2018.

– «El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, primer semestre (2020).

– «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», en BLANQUER CRIADO, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SARRIÓN ESTEVE, J., «Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni», en BAÑO LEÓN, J. M.ª (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en Homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, 1ª ed., Vol. I, Iustel, Madrid, 2016.

– «El retorno de los límites constitucionales a la primacía: A propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34, julio-diciembre 2020.

SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M., «Artículo 155», en PÉREZ TREMPS, P., y SAIZ ARNAIZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SATTA, F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, 1ª ed., CEDAM, Pádova, 1969.

SCHAEFER, K. H., «Kommentar zu art. 119 GG», en VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012.

SCHENKE, W.-R., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2018.

SCHENKE, W.-R., GRAULICH, K., y RUTHIG, J., *Sicherheitsrecht des Bundes – BpolG, BKAG, ATDG, BVerfSchG, BNDG, VereinsG*, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.

SCHILD, W., «Hegels Lehre vom Notrecht», en HÖSLE, V., (Coord.), *Die Rechtphilosophie des deutschen Idealismus*, 1ª ed., Meiner Verlag, Hamburgo, 1989.

SCHMIDT, T. I., «Die Geschäftsordnungen der Verfassungsorgane als individuell-abstrakte Regelungen des Innenrechts», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 128, 2003.

SCHMIDT, R., *Polizei- und Ordnungsrecht. Verwaltungsvollstreckungsrecht, Versammlungsrecht*, 21ª ed., Rolf Schmidt Verlag, Bremen, 2020.

SCHMIDT-AßMANN, E., «Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift», en KIRSCHHOF, P., LEHNER, M., RAUPACH, A., y RODI, M., (Coords.), *Staaten und Steuern (Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag)*, 1ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2002.

SCHMITT, C., «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1924.

– *Legalität und legitimität*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1968 (reimpresión de la 1º ed. de 1932).

– «Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit» (publicado en 1931), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2º ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1973 (reimpresión de la 1ª ed. de 1958).

– *Legalidad y Legitimidad*, 1ª ed., Comares, Granada, 2006 (traducción de la 4ª ed. en alemán de la obra publicada en 1932).

– «El defensor de la Constitución» (publicado en 1931), en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.

– *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 2011 (traducción de la edición alemana de 1928).

– «La dictadura del Presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar» (publicado en 1924), en *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

– «El significado en el Derecho Público del reglamento de necesidad, especialmente su validez jurídica» (publicado en 1931), en *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

SCHMITT, C., y KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 1ª ed., Tecnos, 2009.

SCHOENBORN, W., «Die Notverordnungen», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932.

SCHÖNENBROICHER, K., «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Gesetz und Rechtsverordnung», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 20, 2011.

SCHUCHT, C., *Generalklausel und Standardmaßnahmen*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2010.

SCUDIERO, M., «In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali», en *Foro Penale*, II, 1962.

SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 116», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SERRANO ALBERCA, J. M., y ARNALDO ALCUBILLA, E., «Artículo 117.5», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SERRANO GUIRADO, E., voz «Bandos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1ª ed., Tomo III, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1951.

SETUÁIN MENDÍA, B., «Respuestas jurídicas a la reciente situación de sequía en España», en EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Sequía e inundación como fenómenos meteorológicos extremos*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

SEVERI, F.S., *Le ordinanze della l. 24 febbraio 1992, n. 225 sulla protezione civile*, 1ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 1996.

SEVILLA MERINO, T., «El Decreto Ley en el nuevo Estatuto de Autonomía: Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 20, 2008.

SIEGHART, M. A., *Government by Decree*, 1ª ed., Stevens, Londres,1950.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Los límites de los derechos y el sistema normativo», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.

– «El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021.

SOMMERMANN, K.-P., «La justicia administrativa alemana», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La Justicia administrativa en el Derecho comparado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

SORO MATEO, B., «Construyendo el principio de precaución», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49, 2017.

SORRENTINO, F., *Lezioni sul principio di legalità*, 1ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2001.

SOSA WAGNER, F., «Las medidas excepcionales en el ordenamiento constitucional español», en *Revista de Administración Pública*, número 66, septiembre/diciembre 1971.

– *Juristas en la Segunda República*, Vol. 1: Los iuspublicistas, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009.

SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., *Clásicos del Derecho Público (I). Biblioteca básica para estudiosos y curiosos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.

SPIEGEL, L., «Zur Lehre vom Ursprunge der Notverordnung», en *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, número 34, 1907.

SPUNTARELLI, S., «La dichiarazione dello Stato di emergenza in Italia: presupposti e limiti», en *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, núm. 10/2021.

STIRN, B., *Les sources constitutionnelles du droit administrative*, 10 ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ)-Lextenso éditions, París, 2019.

STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vol. III: 1914-1918, 1ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1999.

STREBEL, H., «Das Staatsnotrecht in Italien», en BALLREICH, H., DOEHRING, K., JAENICKE, G., *et al*., *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1ª ed., Karl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín, 1955.

STRUPP, K., «Das Ausnahmerecht der Länder nach art. 48 IV der Reichsverfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 44, 1923.

TACCOGNA, G., «L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2», en *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata (Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo)*, Osservatorio Emergenza COVID-19, núm. 1, 13 de marzo de 2020 (actualizado el 5 de mayo).

TAJADURA TEJADA, J., «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, 2021.

TEJEDOR BIELSA, J., BOIX PALOP, A., y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (Coords.), *Derecho Administrativo para la excepción*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2023.

TENORIO SÁNCHEZ, P., «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 25 (1), 2021.

TESAURO, A., *Istituzione di Diritto Pubblico*, Vol. II: Diritto Amministrativo, 1ª ed., UTET, Turín, 1961.

THIELBÖRGER, P., y BEHLERT, B., «COVID-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor der Hintergrund neuer Gesetze», en www.*verfassungsblog.de*, 30 de marzo de 2020.

THOMA, R., «Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechsprechung», en ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932.

– «Die Funktionen der Staatsgewalt: Grundbegriffe und Grundsätze», ANSCHÜTZ, G., y THOMA, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. II, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1932.

TOMÁS VILLAROYA, J., «Presidente de la República y Gobierno: sus relaciones», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 31-32, 1983.

TOLIVAR ALAS, L., voz «Prestaciones personales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1ª ed., Tomo XX, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1993.

TORNOS MAS, J., «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre, 1983.

– «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes: el caso del Consell Audiovisual de Catalunya», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

TORRES DEL MORAL, A., «La Segunda República: exégesis y valoración», en OLIVER ARAUJO, J., y RUIZ ROBLEDO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

TOSCANO GIL, F., «Los bandos del alcalde en situación de necesidad», en FONT I LLOVET, T., y VILALTA REIXACH, M. (Dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2020*, 1ª ed., Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, 2021.

TRABUCCO, D., «Il 'virus' nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid 19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale», en *Nomos*, n. 2/2020.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho administrativo*, 8ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.

TREVES, G., «La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza», en *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1956.

TROMBETTA, G., «L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura 'realista' dentro i principi costituzionali», en *Federalismi.it*, núm. 22/2021.

TROPER, M., *Le droit et la nécessité*, 1ª ed., Presses Universitaires de France, París, 2011.

TWAIN, M., «Stirring times in Austria», en *Harper's New Monthly Magazine*, Vol. 96, marzo 1898.

UHLE, A., «Las fuentes del Derecho alemán», en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001.

– «Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?», en *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 6, marzo 2001.

UHLMANN, F., «Concentration of powers in the Federal Executive: the application of emergency powers in Switzerland», en *www.verfassungsblog.de*, 30 de abril de 2020.

URÍAS MARTÍNEZ, J. P., «El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Extra 2, 2019.

VARELA SUANZES, J., «Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987.

VEDEL, G., *Droit administratif*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1961.

VEDEL, G., y DEVOLVÉ, P., *Droit administratif*, 9ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1984.

VELASCO CABALLERO, F., *Derecho local. Sistema de fuentes*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009.

– «Competencias y poderes municipales a lo largo de la pandemia de Covid-19», en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 14, 2020.

– «Derecho local y COVID-19», en *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 59, enero-junio 2020.

– «La forma de gobierno municipal», en FONT I LLOVET, T., y GALÁN GALÁN, A. (Dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2019*, 1ª ed., Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, 2020.

– «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en BLANQUER CRIADO, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

VELASCO CABALLERO, F., y CASTILLO ABELLA, J., «Fuentes del Derecho Local», en VELASCO CABALLERO, F. (Dir.), *Tratado de Derecho Local*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.

VELASCO CABALLERO, F., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., «Distribución territorial del poder durante la pandemia», en VELASCO CABALLERO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Tomo I. Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público, núm. Extraordinario 2, 2021.

VIESTI, G., *Il decreto legge*, 1ª ed., Jovene Editore, Nápoles, 1967.

VILLAR CRESPO, G., «Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos que declaran el estado de alarma», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, mayo 2018.

– «Poderes militares de necesidad y coerción estatal: reflexiones sobre el papel de las Fuerzas Armadas en la aplicación del artículo 155 de la Constitución», en ÁLVAREZ GARCÍA, V., y MORADIELLOS GARCÍA, E. (Dirs.), *Las Fuerzas Armadas ante las situaciones de crisis*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2020.

– «Repensando el Derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, mayo 2020.

– «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 123, mayo-agosto 2022.

– «El Tribunal Constitucional declara inconstitucional el control jurisdiccional previo de las medidas sanitarias generales: una aproximación a la STC 70/2022, de 2 de junio», en *Acento Local*, Blog de la Fundación Democracia y Gobierno Local, el 23 de septiembre de 2022.

– «III. La potestad normativa del municipio de Barcelona: sujetos, tipos de normas y relaciones interordinamentales», en GALÁN GALÁN, A., *El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes*, dentro de la obra dirigida por FONT I LLOVET, T., *La Carta municipal de Barcelona i el dret de la ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 2023.

– «La participación de las ciudades en la toma de decisiones de las autoridades estatales y autonómicas en España: estado de la cuestión y reflexiones al efecto», en *Anuario del Gobierno Local 2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, 2023.

VILLAR PALASÍ, J. L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1972.

– *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª ed., Cátedra del Profesor Villar Palasí, Madrid, 1977.

VILLAR PALASÍ, J. L., y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 1999.

VILLAVERDE MÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en BASTIDA FREIJEDO, F. J., *et alt*., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

VINTRÓ CASTELLS, J., «El artículo 155 de la Constitución: marco jurídico y algunas reflexiones sobre su aplicación a Cataluña», en VV. AA., *El artículo 155 de la Constitución (XXIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

VÍRGALA FORURIA, E., «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005.

– «El art. 155 de la Constitución: Teoría y práctica», en PENDÁS, B. (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Tomo V, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

VOLKMANN, U., «Der Ausnahmezustand», en *www.verfassungsblog.de*, el 20 de marzo de 2020.

– «Das Maßnhamegesetz», en *www.verfassungsblog.de*, 20 de noviembre de 2020.

VON DANWITZ, T., «Rechtsverordnungen», en *Iura*, núm. 2, 2002.

VON GNEIST, R., *Verwaltungsrecht, Justiz, Rechtsweg*, 1ª ed., Verlag von Julius Springer, Berlín, 1869.

VON HELD, J., *System des Verfassungsrechts der monarchisen Staaten Deutschlands: mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus*, Vol. II, 1ª ed., Verlag der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung, Wurzburgo, 1865.

VON MÜNCH, I., y KÜNIG, P., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II (arts. 70-146), 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012.

VON OPPERMANN, P., *Das Notverordnungsrecht der preussischen Verfassung*, Göttingen Dieterich'schen Univ. Buchdruckerei, Gotinga, 1897.

VON STEIN, L., *Die Verwaltungslehre*, Vol. I, 2ª ed., J. G. Cotta'sche Buchhandlung, Stuttgart, 1869.

VV. AA., «Verhandlungsbericht zum Thema 'Diktatur'», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. I: *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1924.

– «Reglamento de necesidad», en *Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

– *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés*, 1ª ed., Boletín Oficial del Estado-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

– *El artículo 155 de la Constitución (XXIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,)* 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

– «Encuesta sobre el Derecho de excepción, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021.

– *Estado de alarma y Constitución (XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

WALINE, J., *Droit administratif*, 28ª ed., Dalloz, París, 2020.

WATSON, A., *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2 ª ed., University of Georgia Press, Atenas y Londres, 1993.

WEBER, K., «Notverordnungen», en WEBER, K. (Coord.), *Creifelds Rechtswörterbuch*, 25ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.

WENZEL, M., «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehere (VVDStRl)*, Vol. IV: *Das Recht der freien Meinungsäusserung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1928.

WIßMANN, H., *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2008.

WITTMAYER, L., «Ein Beitrag zum deutschen und österreichischen Notverordnungsrechte im Kriege», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 37, 1918.

WOLFF, H. J., BACHOF, O., STOBER, R., y KLUTH, W., *Verwaltungsrecht I*, 13ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017.

WÜRTEMBERGER, T., «Polizei- und Ordnungsrecht», en EHLERS, D., FEHLING, M., y PÜNDER, H. (Coords.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Vol. III, 3ª ed., C. F. Müller, Múnich, 2013.

ZANOBINI, G., «L'attività amministrativa e la legge», en *Rivista di Diritto Pubblico*, núm. XVI, 1924, hoy publicado en sus *Scritti vari di diritto pubblico*, 1ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1955.

ZANON, N., «Ley y reglamento en Italia», en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, 1ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001.

ZIEGLER, N., «Freiheit durch Rechtsformenwahl? – Verwaltungsrechtliche Rechtsformlehre und verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz in der Corona-Krise», en *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, núm. 49/2020, 3 de abril de 2020.

ZILLER, J., *Droit d'exception, une perspective de droit comparé*, 1ª ed., EPRS – Service de recherche du Parlament européen, Bruselas, 2021.

ZOEPFL, H., *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrecht*, Vol. II, 5ª ed., C. F. Winter'sche Verlagshandlung, Leipzig y Heidelberg,1863.

ZÜCK, R., y ZÜCK, H., «Die Rechsprechung des BVerG zu Corona-Fällen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 32, 2020.

***

MENCIÓN INTERNACIONAL AL TÍTULO DE DOCTOR

CONCLUSIONI

Primo. Il regolamento di necessità appare come un concetto diffuso nel Diritto pubblico spagnolo, e non c'è unanimità sull'istituto a cui si riferisce questa espressione, né, quindi, sul suo regime giuridico applicabile. Ciononostante, compare praticamente in tutti i manuali e trattati di Diritto amministrativo –così come in alcuni di Diritto costituzionale– e, a volte, nella giurisprudenza, facendo spesso parte della classificazione dei regolamenti in base al loro rapporto con la legge: regolamenti esecutivi (*secundum legem*), regolamenti indipendenti (*praeter legem*) e regolamenti di necessità (*contra legem*).

Questa attuale configurazione della disciplina del regolamento di necessità non è utile e genera incertezza del Diritto, sia per gli operatori chiamati ad avvalersi di questi strumenti, sia per i soggetti che li devono sostenere. Inoltre, impedisce di progredire nella delimitazione degli istituti del Diritto di necessità e nella distinzione tra di essi, ostacolando il miglioramento dottrinale e giurisprudenziale di tutti. Per comprenderlo, è essenziale guardare alle risposte date dal Diritto comparato a questo istituto, optando per i sistemi giuridici tedesco, francese e italiano per la loro indiscutibile influenza sulla formazione del nostro Diritto pubblico (spagnolo), nonché sul nostro pensiero giuridico.

Secondo. L'espressione "regolamento di necessità" (*Notverordnung*) deriva dal Diritto tedesco, consolidandosi in occasione delle autorizzazioni –di clausola generale– presenti nelle Costituzioni ottocentesche a favore dei monarchi germanici per dettare le "misure necessarie" di fronte a situazioni straordinarie. Tali azioni sono apparse come una formalizzazione del Diritto di necessità dello Stato (*Staatsnotrecht*) e la loro collocazione può essere spiegata nella prospettiva del principio monarchico e del rapporto speciale tra la legge e il regolamento presente in tali sistemi costituzionali (di natura competenziale e non gerarchica).

La Costituzione di Weimar del 1919 ha determinato un cambiamento di mentalità nel Diritto tedesco: si è passati al principio parlamentare e al primato della legge sui regolamenti. Tuttavia, il potere generale del Presidente del *Reich* di cui all'articolo 48, paragrafo 2, della Costituzione, che lo autorizza a emanare "misure necessarie", è stato mantenuto, il che ha portato a discutere se si trattasse di "regolamenti di necessità"

(*Notverordnungen*) nel senso tradizionale. Tuttavia, la dottrina dell'epoca riteneva che si trattasse piuttosto di "regolamenti che rappresentano leggi" (*gesetzesvertretende Verordnungen*), poiché potevano essere emanati in situazioni in cui il Parlamento era in sessione e, inoltre, avevano già l'indiscusso rango di legge. Erano quindi equiparati ai decreti legge latini.

La Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz,* GG) del 1949 modifica la configurazione del sistema giuridico precedente. In base a questo testo, è possibile emanare regolamenti solo attraverso una preventiva autorizzazione legale (articolo 80 GG) e, inoltre, viene abbandonato il sistema di una clausola generale per le situazioni di necessità –le "misure necessarie"– della tradizione costituzionale tedesca e viene adottato il sistema del Diritto di eccezione attraverso il riconoscimento di stati eccezionali nel testo costituzionale stesso. Questa situazione porta alla fine del ricorso al Diritto di prevenzione dei pericoli (*Gefahrenabwehrrecht*) per far fronte alle situazioni di emergenza, come si è visto durante la crisi del COVID-19. Secondo questo acquis, è possibile dettare misure standard contenute nella legge, così come altre coperte da una clausola generale (*Generalklausel*): una disposizione che autorizza l'autorità amministrativa competente a dettare "le misure necessarie".

Si intravede quindi una marcata eredità della tradizione germanica. Il fatto è che in tutte queste autorizzazioni –da quelle presenti nei testi costituzionali dell'Ottocento, passando per quella inserita nell'articolo 48.2 della Costituzione di Weimar, fino alle *Generalklauseln* del Diritto di prevenzione dei pericoli– nonostante le loro ovvie differenze, è sottointesa la stessa pretesa: riconoscere una clausola di salvaguardia di fronte a situazioni impreviste.

Terzo. L'espressione "regolamento di necessità" (*Notverordnung*) si è diffusa in sistemi giuridici diversi da quello tedesco nel XX secolo. In Francia, alcuni autori nel primo terzo del secolo hanno parlato di "regolamenti di necessità" (*règlements de nécessité*) e di "ordinanze di necessità" (*ordonnances de nécessité*), ma hanno abbandonato queste espressioni dall'ultimo terzo del secolo scorso a oggi. In Italia, parte della dottrina parlerà di "ordinanze di necessità" per integrare concetti giuridici diversi (dai bandi militari, alla dichiarazione dello stato d'assedio o di guerra, ai decreti legge), anche se poi si configureranno come istituto autonomo. In Spagna, questa confusione, presente in Italia in quei primi anni, si perpetuerà fino ai giorni nostri. Infine, alcuni Paesi di tradizione germanica –Austria, Svizzera, Liechtenstein– continuano a utilizzare

l'espressione "regolamento di necessità" (*Notverordnung*) per riferirsi ai propri decreti legge; una posizione che sembra essere stata seguita anche da altri Paesi dell'America Latina (ad esempio l'Argentina).

Quarto. Le espressioni "regolamenti di necessità" (*règlements de nécessité*) e "ordinanze di necessità" (*ordonnances de nécessité*) sono state utilizzate per la prima volta in Francia nel primo terzo del XX secolo per riferirsi ai decreti *contra legem* emessi dalle autorità nel contesto della dottrina giurisprudenziale dei poteri di guerra; una dottrina che si sarebbe poi estesa nella giurisprudenza del Consiglio di Stato francese verso la teoria delle circostanze eccezionali. Dopo la Costituzione francese del 1958, l'espressione è stata mantenuta da alcuni autori per riferirsi al prodotto normativo di tali azioni contrarie alla legge, ma sulla base della teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali (*règlements de nécessité*), nonché in relazione all'autorizzazione –chiaramente ispirata all'articolo 48.2 della Costituzione di Weimar– prevista per il Presidente della Repubblica all'articolo 16 del testo costituzionale (*ordonnances de nécessité*). Tuttavia, queste espressioni sono state abbandonate nella successiva letteratura giuridica francese, probabilmente a causa della preferenza di quest'ultima per il ricorso alle proprie istituzioni piuttosto che a quelle di un Paese straniero, in particolare quelle con radici germaniche.

In ogni caso, la teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali autorizza le autorità competenti a dettare le "misure necessarie" in situazioni eccezionali senza alcuna autorizzazione costituzionale o legale, cioè con un carattere genuinamente *contra legem*.

Quinto. La confusione concettuale sull'"ordinanza di necessità" in Italia è stata superata nel nuovo quadro costituzionale emerso dopo la seconda guerra mondiale. Fu GIANNINI che –in un articolo del 1948– operò una distinzione categorica tra questa figura e le altre figure del Diritto di necessità (dichiarazione di stato di guerra; decreti legge; ecc.), affermando che l'ordinanza di necessità era l'espressione del "potere di ordinanza", cioè dell'autorizzazione prevista dalle leggi a favore dell'autorità competente a dettare le "misure necessarie" di fronte a una situazione straordinaria. Questa tesi è stata ripresa dalla dottrina e dalla giurisprudenza e oggi le ordinanze di necessità godono di un regime pieno e raffinato come istituto autonomo, pienamente riconosciuto dal Diritto positivo e dalla Corte Costituzionale italiana come prodotto di varie clausole generali riconosciute in diverse leggi italiane.

Sesto. Le azioni basate sulle clausole generali del Diritto di prevenzione dei pericoli tedesco sono in linea con le ordinanze di necessità italiane e, quando hanno carattere normativo, con i regolamenti di necessità spagnoli. In tutti questi casi, queste istituzioni cercano di conciliare l'imprevedibilità della situazione eccezionale con il principio di legalità, cioè con un quadro giuridico che autorizza l'emanazione di "misure necessarie" attraverso il sistema della "clausola generale". Il caso francese, sebbene chiaramente differenziato, porta allo stesso risultato: il riconoscimento giurisprudenziale della teoria delle circostanze eccezionali autorizza le autorità competenti a dettare "misure necessarie" anche quando sono contrarie alla legge. La loro natura *contra legem* è attenuata da un solido corpus giurisprudenziale che finisce per delimitare i requisiti e le esigenze per l'emanazione di tali "misure", nonché per specificarne il controllo, in una dinamica che –alla fine– finisce per assomigliare ai sistemi di clausole generali sopra citati.

Insomma, non sembra possibile ignorare la necessità di istituire un sistema –legale, giurisprudenziale– per affrontare situazioni impreviste e straordinarie: in assenza di una disposizione legale, l'autorità competente sarà obbligata ad agire.

Settimo. La ricezione del regolamento di necessità in Spagna risponde a una serie di presupposti storici. Per tutto il XIX secolo, le autorità competenti hanno emanato un gran numero di provvedimenti senza alcuna base giuridica in situazioni di crisi o straordinarie. Ciò era dovuto alla presenza di un Diritto di eccezione –espresso attraverso stati eccezionali e sospensione dei diritti– legata alla nozione tradizionale di "ordine pubblico" e non tanto a disgrazie non causate dalla mano dell'uomo, nonché all'assenza di specifiche disposizioni di crisi nelle leggi di pubblica sicurezza. I regolamenti emanati in situazioni di necessità e realmente *contra legem* sono stati quindi comuni per tutto il XIX secolo.

Ottavo. Il consolidamento del Diritto amministrativo in Spagna a partire dall'inizio del XX secolo portò a una maggiore sistematizzazione di questa branca del sistema giuridico, e a questo scopo furono riunite le dottrine di diversi autori stranieri. Nel 1900, A. ROYO VILLANOVA pubblicò i suoi "Principios de Derecho Administrativo" (Principi di Diritto Amministrativo), nei quali, attraverso la traduzione in italiano di BRUNIALTI del 1897, riprese la dottrina dei tre tipi di regolamento per il suo rapporto con la legge preformulata da Lorenz VON STEIN nel 1865, includendo la categoria del "regolamento di necessità" (*Notverordnung*). Quest'ultima figura permetteva di dare una spiegazione

logica alle norme illegali dettate in situazioni di crisi durante il XIX secolo in Spagna, mentre allo stesso tempo la classificazione indicata godeva di un importante potere mnemonico per l'insegnamento nelle Facoltà di Giurisprudenza. La trilogia di norme ebbe successo nella dottrina spagnola, essendo inclusa nella maggior parte dei trattati e dei manuali dell'epoca.

Nono. Durante il XX secolo, la dottrina del regolamento di necessità si è evoluta in modo confuso nella letteratura giuridica dell'epoca di Primo de Rivera, della Seconda Repubblica e del franchismo, fungendo da ombrello concettuale per alludere a diversi istituti del Diritto di necessità: tra gli altri, le dichiarazioni di stati eccezionali, i bandi militari o, singolarmente, i decreti legge. Solo nel tardo-franchismo si iniziò a separare questo istituto dai precedenti, in particolare con la Mozione sulla consultazione del Consiglio di Stato sui regolamenti esecutivi delle leggi del 22 maggio 1969, in cui si distinguevano i "regolamenti di necessità" da altre categorie affini, come le disposizioni con forza di legge e, soprattutto, dai decreti legge; una distinzione che fu poi ulteriormente sviluppata nella Sentenza della Corte Suprema del 22 aprile 1974. Nello stesso anno, E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T.-R. FERNÁNDEZ pubblicarono la prima edizione del loro "Curso de Derecho Administrativo" (Corso di Diritto Amministrativo), che includeva la classificazione di VON STEIN e, a grandi linee, la figura del regolamento di necessità, ponendo le basi per la sua ricezione da parte dei giuristi post-costituzionali.

Decimo. La promulgazione della Costituzione del 1978 comporterà il riconoscimento, da un lato, del primato della legge e, dall'altro, implicherà l'assunzione del Diritto di eccezione –concretizzato negli stati di allarme, di eccezione e di assedio– come modello del Diritto di necessità; un sistema che coesisterà con le disposizioni presenti nel Diritto ordinario per far fronte ad altre situazioni straordinarie solitamente non prodotte dall'uomo (catastrofi naturali, ecc.).

Questo è il contesto in cui opera il regolamento di necessità, che è stato ripreso dalla dottrina e dalla giurisprudenza da due prospettive. Dalla letteratura giuridica: come termine generico per indicare il Diritto di necessità, che comprende strumenti diversi, che vanno dalla dichiarazione di stati eccezionali o dalle loro misure di attuazione, fino, tra le altre, alle clausole generali di necessità previste dalle leggi di pubblica sicurezza (regolamenti di necessità *lato sensu*). E dalla giurisprudenza: come prodotto normativo delle suddette clausole generali di necessità, in particolare in relazione all'articolo 58 del

testo unico della Legge sull'acqua, approvato con il Regio Decreto Legislativo 1/2001, del 20 luglio, all'articolo 3 della Legge organica 3/1986, del 14 aprile, sulle misure speciali in materia di sanità pubblica, o, infine, all'articolo 21, paragrafo 1, lettera m), della Legge 7/1985, del 2 aprile, che regola le basi del regime locale, cioè come regolamento di necessità *stricto sensu*.

Undicesimo. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il regolamento di necessità è il prodotto normativo di una clausola generale di necessità contenuta in una norma di rango sufficiente. Questa concezione implica che è la clausola generale –tra le tante previste nel nostro ordinamento giuridico– a conferire all'autorità competente il potere di agire in una situazione di necessità; un potere che include, ovviamente, il potere normativo. Il potere normativo è qui garantito dal principio di attribuzione, in senso analogo a quello concesso alle Autorità amministrative indipendenti (*ex* articolo 129.4 *in fine* della Legge 39/2015, del 1° ottobre, sulla Procedura amministrativa comune delle amministrazioni pubbliche, di seguito LPAC). È questa stessa clausola generale a determinare l'intero regime giuridico applicabile, con i requisiti procedurali e le diverse esigenze disciplinate dalle disposizioni in essa contenute –in coerenza con la prima disposizione aggiuntiva della LPAC– e dalle disposizioni della Costituzione, nonché, ove applicabile, dal Diritto europeo.

Dodicesimo. La natura del regolamento di necessità come "misura necessaria" di carattere normativo rende necessario distinguerla da altre "misure" dettate in virtù di una clausola generale, e qui vale la tesi ordinamentale: il regolamento di necessità si inserisce nell'ordinamento giuridico con una vocazione alla permanenza, anche se questa è subordinata alla situazione eccezionale che l'ha originata. Questa natura temporanea o circostanziale non impedisce la sua configurazione come norma: il regolamento di necessità stabilisce uno status giuridico transitorio o provvisorio per far fronte alla situazione straordinaria. Il suo inserimento nell'ordinamento giuridico è quindi subordinato alla sopravvivenza delle condizioni abilitanti contenute nella clausola generale.

Questa configurazione del regolamento di necessità permette anche di distinguerla da concetti affini, come i decreti legge, le dichiarazioni e le proroghe di stati eccezionali, le disposizioni emanate in esecuzione o sviluppo di tali stati, le "misure" di cui alla coercizione statale dell'articolo 155 della Costituzione o, infine, le misure standard previste dalle norme di pubblica sicurezza (atti necessitati) e che, in generale, tendono a

integrare i regolamenti di necessità. Tutte queste figure presentano un regime giuridico che si differenzia nettamente del regolamento di necessità e, per questo motivo, è necessario tracciare una linea di demarcazione tra di esse per delineare i diversi istituti del Diritto di necessità.

Tredicesimo. Il regolamento di necessità non solo trova il suo fondamento nella Costituzione del 1978 all'articolo 30.4, nella misura in cui prevede che "i doveri dei cittadini in caso di grave rischio, catastrofe o calamità pubblica possono essere regolati dalla legge", ma anche in altri precetti, come gli articoli 31.3, 53.1, 97 o 103.1. Questo riconoscimento si manifesta nelle sue due funzioni fondamentali nel nostro ordinamento giuridico: fungere da rimedio normativo per coprire situazioni contingibili, straordinarie e impreviste non disciplinate dalla legge nel dettaglio; e agire insieme alle misure standard (atti necessitati) del Diritto di necessità delle entità territoriali infra-statali.

Quattordicesimo. I regolamenti di necessità non possono essere aggettivate come *contra legem*. Questo tipo di norme appare come il prodotto di un'autorizzazione presente in una legge, per cui in nessun caso possono essere intese come contrarie ad essa. La funzione della normativa di necessità è, piuttosto, quella di integrare o affiancare la legge, con l'obiettivo di arrivare dove la prima non arriva perché non può prevedere tutto in situazioni straordinarie. Questa funzione conferisce una singolarità a questo tipo di regolamento, che permette di distinguerlo chiaramente da altri, come i regolamenti esecutivi, che sono destinati a sviluppare o eseguire una legge.

Questo particolare rapporto con la legge non implica alcuna violazione o infrazione delle riserve costituzionalmente sancite della legge. Non implica una "sospensione" o "eccezione" della legge (una deroga), né una "delegificazione" delle materie: è la legge stessa che prevede tale riconoscimento e, inoltre, le norme o i regolamenti che essa stabilisce sono superati. Proprio per questo motivo, il regolamento di necessità può stabilire una certa modulazione –temporanea– delle riserve della legge, incidendo su di esse in modo specifico o circostanziato per la durata della situazione straordinaria, quando necessario. L'autorizzazione ad effettuare tale allocazione è prevista dalla legge, in modo generico ma non illimitato, per ragioni tecniche o di ottimizzazione dei risultati e in considerazione dell'impossibilità che la legge preveda tutto quando regola l'azione pubblica in situazioni straordinarie e marcatamente contingibili.

Quindicesimo. Per essere validi, i regolamenti di necessità devono rispettare le disposizioni stabilite dalla Costituzione, dato che quest'ultima è direttamente applicabile all'operatore giuridico chiamato ad attivarli. La Costituzione spagnola –in virtù dell'articolo 9, paragrafi 1 e 3– richiede che l'emanazione di regolamenti di necessità sia debitamente motivata, e che ciò sia riportato nella motivazione, garantendo così la certezza del Diritto. Lo stesso si può dire per quanto riguarda la pubblicazione, che appare come un requisito dell'articolo 9.3 del testo costituzionale, oltre che dei criteri logici: le nuove tecnologie consentono una pubblicazione praticamente immediata nelle gazzette ufficiali (elettroniche), mentre la dottrina del Tribunale costituzionale lascia intravedere questo requisito per i regolamenti di necessità.

L'obbligo di rispettare e proteggere i diritti fondamentali deriva anche dal testo costituzionale, motivo per cui l'effetto su questi diritti attraverso l'emanazione di regolamenti di necessità deve essere marcatamente circostanziale. Questo effetto implica una delimitazione del diritto –dato che si tratta di una norma– da cui derivano limitazioni attraverso la sua applicazione concreta. L'azione normativa deve essere sempre proporzionata e temporanea, e non ci sono limiti *a priori* su questo punto, purché questi due elementi siano soddisfatti. Infatti, l'effetto può essere molto "intenso", incidendo sul diritto fino a derogarne *pro tempore* il contenuto essenziale senza implicare una sospensione, e molto "esteso", colpendo un numero indeterminato di persone, purché sia "puntuale" come richiesto dalla giurisprudenza costituzionale. Il parametro di controllo deve essere, insomma, *la durata* della misura: se si tratta di incidere sul contenuto essenziale del diritto in modo non puntuale (contingibile), si dovrà ricorrere agli stati di eccezione e di assedio; infine, se si tratta di incidere sul diritto in modo duraturo nel tempo, sarà necessario prevederlo in una legge –ordinaria oppure organica, a seconda dei casi– attraverso un provvedimento standard (atti necessitati). La clausola generale –e i suoi regolamenti di necessità– hanno una funzionalità molto diversa dagli altri istituti del Diritto di necessità, motivo per cui possono effettuare queste interferenze specifiche o circostanziali con i diritti. Gli unici limiti assoluti in relazione ad essi si trovano nella Costituzione spagnola come "riserve costituzionali": la sospensione dei diritti –di natura non puntuale o contingibile– (*ex* articolo 55.1) e il ricorso alla giurisdizione militare (*ex* articolo 117.5).

Sedicesimo. I regolamenti di necessità devono rispettare i requisiti stabiliti nella clausola generale di necessità. La clausola generale prevede requisiti specifici che

devono essere necessariamente rispettati, relativi all'organo competente ad agire e ad altri specifici requisiti procedurali, la cui violazione comporta la nullità del regolamento di necessità. Sarebbe tuttavia opportuno aggiornare la normativa vigente su questo punto: prevedendo un espresso riferimento al fatto che il procedimento di redazione sarà disciplinato dalle disposizioni della clausola di abilitazione, richiedendo una motivazione scritta dei provvedimenti adottati, o anche ammettendo la possibilità che i passaggi procedurali espressamente indicati dalla normativa che regola i provvedimenti da emanare in situazioni di necessità possano essere effettuati *a posteriori*, quando non sia possibile farlo *ex ante* per motivi di urgenza, purché ciò sia coerente con il principio di proporzionalità.

Dalla clausola generale deriva anche l'obbligo di rispettare il bilancio abilitativo nella sua attivazione, variando a tal fine le nomenclature. La violazione della clausola generale comporta la nullità per violazione della gerarchia delle norme (la sua disposizione legale) e per eccesso di potere (articolo 70.2 della Legge 29/1998, del 13 luglio, che regola la Giurisdizione Contenziosa-Amministrativa). Saranno nulli anche i regolamenti di necessità emessi in conformità alle condizioni di abilitazione, ma che non hanno nulla a che fare con la situazione di emergenza o che sono chiaramente sproporzionati.

Il regolamento di necessità deve essere limitato nel tempo ed emesso solo per stabilire la normativa applicabile in una situazione eccezionale per la quale non esiste alcuna disposizione nell'ordinamento giuridico. Se supera questo limite temporale o stabilisce "modificazioni stabili della realtà", sarà nullo. La sua durata, quindi, sarà determinata o determinabile: è determinabile quando può essere estrapolata dalla situazione di fatto e cessa automaticamente di essere in vigore; è determinata quando è espressamente prevista nella sua lettera –di solito in una disposizione finale– l'indicazione del momento in cui terminerà, diventando automaticamente nulla se continua a produrre effetti oltre quel periodo di tempo.

Diciassettesimo. La conformità al Diritto dell'Unione Europea appare come un requisito per la validità del regolamento di necessità, una conseguenza del principio del primato. A volte è lo stesso acquis europeo a prevedere tali clausole generali nella sua legislazione con effetto diretto, e in questi casi non ci sono problemi di conflitto (ad esempio, la sicurezza alimentare). In altri casi, invece, non esiste una disposizione di questo tipo, anche se la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha ammesso che le azioni

basate su una clausola generale possono alterare principi europei come la libertà di stabilimento; una posizione che sembra essere condivisa da una parte della giurisprudenza italiana per quanto riguarda le ordinanze di necessità (in virtù della loro efficacia derogatoria). Il dibattito si riduce essenzialmente alla coesistenza tra il principio della supremazia costituzionale e il principio del primato europeo.

Tuttavia, il principio del primato europeo potrebbe essere fatto coesistere con i regolamenti di necessità in base al principio di precauzione, anch'esso di natura europea. Le misure necessarie potrebbero essere giustificate da quest'ultimo, affermando che l'emanazione di questo tipo di norme eccezionali risponde alla loro applicazione, non contraddicendo così –o almeno non direttamente– il suddetto acquis europeo.

Diciottesimo. I regolamenti di necessità devono essere sottoposti a un controllo totale e assoluto, di cui la magistratura, e in particolare la giurisdizione contenziosa-amministrativa, è l'organo di controllo per eccellenza. Dato il potere di questa figura, nonché la sua temporaneità, sembra necessario riformare le norme procedurali, creando un ricorso giurisdizionale *ad hoc* per impugnare i regolamenti di necessità nei tempi e nelle forme dovute ed evitare di giudicarle quando sono scomparse dall'ordinamento giuridico, conciliando questa realtà con la validità essenziale del regolamento di necessità in situazioni reali di crisi.

Diciannovesimo. L'emanazione e l'applicazione di regolamenti di necessità richiedono una garanzia di natura patrimoniale, che si manifesta nelle requisizioni civili temporanee delle norme di espropriazione forzata e nella responsabilità patrimoniale della Pubblica Amministrazione. La garanzia patrimoniale è indispensabile per il privato che può essere colpito da un potere così esorbitante, soprattutto in considerazione del fatto che la validità del regolamento di necessità viene esercitata nei suoi confronti senza che egli sia stato parte in causa. È necessario delimitare il regime della responsabilità patrimoniale in situazioni di necessità, per evitare abusi da parte dei poteri pubblici; abusi che, ricordiamolo, mancano di un efficace contrappeso giurisdizionale: in assenza di rimedi giudiziari corretti, la responsabilità patrimoniale si pone come importante correttivo.

Ventesimo. Le clausole generali di necessità consentono alle autorità pubbliche di conciliare due mandati: da un lato, rispettare la legalità e, dall'altro, e allo stesso tempo, agire in situazioni imprevedibili, proteggendo persone e beni. La graduale reclusione

degli stati di necessità verso questo tipo di clausole con riconoscimento giuridico in Spagna e nei diversi Paesi che ci circondano (Germania, Italia) contrasta con le azioni *contra legem* che sono ancora ammesse dalla giurisprudenza in altri Paesi (Francia), essendo il primo modello più adatto al funzionamento dello Stato di Diritto. Questa realtà, insieme all'imprevedibilità dei nuovi rischi –tecnologici, industriali, climatici, ecc.– che si prospettano, rende indispensabile lo studio di tali clausole generali e dei loro prodotti normativi –regolamenti di necessità– al fine di delineare un regime giuridico che fornisca agli operatori del Diritto una maggiore certezza nel loro corretto utilizzo, nonché migliori garanzie per i soggetti interessati, con l'obiettivo di specificarne e delinearne i limiti e gli opportuni controlli. La costruzione dogmatica del regolamento di necessità appare come un elemento essenziale del suddetto equilibrio.

***

SINTESI

I.- INTRODUZIONE

Qualsiasi giurista spagnolo che si interroghi sui tipi di regolamenti esistenti nell'ordinamento spagnolo, in termini di rapporto con la legge, risponderà –senza bisogno di riflettere molto– con la seguente enumerazione: regolamenti esecutivi (*secundum legem*), regolamenti indipendenti (*praeter legem*) e, infine, regolamenti di necessità (*contra legem*). Questa trilogia normativa –formulata da Lorenz VON STEIN più di centocinquanta anni fa– è diventata parte inseparabile della teoria delle fonti del Diritto amministrativo spagnolo ed è stata ereditata, come se fosse un mantra, nei diversi trattati e manuali della disciplina nell'ultimo secolo.

La questione non è banale. La figura in analisi non è –come potrebbe sembrare a prima vista– un istituto residuale del nostro Diritto pubblico, ma la sua delimitazione e configurazione è di straordinaria importanza in quanto direttamente connessa, tra le tante altre questioni, con la teoria delle fonti del Diritto, i limiti all'ingerenza nei diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri o addirittura il controllo delle autorità chiamate a detenere i primi. È quindi essenziale costruire un sistema che faccia coesistere le cose apparentemente incompatibili: il perseguimento dell'interesse generale e il rispetto della legalità nella regolamentazione dell'eccezionale, dell'imprevedibile. Il regolamento di necessità emerge quindi come figura centrale, volta a promuovere tale equilibrio.

La stesura del presente documento è iniziata nel 2017 in un contesto molto diverso da quello che si prospettava. Negli ultimi anni, infatti, si è assistito a un revival del cosiddetto Diritto di necessità, conseguenza di situazioni di crisi molto diverse tra loro: dall'applicazione dell'articolo 155 della Costituzione spagnola, a una pandemia globale, a fenomeni naturali come una tempesta di neve ("Filomena") o l'eruzione di un vulcano sull'isola di La Palma. Non si tratta quindi di un lavoro frettoloso, scritto in occasione del COVID-19 o delle catastrofi citate, ma di un'analisi pacata, sviluppata nel tempo, con precisa obiettività, che ha portato a una riflessione giuridica profonda e rivista, frutto di anni di ricerca.

In ogni caso, le disquisizioni teoriche e giurisprudenziali fatte sull'argomento sono servite a delineare alcuni di questi strumenti –come gli stati eccezionali o la

coercizione statale– ma la verità è che, sebbene siano stati fatti alcuni progressi, l'istituto che occupa queste pagine non ha goduto della stessa sorte. Non esiste ancora uno studio sistematico sulla disciplina del regolamento di necessità nel nostro Paese che ne spieghi l'origine, l'evoluzione e il regime giuridico. Alla luce dei vari riferimenti nella letteratura giuridica, ci sono solo due caratteristiche che si possono prevedere in generale per i regolamenti di necessità: che sono una manifestazione del potere normativo e che fanno parte del suddetto corpo del Diritto di necessità.

La figura è chiaramente indeterminata nel Diritto spagnolo, essendo l'espressione utilizzata per riferirsi a un insieme eterogeneo di istituzioni con un regime giuridico marcatamente differenziato. Per questo motivo appare ancora "fondamentale" realizzare uno studio disteso e approfondito di questo istituto, con l'obiettivo di dissipare i dubbi esistenti in tal senso. E questo per quanto riguarda la sua origine storica nel Diritto comparato e la sua successiva ricezione, evoluzione e sviluppo dogmatico nel nostro Paese, nonché, in definitiva, la sua base costituzionale, il suo inserimento, i suoi limiti e il suo controllo nel nostro ordinamento giuridico.

II.- SCOPO

Lo scopo di questo lavoro non è altro che cercare di svelare cosa si nasconde sotto l'espressione "regolamento di necessità" (*reglamento de necesidad*). La tesi qui sostenuta è che il "regolamento di necessità" nel nostro Paese è un istituto autonomo, con un proprio regime giuridico differenziato. Si sostiene inoltre che i tratti e le caratteristiche di questa figura sono il prodotto di molteplici avatar storici e dogmatici, che affondano le loro radici nella formazione stessa degli Stati costituzionali europei e che sono giunti nel nostro Paese (Spagna) attraverso la traduzione di opere giuridiche straniere e il loro adattamento al nostro sistema giuridico in diverse fasi differenziate: in primo luogo, identificandole con le azioni realmente *contra legem* compiute dalle autorità competenti in conseguenza della mancanza di una base legale; in secondo luogo, come espressione generica per riferirsi a diverse tipologie di strumenti di Diritto di necessità; e, in un terzo momento storico –in cui ci troviamo– come figura identificata con il prodotto normativo delle clausole generali di necessità previste nelle norme di pubblica sicurezza.

Infine, si vuole anche mostrare che questa terza e ultima concezione dei regolamenti di necessità permette di differenziarli da altri strumenti previsti per le

situazioni di crisi, nonché, di conseguenza, che è addirittura possibile delineare una teoria generale di questa specifica figura.

III.- METODOLOGIA E RISULTATI

Per raggiungere il suddetto obiettivo, l'opera è suddivisa in due parti principali distinte, che a loro volta comprendono sette capitoli a sé stanti.

La prima parte, intitolata "Origine, evoluzione e sviluppo del regolamento di necessità nel Diritto comparato", ha proprio questo scopo. Viene effettuata un'analisi storica del concetto –sia dal punto di vista terminologico che funzionale– in tre sistemi giuridici europei fondamentali per questa ricerca: tedesco, francese e italiano. Questa prima parte è suddivisa in quattro capitoli: "L'inerzia e le lezioni del Diritto comparato"; "Il regolamento di necessità in Germania: origini ed evoluzione"[1]; "Note sull'idea di 'regolamento di necessità' nel Diritto francese"; e, infine, "Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità nel Diritto italiano"[2].

L'approccio sistematico adottato –attraverso l'analisi di tre ordinamenti giuridici di straordinaria importanza nella formazione del nostro Diritto pubblico– consente di comprendere in prospettiva storica e comparata il trattamento delle crisi e il loro rapporto con l'idea di "regolamento di necessità". Solo con questo punto di partenza è possibile affrontare in modo solido la sezione successiva del lavoro di Dottorato, che si concentra sulla nascita, lo sviluppo e la configurazione dell'istituto all'interno dei nostri confini.

La seconda parte è intitolata "Il regolamento di necessità in Spagna: origine storico, situazione attuale e teoria generale". È suddiviso in tre capitoli distinti che analizzano, rispettivamente, la ricezione e l'evoluzione della figura nel nostro Paese nel corso della storia costituzionale, la sua configurazione attuale nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza e, infine, sviluppano una teoria generale a tal fine. Questi tre capitoli hanno i seguenti titoli: "Il regolamento di necessità nel Diritto storico spagnolo"; "La configurazione del regolamento di necessità dopo la Costituzione del

[1] Ciò non sarebbe stato possibile senza il soggiorno di ricerca dottorale –da gennaio ad aprile 2021– presso l'Università di Costanza (Germania) sotto la supervisione del Prof. Dr. Dr. h. c. Martin IBLER.
[2] È stato fondamentale svolgere un soggiorno di ricerca presso l'Università di Bologna (Italia) sotto la tutela della Prof.ssa Claudia TUBERTINI durante il mese di gennaio 2023.

1978"; e, infine, "La costruzione dogmatica del regolamento di necessità nell'ordinamento giuridico spagnolo".

La metodologia utilizzata fornisce una prospettiva sull'istituto: dalla creazione di un terreno di coltura adeguato nel corso del XIX secolo alla sua adozione da parte della letteratura giuridica all'inizio del XX secolo, passando per il suo successivo sviluppo dogmatico, fino al suo riconoscimento e consolidamento nella dottrina e nella giurisprudenza attuali. Si chiude con l'ultimo capitolo volto a delineare una teoria generale dell'istituto, operando una delimitazione concettuale, analizzando la sua natura e la sua distinzione rispetto alle figure affini, specificando la sua posizione costituzionale e il suo significato rispetto alla legge, i requisiti richiesti per il suo valido utilizzo, nonché, infine, i contrappesi e i controlli esistenti di fronte a tale potere. Infine, il capitolo si chiude con una serie di riflessioni finali.

In breve, l'obiettivo del presente lavoro è quello di fornire una spiegazione razionale della nozione di "regolamento di necessità". È in questa direzione che si cerca di dare una risposta solida, coerente e fondata a una parte rilevante del sistema delle fonti, conciliando l'esistenza del regolamento di necessità con la validità e l'efficacia delle norme e dei principi costituzionali e, infine, offrendo risposte sui suoi limiti e sul suo controllo.

PRIMA PARTE. ORIGINE, EVOLUZIONE E SVILUPPO DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ NEL DIRITTO COMPARATO

CAPITOLO PRIMO. L'INERZIA E LE LEZIONI DEL DIRITTO COMPARATO

I.- INTRODUZIONE E CONTESTO

L'attenzione ai diversi sistemi giuridici è essenziale per poter comprendere le proprie istituzioni giuridiche. L'attuale trattamento della figura del regolamento di necessità in Spagna risponde a una serie di vicissitudini storiche che si sono verificate oltre i nostri confini. È quindi necessario indagare le origini e l'evoluzione del concetto nei sistemi giuridici comparati, con l'obiettivo di capire come è nato, come è arrivato nel nostro sistema giuridico e, infine, quale uso può avere nella sua configurazione attuale.

Lo stesso ragionamento può essere applicato alla sua configurazione in prospettiva futura. L'attuale approccio a questa figura nei diversi trattati e manuali di Diritto amministrativo spagnolo, così come nella giurisprudenza spagnola, non solo non è omogeneo, ma, a volte, è addirittura contraddittorio. L'esempio di altri ordinamenti può essere utile, insomma, per offrire un quadro migliore dell'istituto.

II - LA SCELTA DEL DIRITTO TEDESCO, FRANCESE E ITALIANO

La scelta dei sistemi giuridici tedesco, francese e italiano non risponde a preferenze opportunistiche, personali o arbitrarie. L'influenza di questi tre sistemi giuridici è indiscutibile nel processo di formazione e sviluppo del Diritto pubblico spagnolo, e la loro importanza nella configurazione delle diverse categorie che compongono il nostro pensiero giuridico è ampiamente riconosciuta[3].

La posizione del regolamento di necessità non avrebbe fatto eccezione. In ciascuno di questi tre sistemi, inoltre, essa assume linee evolutive diverse, finendo per essere adattata o respinta a seconda del contesto costituzionale, della tradizione giuridica e dei meccanismi esistenti per affrontare situazioni straordinarie nei diversi periodi storici. L'adattamento concettuale non è, insomma, un innesto o un "trapianto"

[3] L'allusione a questi tre Paesi –Germania, Francia e Italia– una tradizione della nostra dottrina accademica che è sopravvissuta fino ai giorni nostri. *Vid*., recentemente, SOSA WAGNER, F., e FUERTES LÓPEZ, M., *Clásicos del Derecho Público (I). Biblioteca básica para estudiosos y curiosos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.

giuridico, ma l'assegnazione di un'espressione –di origine germanica– a strumenti diversi presenti in altri Paesi di tradizione giuridica latina.

L'esame di questi tre sistemi –e della loro influenza– serve a spiegare l'origine e l'evoluzione del regolamento di necessità nel nostro Paese, nonché a tentare di elaborare una teoria generale in merito. A differenza della Francia –paese in cui il consolidamento della teoria delle circostanze eccezionali nella giurisprudenza impedirà il ricorso a questa figura– l'importanza dei sistemi italiano e tedesco è, su quest'ultimo punto, fondamentale. È lì che si è sviluppato con maggiore precisione un dogma dottrinale e giurisprudenziale delle clausole generali di necessità; una previsione che, come vedremo, finisce per ricollegarsi ai nostri tradizionali regolamenti di necessità.

In breve, non si tratta di effettuare un acritico "trapianto giuridico" nel nostro ordinamento, ma piuttosto di cercare di dare senso e virtualità a un istituto presente nel Diritto spagnolo da più di un secolo.

CAPITOLO SECONDO. IL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ IN GERMANIA: ORIGINI ED EVOLUZIONE

I. – I REGOLAMENTI DI NECESSITÀ NELLE MONARCHIE COSTITUZIONALI TEDESCHE DEL XIX SECOLO.

La nascita della *Notverordnung* (ordinanza/regolamento di necessità) nelle monarchie germaniche del XIX secolo si basava su presupposti molto specifici. La dottrina accademica germanica di fine Ottocento e inizio Novecento discuteva sulla sua origine. La posizione maggioritaria –come ricorda HANSEL– sosteneva che la troviamo nella Costituzione francese del 1814, mentre altri sostenevano che la sua origine fosse da ricercare nel Diritto inglese (HATSCHEK), o addirittura nel Diritto germanico stesso. Su quest'ultimo punto, è stato sostenuto che il suo precedente può essere trovato nel "diritto di imposizione di necessità" (*Recht der Notbesteuerung*) nella Costituzione del Ducato di Sassonia-Weimar-Eisenach del 1809 (SPIEGEL); oppure, secondo MENZEL, nelle stesse istituzioni del Primo Impero, cioè del Sacro Romano Impero Germanico (962-1806), durante il quale –soprattutto nel XVI secolo– l'Imperatore utilizzava la *lex provisoria*, poi trasferita nei testi costituzionali del *Vörmarz* dai vari autori che parteciparono alla stesura della *Deutsche Bundesakte* del 1815.

Tuttavia, non è possibile parlare di *Notverordnungen* in senso stretto, poiché prima dell'istituzione dello Stato costituzionale non c'era né la causa né la possibilità di sviluppare una forma di legislazione differenziata come queste norme, per cui non erano necessarie, pertanto, i precedenti *stricto sensu* si trovano negli Stati costituzionali post-rivoluzionari, come la Carta francese del 1814 o, quattro anni prima, il Decreto IV del 27 settembre 1810 delle Cortes di Cadice in Spagna.

D'altra parte, la comparsa della *Notverordnung* nei testi costituzionali tedeschi del XIX secolo rispondeva a un chiaro sfondo filosofico e politico, ovvero a tre situazioni: la dottrina del *Notrecht* o "Diritto di necessità"; l'importanza e la posizione del principio monarchico; e, infine, il particolare rapporto tra legge e regolamento dell'epoca. Per quanto riguarda la prima questione, il "Diritto di necessità" autorizzava i privati ad agire al di fuori della legge in situazioni di emergenza, e ciò era giustificato. Questa dottrina si è evoluta in Germania verso lo Stato, tanto che –grazie al contributo di HEGEL– è diventata uno *Staatsnotrecht* o "Diritto di necessità dello Stato" del sovrano, che consentirebbe a quest'ultimo, in situazioni straordinarie, di separarsi dalla

legge e agire al di fuori di essa, compiendo le azioni necessarie per garantire la sopravvivenza dello Stato.

Il secondo, il principio monarchico, implicava che il potere risiedesse nel monarca e non nel Parlamento. Nei testi costituzionali germanici del XIX secolo, il Re appare quindi come l'espressione della sovranità. Infine, il rapporto tra legge e regolamento si inseriva come corollario a quanto detto sopra. A differenza degli altri sistemi costituzionali dell'epoca –e, in particolare, di quello francese– la legge non si poneva come gerarchicamente superiore ai regolamenti, ma piuttosto il rapporto tra queste due azioni era orizzontale, di competenza. Da qui l'idea della riserva di legge (*Gesetzesvorbehalt*), che impediva al monarca di agire negli ambiti riservati alla legge e, quindi, al Parlamento (libertà e proprietà; *Freiheit und Eigentum*). La *Notverordnung* si presentava quindi come una razionalizzazione dello *Staatsnotrecht* –inserendosi nei testi costituzionali–, come un'espressione del principio monarchico e, infine, come un'azione che permetteva di entrare nel dominio della legge, nel senso della distribuzione delle materie indicate.

La questione di come far rientrare il regolamento di necessità in una delle categorie giuridiche esistenti è stata una questione centrale nella dottrina germanica nel periodo che va dall'inizio del XIX secolo fino alla promulgazione della Costituzione di Weimar. In una prima fase, queste azioni del monarca vennero identificate con vere e proprie leggi, anche se provvisorie o intermedie, e vennero definite leggi provvisorie (*provisorische Gesetze*), come ZOEPFL o VON HELD. In secondo luogo, dopo la pubblicazione della *Verwaltungslehre* di VON STEIN, fu negata la loro collocazione come vere e proprie leggi, con la motivazione che non vi era alcun intervento parlamentare e che quindi dovevano essere regolamenti, quindi *Notverordnungen.* Su un terzo punto, alcuni autori –WIELANDT; VON ROENNE– diranno che si tratta di regolamenti con forza di legge provvisoria, o, direttamente –come LABAND– con forza di legge (*Gesetzeskraft*). Già con una certa prospettiva, la dottrina di inizio secolo (HANSEL) difenderà che si tratta di una forza simile a quella della legge, ma che non è identica, perché la sua capacità di incidere su norme di rango legale non è altro che il loro stordimento o anestesia, ma non la loro abrogazione.

Così, i vari testi costituzionali germanici avrebbero incluso il potere regolamentare di necessità (*Notverordnungsrecht*), che prevedeva che il monarca

potesse emanare "misure necessarie" (*notwendige Maßnahmen*) in situazioni straordinarie per la protezione dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza. Secondo VON STEIN, ci furono tre ondate di Costituzioni germaniche e, con esse, tre tipi di regolamenti di necessità. La prima (1800-1830) prevedeva questa possibilità praticamente senza requisiti o limiti, dando grande libertà al monarca ed essendo influenzata dalla Costituzione francese del 1814 (Costituzioni del Baden del 1818, del Württemberg del 1819 o dell'Assia del 1820); la seconda ondata fu influenzata dall'esperienza francese del 1830 e stabilì alcuni limiti all'esercizio di questo potere (Costituzioni del Sächsen-Altemburg del 1831, del Kurhessen dello stesso anno, di Braunschweig del 1832, ecc.); infine, la terza ondata coprirebbe il periodo successivo alla rivoluzione del marzo 1848, con la Costituzione prussiana del 1850 di particolare rilievo.

In conformità con il loro periodo storico, i testi costituzionali prevedevano diversi limiti e requisiti all'esercizio del potere regolamentare di necessità, soprattutto a partire dal 1830. Tutti –implicitamente oppure esplicitamente– imponevano la temporaneità delle misure, ma è degno di nota il fatto che, con il progredire del XIX secolo, vi furono sempre più cautele e limitazioni nella loro regolamentazione, il che non costituì un ostacolo al loro generoso utilizzo da parte dei monarchi, di cui il caso prussiano è un chiaro esempio.

La Costituzione dell'Impero tedesco del 16 aprile 1871 (*Bismarcksche Reichsverfassung*) rappresenta un cambiamento di mentalità rispetto ai testi costituzionali ottocenteschi, presentando un prurito più democratico e sminuendo –almeno in apparenza– la posizione tradizionale del Capo di Stato: il Monarca è sostituito dall'Imperatore o *Kaiser*, quest'ultimo privato del carattere sovrano della figura regale. La conseguenza di questo cambiamento di mentalità fu l'incorporazione nella Carta costituzionale della nozione continentale di supremazia della legge, rompendo così con la tradizione germanica della divisione del potere normativo tra il monarca –ora *Kaiser*– e il Parlamento.

Dal punto di vista dei poteri di necessità, anche il cambiamento di mentalità e la transizione a un sistema democratico portarono a un cambiamento. La nuova Costituzione del 1871 non prevedeva più una clausola generale a favore del *Kaiser* per l'emanazione di "misure necessarie" (*notwendige Maßnahmen*) in situazioni di crisi.

Questo spiega perché si è discusso se questa costituzione prevedesse o meno un potere regolamentare di necessità (*Notverordnungsrecht*).

Gli unici poteri di necessità presenti in questo testo sono quelli dell'articolo 68, che autorizzava il *Kaiser* a dichiarare lo stato di guerra (*Kriegszustand*). La dottrina maggioritaria (LABAND; HUBER) ha inteso che il precetto non contenesse un'autorizzazione a emanare *Notverordnungen*, ma che il testo costituzionale assumesse la configurazione del Diritto di eccezione (*Ausnahmerecht*). Solo un autore (HANSEL) ha inteso questa autorizzazione come se permettesse l'emanazione di "regolamenti di necessità speciali" (*spezielle Notverordnungen*), distinguendoli dai regolamenti di necessità classici o veri, sopra menzionati (*eigentliche Notverordnungen*).

Inoltre, l'avvento della Prima Guerra Mondiale portò allo sviluppo di strumenti di necessità nei vari Stati coinvolti nella guerra. Uno di questi fu la tecnica delle leggi di abilitazione o dei pieni poteri (*Ermächtigungsgesetze*), utilizzata anche in Germania, come conseguenza del fatto che la Costituzione del 1871 aveva abbandonato il sistema delle classiche clausole generali (*Notverordnungen* classiche) e adottato il modello del Diritto di eccezione con lo "stato di guerra", in quanto insufficiente. È in questo contesto che fu approvata la Legge di abilitazione alla Prima Guerra Mondiale del 4 agosto 1914 (*Kriegs-Ermächtigungsgesetz*). I regolamenti emanati in base a questa legge non erano considerati dalla dottrina come regolamenti di necessità –o almeno non nel senso tradizionale del XIX secolo– anche se la loro funzione pratica era senza dubbio molto simile. Tuttavia, pur svolgendo la stessa funzione, non si parla più di "regolamenti di necessità", dato che la configurazione costituzionale era radicalmente cambiata. Questo spiega anche perché la letteratura giuridica successiva –con una certa prospettiva storica– preferisce usare l'espressione "regolamenti giuridici che rappresentano la legge" (*gesetzesvertretende Rechtsverordnungen*) per riferirsi a queste azioni (HUBER).

II.- L'EVOLUZIONE DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ SOTTO LA COSTITUZIONE DI WEIMAR

L'adozione della Costituzione di Weimar del 1919 segnò un cambiamento di mentalità: il principio monarchico fu definitivamente sostituito dal principio parlamentare e il Parlamento fu posto al centro del sistema giuridico e politico.

Il consolidamento della legge come centro del sistema giuridico costringerà la dottrina ad abbandonare la concezione tradizionale del rapporto tra legge e regolamento. Si cercava quindi un nuovo concetto di legge che trascendesse la tradizionale distinzione tra legge formale (*formelle Gesetz*) e legge materiale (*materielle Gesetz*), così come la nozione di "proposizione giuridica" (*Rechtssatz*). La dottrina maggioritaria era restia ad accettare l'idea che per legge si dovesse intendere qualsiasi intervento sulla proprietà e sulla libertà –nel senso tradizionale di "riserva di legge" (*Gesetzesvorbehalt*)– che non impedisse all'Esecutivo di poter incidere, attraverso un'autorizzazione (*Ermächtigung*), su queste materie.

Per quanto riguarda il Diritto di necessità, sono proliferate due tecniche: l'uso di leggi di abilitazione da un lato e l'attivazione dell'articolo 48.2 della Costituzione dall'altro. Per quanto riguarda la prima, ci sono state diverse ondate di leggi di abilitazione: quelle basate sulle "sottodeleghe" –*Subdelegationen* o "vecchi poteri" (*Alt-Ermächtigungen*)– che furono sviluppate sulla base della Legge di abilitazione del 1914 e che, sebbene approvate sotto il testo del 1871, rimasero in vigore sotto il nuovo testo di Weimar; un secondo gruppo di leggi di abilitazione fu approvato nei mesi precedenti l'entrata in vigore della Costituzione di Weimar (nel 1919); il terzo gruppo si sviluppò dopo l'entrata in vigore del testo di Weimar e fu approvato nel noto contesto della crisi economica tra il 1920 e il 1923, con l'approvazione di cinque leggi a questo scopo; un quarto gruppo di leggi di abilitazione fu approvato nel 1926 e nel 1927, con l'obiettivo di ottenere una rapida attuazione dell'Accordo economico austro-tedesco del 1° settembre 1920.

D'altra parte, è necessario sottolineare l'uso dell'articolo 48 della Costituzione di Weimar, che conteneva nel suo paragrafo 2 un potere a favore del Presidente del *Reich* di dettare "misure". La sua applicazione fu molto estesa, data la situazione di crisi in cui si sviluppò la Costituzione di Weimar. Inoltre, fu utilizzato non solo per affrontare le tradizionali situazioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, ma anche per affrontare situazioni finanziarie o economiche, e fu quindi definito "stato di eccezione economico-finanziario" (*wirtschaftlich-finanzielle Ausnahmezustand*).

La maggior parte della dottrina lo intendeva come un semplice aggiornamento dello "stato d'assedio" (*Belagerungszustand*) o "stato di guerra" (*Kriegszustand*) già previsto dalla Costituzione del 1871. In altre parole, è stato inteso come un modello di

Diritto di necessità collegato non alle *Notverordnungen* classiche, ma al moderno Diritto di eccezione. D'altra parte, la nozione di "misura" (*Maßnahme*) e la sua efficacia sono state discusse, soprattutto da SCHMITT e JACOBI, con l'intesa che da essa potessero derivare atti e regolamenti. Inoltre, dal 1930 si è compreso –sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza– che i regolamenti con forza di legge potevano essere emanati sulla base di questo articolo 48.2 (*Verordnungen mit Gesetzeskraft*).

In ogni caso, l'espressione tradizionale di un regolamento di necessità (*Notverordnung*) cambia –almeno a livello accademico– con la Costituzione di Weimar del 1919, nonostante le chiare analogie del suo articolo 48.2 con le autorizzazioni generali presenti nei testi costituzionali del XIX secolo. A tal fine, si possono distinguere due tipi di azione.

In primo luogo, l'autorizzazione prevista dall'art. 48.2, che consentirebbe l'emanazione di regolamenti "dittatoriali" (HUBER), che gran parte della dottrina distinguerebbe dai classici *Notverordnungen* con la motivazione che questo termine dovrebbe essere riservato a quei regolamenti emanati in situazioni di necessità e nei casi in cui il Parlamento non venga riunito (all'epoca: SCHMITT; SCHOENBORN; più avanti nel tempo: HUBER). A mio avviso, questa posizione non regge: nell'Ottocento esistevano testi costituzionali che non richiedevano l'assenza del Parlamento (le Costituzioni dell'Assia o del Württemberg) e, inoltre, nella pratica, nella stampa e nel linguaggio comune, il termine *Notverordnungen* veniva ancora utilizzato per indicare le azioni di cui all'articolo 48.2 CW. Questa espressione è ancora oggi utilizzata in relazione a questo periodo. Nella pratica, però, la dottrina dell'epoca ha raccolto il testimone, preferendo modificare questo concetto tradizionale in quello di regolamenti che rappresentano la legge (*gesetzesvertretende Verordnungen*), proprio perché si tratta di norme che agiscono dove la legge dovrebbe agire, ma che per motivi eccezionali non può farlo. Quindi "rappresentano" la legge.

Dall'altro lato, troviamo i regolamenti "autorizzati", come prodotto delle leggi di abilitazione. Va notato che, per una parte della dottrina di inizio secolo (HANSEL), i regolamenti emanati da una legge speciale –per motivi straordinari e con efficacia claudicante– erano intesi come "regolamenti di necessità speciali" (*spezielle Notverordnungen*), che potevano conferire poteri non solo al Capo dello Stato, ma anche ad altri organi esecutivi. Tuttavia, le varie leggi di abilitazione sopra citate non

prevedevano –secondo la dottrina– *Notverordnungen*, ma regolamenti che rappresentavano la legge (*gesetzesvertretende Verordnungen*). Solo HUBER, in relazione alle leggi di abilitazione del 1926 e del 1927, ha parlato di *Notverordnungen* in relazione ai procedimenti basati su di esse. Questo perché tali leggi prevedevano l'emanazione di regolamenti quando il Parlamento non era in sessione.

Si può quindi affermare che in questo periodo in Germania si verifica un cambiamento terminologico: la nozione di *Notverordnung* viene abbandonata a favore di un regolamento che rappresenta la legge (*gesetzesvertretende Verordnung*). Ciò coincide con il trasferimento in altri Paesi –Francia, Italia, Spagna– dell'espressione "regolamento di necessità" attraverso una traduzione letterale dell'espressione (rispettivamente "règlament de nécessité"; "ordinanza di necessità"; "reglamento de necesidad").

III.- IL MODELLO DELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA: IL DIRITTO DI ECCEZIONE E IL DIRITTO DI PREVENZIONE DEI PERICOLI

L'adozione della Legge fondamentale tedesca nel 1949 (*Grundgesetz*, di seguito GG) ha significato il definitivo abbandono in Germania della nozione di "regolamento di necessità" (*Notverordnung*). Questo abbandono è stato causato dal nuovo rapporto tra legge e regolamento, nonché dall'inclusione del Diritto di eccezione nel nuovo testo costituzionale, in cui sono riconosciuti solo alcuni stati eccezionali.

Per quanto riguarda il rapporto tra legge e regolamento, la *Grundgesetz* è stata creata con l'intento di concentrare il potere normativo nel Parlamento, che è l'autorità che autorizza tutti gli interventi normativi dell'Amministrazione: la legge appare come il centro del sistema, sia in termini di gerarchia (*Gesetzesvorrang*) sia in termini di materie da regolare attraverso la riserva di legge (*Gesetzesvorbehalt*). Ciò è espressione dell'articolo 20 III GG e del principio dello Stato di Diritto. Nell'ambito della Legge fondamentale, tutti i regolamenti devono essere autorizzati da una legge (*Ermächtigung*), come stabilito dall'articolo 80 GG, e sono quindi tutti "regolamenti giuridici" (*Rechtsverordnungen*), in quanto possono essere vincolanti per i privati perché sono in grado di creare Diritto (*Rechtssatz*).

Nonostante la centralità della tecnica dell'"abilitazione" (*Ermächtigung*) presente nell'articolo 80 GG, la verità è che il testo costituzionale contiene ancora due gruppi di

azioni dell'Esecutivo che si allontanerebbero dalla suddetta configurazione per agire: lo "stato di necessità legislativa" dell'articolo 81 GG e i poteri transitori del Titolo XI GG. In quest'ultimo caso, si è soliti sostenere che le disposizioni degli articoli 119, 127 e 132 IV conferiscono all'Esecutivo il potere di agire *ex Constitutione*, il che ha portato la dottrina a considerare questa come una manifestazione –l'unica manifestazione– di un potere normativo autonomo. Le disposizioni dell'articolo 129 GG si spingono oltre, ammettendo –generalmente– che sulla sua base vengano emanate "regolamenti giuridici che modificano o integrano la legge" (*gesetzesändernde und gesetzesergänzende Rechtsverordnungen*) o norme che si porrebbero "al posto della legge", una dizione che ha portato la dottrina a parlare di "regolamenti giuridici che rappresentano la legge" (*gesetzesvertretende Rechtsverordnungen*). Tuttavia, a prescindere dalla terminologia, in tutti questi casi la conseguenza è la stessa: l'attribuzione di rango legale a un regolamento. In ogni caso, l'espressione tradizionale "regolamento di necessità" (*Notverordnung)* viene omessa.

Sono quindi interessanti le "autorizzazioni regolamentari" (*Verordnungenermächtigungen*) sviluppate nel campo del "Diritto di prevenzione dei pericoli" (*Gefahrenabwehrrecht*) sulla base di una semplice "clausola generale" (*Generalklausel*), che consentono di emanare regolamenti su questa base. La loro importanza risiede nell'analogia con i "regolamenti di necessità" in senso nazionale e sono pienamente ammissibili in Germania alla luce dell'articolo 80 GG.

La stessa omissione si riscontra per quanto riguarda il modello di Diritto di necessità previsto dalla Legge fondamentale tedesca, che include un sistema di Diritto di eccezione, riconoscendo diversi stati eccezionali che sono stati suddivisi in "situazioni di necessità esterna" (*äusserer Notstand*) e "situazioni di necessità interna" (*innerer Notstand*), a seconda dell'origine dell'interferenza con l'ordine stabilito. Così, nell'ambito dei pericoli esterni, la dottrina tedesca distingue quattro tipi di situazioni nel testo costituzionale tedesco, che appaiono per gradi nel contesto di una minaccia crescente: lo "stato acconsentito" o "accettato" (*Zustimmungsfall*); lo *Spannungsfall* o "stato di tensione"; la cosiddetta "clausola di alleanza" (*Bündnisklausel*); e, infine, lo "stato di difesa" (*Verteidigungsfall*), come situazione di pericolo più aggravata. D'altra parte, esistono due tipi di risposta alle situazioni di pericolo che possono sorgere dall'interno: in primo luogo, i "disastri naturali" (*Naturkatastrophen*) o un "disastro particolarmente grave" (*schwerer Unglücksfall*), secondo l'articolo 35 GG; e in secondo

luogo, lo "stato di necessità dello Stato" (*Staatsnotstand)* finalizzato alla "difesa da un pericolo che minaccia la libertà fondamentale e la democrazia della federazione o di uno Stato", secondo l'articolo 91 I GG.

L'analisi dello schema della Legge fondamentale dimostra che si tratta di un Diritto di eccezione di natura eminentemente rigida, che difficilmente può far fronte alle situazioni eccezionali che possono presentarsi oggi. Proprio a causa di questa rigidità, l'acquis relativo al Diritto di prevenzione dei pericoli è stato utilizzato per affrontare la crisi COVID-19 in un primo momento, fino a quando non è stato progettato uno stato eccezionale legale al suo interno e sotto i suoi presupposti, al di fuori delle figure sopra menzionate.

Attraverso questo Diritto di prevenzione dei pericoli (*Gefahrenabwehrrecht*), sia le norme generali di polizia che le leggi speciali (acqua, salute pubblica, ambiente, ecc.) stabiliscono la possibilità per le autorità competenti di prevenire e affrontare i pericoli attraverso una serie di misure riconosciute dalla legge; misure che possono essere concrete e specifiche –quindi chiamate misure standard– o che possono derivare da una clausola di chiusura generale. Siamo di fronte a una crisi –o anche a una semplice prevenzione– della sicurezza pubblica, che autorizza le varie autorità statali, regionali e locali ad agire, ma non in modo così incisivo da richiedere l'attivazione del Diritto di eccezione. In ogni caso, si può intervenire con misure standard (*Standardmaßnahmen*) e, se del caso, con una clausola generale (*Generalklausel*). La tecnica della "clausola generale" come ultimo baluardo contro la protezione dei pericoli non è una vera e propria specialità tedesca: si trova in tutti gli ordinamenti giuridici europei, sia storicamente che nel presente. Tuttavia, il suo sviluppo in Germania è stato unico ed è stato "sdrammatizzato", dal momento che viene utilizzato non solo come *ultima ratio* in situazioni straordinarie, ma anche in molti altri contesti.

In generale, il Diritto di pubblica sicurezza tedesco ha la sua base centrale nella Legge Federale sulla polizia (*Bundespolizeigesetz, BPolG*) del 19 ottobre 1994. Tuttavia, questa legge viene utilizzata raramente, poiché la maggior parte delle competenze in materia di sicurezza appartiene ai *Länder* e quindi, in pratica, sono le loro Leggi di polizia che devono essere attivate per la protezione della sicurezza pubblica. A livello particolare, si può dire che esistono clausole generali per praticamente tutte le azioni amministrative: per affrontare i pericoli derivanti dalle

acque; per la protezione del suolo; nel campo dei rifiuti; dell'inquinamento atmosferico; della sicurezza alimentare; o, infine, della protezione dalle malattie infettive, tra le tante. Tutte queste norme hanno il carattere di *lex specialis* rispetto alle norme generali di polizia, prevalendo nella loro applicazione perché regolano un pericolo specifico. Lo stesso si può dire delle loro misure standard e delle clausole generali: queste ultime possono essere utilizzate solo quando le prime non sono sufficienti.

Tuttavia, la Legge sulla prevenzione e il controllo delle malattie infettive umane (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankenheiten beim Mensche*) del 20 luglio 2000 –meglio nota come "Legge sulla protezione dalle infezioni" (*Infektionsschutzsgesetz*, o *IfSG*)– ha svolto un ruolo importante nella lotta contro la COVID-19. Inizialmente, le autorità hanno agito attraverso la clausola generale (prevista dall'articolo 28), ma in seguito la legge è stata modificata per creare un nuovo stato eccezionale, dati i dubbi sulla costituzionalità di agire in questi termini.

Una volta attivata la presunzione di fatto, l'applicazione di queste misure standard e clausole generali ha alcuni limiti, con il rispetto del principio di proporzionalità (*Verhältnismässigkeitprinzip*), così come di tutti i suoi sotto-principi, particolarmente importanti. Anche il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, sebbene in questo caso si possa fare una distinzione tra: diritti che richiedono un'autorizzazione giudiziaria per essere limitati (ad esempio, l'ingresso nel domicilio); diritti che la Costituzione consente espressamente di limitare (ad esempio, l'articolo 11 GG relativo alla libertà di circolazione in caso di pandemia); o, infine, tutti gli altri diritti. Per quanto riguarda questi ultimi, è controverso in che misura possano essere limitati o ristretti mediante una clausola generale. In ogni caso, è necessario che la limitazione del diritto sia riconosciuta dalla legge (articolo 19 GG), che la limitazione sia di natura generale e, infine, che menzioni espressamente il diritto che si intende limitare (*Zitiergebot*).

In ogni caso, si può dire che, dato che la clausola generale agisce in modo sussidiario di fronte a rischi non previsti, è possibile interferire anche con i diritti fondamentali, che però sono ammessi solo in via transitoria, per far fronte alla situazione imprevista. In una fase successiva, il legislatore dovrà elaborare misure standard *ad hoc* per colmare il vuoto temporaneamente riempito dalla suddetta clausola. Il controllo di tutti questi elementi viene effettuato dall'autorità amministrativa chiamata

ad attivare la clausola generale e successivamente dall'autorità giudiziaria competente per quanto riguarda il controllo delle sue emanazioni.

IV.- L'EREDITÀ DEL "REGOLAMENTO DI NECESSITÀ" NELLA CULTURA GERMANICA

La linea storica tracciata dal "regolamento di necessità" nei territori dell'Europa centrale ha lasciato un'eredità disomogenea; un'eredità che si manifesta oggi da due prospettive diverse.

Da un lato, il riorientamento dell'espressione tradizionale –*Notverordnung*– verso strumenti giuridici di funzionalità identica a quella del decreto legge in alcune nazioni di tradizione germanica: in Austria (articolo 18, paragrafi 3, 4 e 5, della Costituzione del 1920), in Svizzera (articolo 185 della Costituzione del 1999) o nel Liechtenstein (articolo 10 della Costituzione del 1921, dopo la riforma del 2003). Questo paragone si ritrova anche in alcuni *Länder* tedeschi *(*articolo 44 della Costituzione della Bassa Sassonia del 1993), nonché in alcuni Paesi dell'America Latina (Argentina, dove l'espressione "regolamento di necessità" è utilizzata dalla dottrina più autorevole per riferirsi ai Decreti di Necessità e Urgenza previsti dall'articolo 99.3 della sua Legge fondamentale). In sintesi, si può affermare che il tradizionale "regolamento di necessità" ha finito per essere equiparato ai decreti legge latini –italiani, spagnoli– in alcuni territori di tradizione culturale germanica. Questo fatto è sorprendente, soprattutto se si tiene conto del fatto che la traduzione dell'espressione nelle lingue romanze –e nei sistemi giuridici in cui si sono sviluppate– si staccherebbe proprio da tali decreti legge e si collegherebbe rapidamente ad altri strumenti giuridici di tipo diverso.

D'altra parte, l'abbandono della stessa terminologia e funzionalità dello strumento in questione in Germania dopo la Seconda Guerra Mondiale. Ciò non ha tuttavia impedito lo sviluppo di altri strumenti orientati in una direzione simile. La *Notverordnung* tradizionale era destinata ad affrontare situazioni imprevedibili in cui la sicurezza pubblica era minacciata. Questo spiega perché –di norma– la sua inclusione nei vari testi costituzionali ha assunto la forma di un'autorizzazione per il monarca –o il Presidente del *Reich*, *ex* articolo 48.2 CW– a emanare "le misure necessarie" (*die notwendige Maßnahmen*). L'attuale Diritto di prevenzione dei pericoli tedesco contiene spesso disposizioni di natura simile: le cosiddette "clausole generali" (*Generalklauseln*) che autorizzano l'"autorità competente" a emanare –anche in questo caso– "le misure

necessarie". In effetti, tutte queste autorizzazioni –nonostante le ovvie differenze– hanno lo stesso obiettivo di fondo: riconoscere una clausola di salvaguardia per le situazioni imprevedibili.

Questo intento –unitamente alle loro analogie di configurazione– spiega perché la terminologia sia stata collegata nella tradizione giuridica italiana e spagnola –in una chiara traduzione del termine tedesco– alle espressioni di "ordinanza di necessità" (Italia) e "reglamento de necesidad" (Spagna). In realtà, le analogie tra le clausole generali in materia di pubblica sicurezza e quelle previste per l'emanazione delle *Notverordnungen* sono tali che in Svizzera –Paese in cui coesistono entrambe le figure, anche se la seconda in veste di decreto legge– è stato addirittura condotto uno studio comparativo tra le due.

Questo non è il caso della legislazione tedesca: le clausole generali del Diritto di prevenzione dei pericoli sono chiaramente "sdrammatizzate". La loro motivazione di base non è quella di fungere da valvola di sicurezza in situazioni di necessità impreviste, ma piuttosto di fungere da molla giuridica che può essere attivata in ogni tipo di contesto (di crisi o meno). Ciò è evidente anche dalla sua formulazione: a differenza delle disposizioni spagnole o italiane, le clausole generali tedesche non fanno riferimento –nel presupposto fattuale abilitante– a "catastrofi", "disgrazie", "situazioni eccezionali" o espressioni simili. Infatti, sebbene il loro esercizio sia stato fondamentale nei primi giorni della pandemia COVID-19, le critiche dottrinali e giurisprudenziali a tale applicazione e la successiva creazione di un stato eccezionale *ad hoc* per fornire una maggiore copertura alle azioni, ci fanno intravedere la posizione di questi meccanismi nell'ordinamento tedesco.

In ogni caso, l'eredità del regolamento di necessità è innegabile. La sua funzionalità –come meccanismo di *ultima ratio* di fronte a situazioni incerte– ha finito per permeare le clausole generali del Diritto di prevenzione dei pericoli; disposizioni che, insomma, presentano un funzionamento praticamente identico a quello presente in altri ordinamenti giuridici –come quello spagnolo o italiano, fatta eccezione per la loro pruriginosità dell'eccezionalità– di dettare regolamenti o ordinanze di necessità. È per tutti questi motivi che l'importanza della tradizione germanica nella presente esposizione è fondamentale non solo dal punto di vista terminologico, ma anche per quanto riguarda l'attuale configurazione giuridico-positiva dei nostri regolamenti di

necessità nazionali, nonché la loro funzionalità, dato il grado di sviluppo e di chiarezza dogmatica raggiunto in Germania per quanto riguarda le loro clausole generali.

CAPITOLO TERZO. NOTE SULL'IDEA DI "REGOLAMENTO DI NECESSITÀ" NEL DIRITTO FRANCESE

I.- INTRODUZIONE

Nonostante l'importanza del Diritto francese nell'evoluzione e nello sviluppo del Diritto spagnolo, è vero che questo è un po' più limitato nello studio del "regolamento di necessità". Sia la nozione che lo sviluppo dottrinale di tale istituto sono eminentemente germanici (*Notverordnung*) e godono di uno stampo concettuale e categoriale nell'attuale Diritto italiano ("ordinanza di necessità"). Ciò spiega perché il presente lavoro affronta il Diritto francese da una prospettiva un po' più ristretta rispetto a quella delineata per il Diritto tedesco e italiano .

II.- LEGGE E REGOLAMENTO NEL DIRITTO FRANCESE

Gli articoli 34 e 37 della Costituzione francese del 1958 prevedono rispettivamente una riserva di legge e una riserva di regolamento, al fine di conferire a entrambi gli strumenti normativi una sfera d'azione propria. A questo proposito, i regolamenti possono essere esecutivi (*règlement d'exécution*) o, se del caso, "autonomi" (*règlement autonome*), categoria quest'ultima oggi pienamente accettata e che si riferisce a quelle norme regolamentari emanate dal governo non in virtù di una legge, ma in virtù della Costituzione stessa, in conformità alla suddetta riserva di regolamento.

Il sistema si chiude con la dinamica delle "ordinanze" (*ordonnances*) dell'articolo 38 –trasposizione dei *Décrets-lois* della prima metà del secolo scorso– che consentono al Governo di agire nell'ambito riservato alla legge, a condizione che una legge di abilitazione, votata dal Parlamento, glielo consenta, indicando l'estensione e la durata di tale autorizzazione. Il rapporto tra legge e regolamento nell'ordinamento francese rientra in questo quadro, motivo per cui, *a priori*, l'emanazione di regolamenti contrari alla legge è inconcepibile nell'attuale quadro costituzionale.

III.- LE ISTITUZIONI DEL DIRITTO DI NECESSITÀ

Il Diritto francese riconosce una pluralità di strumenti per affrontare le crisi, combinando costruzioni giurisprudenziali e disposizioni costituzionali e legali, che –a differenza di altri sistemi giuridici– vengono costantemente aggiornate e adattate.

A livello costituzionale, sono riconosciute due figure. Da un lato, nell'articolo 36, lo stato d'assedio (*ètat de siége*); uno stato militare eccezionale che può essere dichiarato solo in caso di pericolo imminente derivante da una guerra straniera o da un'insurrezione armata. I suoi effetti sono evidenti: la gestione della situazione viene trasferita a un'autorità militare; i poteri di polizia esercitabili in tale contesto vengono estesi; e, in tempo di guerra, viene attivata la possibilità di ricorrere alla giurisdizione militare.

D'altra parte, l'articolo 16 riconosce al Presidente della Repubblica un potere generale di dettare le "misure richieste dalle circostanze" (*mesures exigées par ces circonstances*), nei casi in cui "le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi obblighi internazionali sono minacciati in modo grave e immediato e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto". Questa disposizione –chiaramente ispirata all'articolo 48.2 della Costituzione di Weimar– si configura come un caso di "dittatura costituzionale", come riconosciuto dalla dottrina francese, che consente al Capo dello Stato di emanare le "ordinanze" (*ordonnances*) –manifestazioni di queste "misure"– necessarie a ristabilire l'ordine.

A livello legale, troviamo lo stato di emergenza (*l'état d'urgence*). Questo istituto è stato creato dalla Legge del 3 aprile 1955 sullo stato di emergenza, simile allo stato d'assedio, anche se privo di base costituzionale e finalizzato a fronteggiare un pericolo imminente derivante da gravi turbative dell'ordine pubblico o da eventi che, per la loro natura o gravità, costituiscono calamità pubbliche. Il suo uso è stato costante per tutta la durata della Costituzione del 1958, anche se non è stato costituzionalizzato. Oltre a questo stato giuridico eccezionale, esiste un altro stato di emergenza sanitaria (*état d'urgence sanitaire*) di recente creazione, istituito dalla legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 (*Loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*).

Tutte le disposizioni citate sono integrate dalla "teoria delle circostanze eccezionali" (*théorie des circonstances exceptionnelles*), che si configura come una dottrina giurisprudenziale secondo la quale le autorità pubbliche possono agire in assenza di un'autorizzazione legale o costituzionale per affrontare una situazione eccezionale o di crisi. In altre parole, agire *extra* e *contra legem*. La dottrina trae origine dalla teoria giurisprudenziale dei poteri di guerra creata all'indomani della Prima Guerra

Mondiale, in base alla quale, data l'assenza di meccanismi giuridici sufficienti, il Consiglio di Stato francese riconobbe la possibilità di agire senza base legale in situazioni straordinarie. Questo, a sua volta, si ispirava alla dottrina del *Droit de nécessité*, trascrizione del *Notrecht* germanico.

La teoria giurisprudenziale si è sviluppata, ammettendo casi diversi dalla guerra (scioperi, disordini pubblici, disastri naturali e calamità, ecc.), ed è ormai pienamente consolidata in dottrina e giurisprudenza, che peraltro finisce per delineare i requisiti per la sua azione, nonché i suoi limiti. La letteratura giuridica ha sottolineato che le autorità competenti possono emanare diverse "misure" (*mesures*), che assumono la forma sia di "decisioni individuali" (*décisions individuelles*) –atti amministrativi– sia di "regolamenti" (*règlements*).

IV.- LA RICEZIONE E L'ABBANDONO DEL "REGOLAMENTO DI NECESSITÀ" NEL DIRITTO FRANCESE E LA SUA DISCONNESSIONE DALLE CLAUSOLE GENERALI DI NECESSITÀ

La Costituzione francese del 1814 stabiliva all'articolo 14 che "il *Re (*...) emana i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato" (*le roi (...) fait les règlements et ordonnances necessaires pour l'exécution des lois et la sûrete de l'État*). Il riferimento dell'ultima clausola del precetto alla "sicurezza dello Stato" ha portato alcuni autori tedeschi (HANSEL), spagnoli (ROYO VILLANOVA) e francesi (BARTHÉLEMY, DUGUIT) a discutere se questa fosse l'origine dei regolamenti di necessità in senso classico (*Notverordnungen*).

L'espressione, tuttavia, appare fortemente legata alla teoria dei poteri di guerra –predecessore, come abbiamo visto, della teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali– durante il periodo tra le due guerre, che ammetterebbe la legittimità di numerosi decreti senza alcuna autorizzazione legale per affrontare la situazione. Ciò ha portato autori, come DUGUIT e JÈZE, a utilizzare l'espressione tedesca (*Notverordnungen*) e a tradurla come "regolamenti di necessità" (*règlements de nécessité*), mentre altri, come BARTHÉLEMY e DUEZ, hanno preferito l'espressione "ordinanze di necessità" (*ordonnances de nécessité*) o di "pericolo" (*ordonnances de détresse*). Tuttavia, il collegamento di queste azioni prive di fondamento legale o costituzionale con la nozione di *Notverordnung* scomparve, tra l'altro perché si consolidò definitivamente la teoria giurisprudenziale delle circostanze eccezionali: ciò

implicava dare razionalità giuridica alle azioni de facto attraverso una spiegazione autenticamente francese, che non richiedeva più il ricorso a figure straniere come lo *Staatsnotrecht* o le *Notverordnungen*, entrambe di tradizione germanica. Solo un autore ha mantenuto l'espressione per riferirsi agli atti normativi dettati in base alla teoria delle circostanze eccezionali (NIZARD).

La ricezione dell'espressione non si è consolidata nemmeno dopo la Costituzione del 1958. Sebbene l'articolo 16 di quest'ultima includesse un modello di clausole generali a favore del Presidente della Repubblica, chiaramente ispirato all'articolo 48.2 della Costituzione di Weimar e, di conseguenza, erede dei tradizionali "regolamenti di necessità" (*Notverordnungen*), la letteratura giuridica francese –con alcune eccezioni– avrebbe omesso il rapporto tra i due precetti, cercando di giustificarne le differenze . La spiegazione di questa avversione dottrinale a recepire la nozione tedesca –data la loro evidente somiglianza– si può forse trovare, ancora una volta, nella preferenza della letteratura giuridica francese a ricorrere alle proprie istituzioni rispetto a quelle di un Paese come la Germania, con cui si era appena combattuta un'altra guerra. Alla fine, e oggi, i vari manuali e trattati di Diritto pubblico francese non fanno più riferimento alla nozione di "regolamento" o "ordinanza" di necessità (*règlement de nécessité; ordonnance de nécessité*).

Va aggiunto che in Francia, a differenza di Paesi come l'Italia o la Germania, le "misure necessarie" potevano –e possono– essere ordinate senza bisogno di alcuna disposizione di legge, purché siano soddisfatti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza amministrativa in materia di circostanze eccezionali. Questo fatto, forse, spiega perché in questo Paese non si è sviluppata una dottrina chiara delle clausole generale di necessità, o almeno non al livello del "potere di ordinanza italiano" –e delle "ordinanze di necessità" che lo accompagnano– o delle *Generalklauseln* tedesche.

Se consideriamo i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per l'applicazione di questa teoria, gli effetti che essa produce in termini di forma, sostanza e competenza, nonché, infine, i presupposti di fatto di fronte ai quali la giurisprudenza ha ammesso il suo esercizio, vedremo che non si discostano troppo dai dati sopra riportati: il risultato dell'emanazione di "misure necessarie" sulla base di una clausola generale è praticamente identico a quello che si verifica quando tale emanazione avviene senza una base giuridica, ma sulla base di una teoria giurisprudenzialmente consolidata. In ogni

caso, il riconoscimento di una clausola generale di abilitazione sembra preferibile all'agire sulla base della mera forza dei fatti.

CAPITOLO QUARTO. IL POTERE DI ORDINANZA E LE ORDINANZE DI NECESSITÀ NEL DIRITTO ITALIANO.

I.- INTRODUZIONE: UN APPROCCIO ALLA NOZIONE DI "ORDINANZA DI NECESSITÀ" NEL DIRITTO ITALIANO

Le "ordinanze di necessità e urgenza" sono una figura pienamente accettata nell'ordinamento italiano e ampiamente definita in tutti i suoi aspetti dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dallo stesso Diritto positivo. La loro configurazione è simile a quella che –secondo la dottrina maggioritaria– si applica ai regolamenti di necessità in Spagna: le ordinanze, in quanto riconosciute da una legge, hanno la capacità di derogare ad altre norme di rango legale per far fronte a una situazione straordinaria e urgente e sono emanate anche sulla base di una clausola generale (potere di ordinanza).

II.- LEGGE E REGOLAMENTO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Il sistema delle fonti del Diritto in Italia presente nella Costituzione del 1947 si basa sul primato della legge: i regolamenti sono, *a priori*, subordinati all'autorizzazione legislativa, secondo la meccanica della riserva di legge e il principio di legalità (articoli 70 e 87). A ciò si aggiungono la legislazione delegata (articoli 76 e 78) e la tecnica dei decreti legge (articolo 77). I regolamenti, dal canto loro, si classificano in tre gruppi: i regolamenti esecutivi, che non integrano la materia legislativa e si limitano a disciplinare ciò che è strettamente necessario per orchestrare l'esecuzione della legge; i regolamenti integrativi, che sviluppano le legge in tutto ciò che sono autorizzati a fare; e, infine, i regolamenti indipendenti, che regolano le materie in cui non esiste una regolamentazione della legge precedente.

Questa configurazione si completa con la nozione di riserva di legge, distinguendo tra riserva "assoluta" e "relativa": la prima implica che il potere normativo si esaurisca nella legge, in quanto ad essa viene attribuito non solo il quadro normativo o i principi, ma tutta l'attività normativa con carattere dettagliato o articolato, lasciando al regolamento la mera esecuzione di quanto indicato nella normativa; mentre la seconda implicherebbe una determinazione delle linee guida o dei principi che la norma o l'azione amministrativa deve assumere, consentendo al regolamento, come fonte secondaria, di occuparsi del dettaglio normativo sulla base di quanto indicato nella legge.

III.- IL "POTERE DI ORDINANZA" NEL DIRITTO ITALIANO

La nozione di ordinanza ha diversi significati nel Diritto italiano (nel Diritto processuale, nel Diritto di polizia, ecc.). Si parla di "ordinanze di necessità", "ordinanze di necessità e urgenza", "ordinanze contingibili ed urgenti", ecc., ma sono tutte espressioni equivalenti (GIANNINI).

Per quanto riguarda le sue origini storiche, l'idea di ordinanza è legata a qualsiasi azione dell'impero del sovrano nel Diritto italiano precostituzionale. La chiarificazione concettuale delle diverse emanazioni dell'Esecutivo permetterà di far emergere nel XIX secolo nozioni come regolamento, decreto o atto amministrativo, lasciando la parola "ordinanza" come termine residuale. Sotto lo Statuto Albertino non esistevano poteri di necessità, anche se, nella pratica, essi venivano utilizzati anche attraverso diverse configurazioni dottrinali: da un lato, lo "stato d'assedio"; dall'altro, attraverso il ricorso all'emanazione di decreti o ordinanze da parte del Governo per far fronte alla situazione di necessità, con la letteratura giuridica italiana di fine Ottocento e inizio Novecento che parla di "ordinanze di necessità", utilizzando questa terminologia sotto la chiara influenza delle *Notverordnungen* tedesche.

A queste ultime azioni è stato conferito uno status legislativo con la Legge n. 100 del 31 gennaio 1926. Con questo riconoscimento legale dei decreti legge, negli anni Venti e Trenta si consolida la confusione tra questa figura e le "ordinanze di necessità". Negli anni Trenta, Santi ROMANO utilizzò questa espressione per indicare "gli atti con efficacia di leggi formali", compresi i decreti legge, i bandi militari, i decreti che dichiaravano lo stato di assedio o di guerra, ecc. Con l'avvento della Costituzione del 1947 e l'esplicito riconoscimento dei decreti legge in quel testo, restava da chiarire a quale categoria specifica appartenessero le figure rimanenti. La risposta sarà data in tre modi: dottrina, giurisprudenza e diritto positivo.

Quella dottrinale viene da GIANNINI, che in un articolo del 1948 compie due progressi fondamentali nella teoria delle ordinanze di necessità: da un lato, esse vengono finalmente dotate di una propria autonomia, differenziandole da concetti affini –bandi militari, decreti legge, ecc.– e configurando la sua natura e i caratteri fondamentali. Dall'altro, lo studio di queste si concentra sulla norma abilitante (e non tanto sull'ordinanza in sé), configurando questo potere attribuito all'Amministrazione dalla legge come "potere derogatorio necessitato".

Questa dottrina sarebbe stata poi ripresa dalla Corte Costituzionale italiana di recente creazione, con pronunce relative ai poteri eccezionali di autorità come il Prefetto o il Sindaco, che avrebbero finito per consolidare la conformità delle ordinanze di necessità alla Magna Carta, delimitando requisiti sempre più esigenti per il loro utilizzo. In terzo luogo, infine, l'intero corpus dottrinale e giurisprudenziale cristallizzato nel sistema giuridico-positivo italiano, con l'introduzione di requisiti, controlli e limiti nelle norme generali del procedimento amministrativo, nonché nelle leggi speciali che regolano le specifiche attribuzioni dei diversi poteri ordinatori, è particolarmente degno di nota.

L'ordinanza di necessità gode di autonomia nel Diritto italiano, essendo pienamente distinta da altri concetti. Ciò è chiaro in relazione agli atti amministrativi, anche se la sua distinzione dai cosiddetti "atti necessitati" o "provvedimenti necessitati" ha talvolta dato luogo a difficoltà. Si distinguono anche dai regolamenti, poiché le ordinanze di necessità –di norma – non hanno un contenuto normativo e, inoltre, sono finalizzate all'esecuzione della legge. Infine, si distinguono dai decreti legge, nonostante il fatto che tradizionalmente vi sia stata confusione tra di essi. Tutte queste precisazioni fanno sì che oggi ci troviamo di fronte a una categoria a sé stante, caratterizzata dall'atipicità, dall'indeterminatezza o dall'elasticità del loro contenuto; dal potere di derogare –ma non di abrogare o modificare– le norme giuridiche di cui sono portatori; e, infine, dal fatto che possono essere emanati solo in situazioni eccezionali, imprevedibili e urgenti, cioè in presenza di un pericolo che richiede il ricorso ad essi e non ai mezzi ordinari di azione (potere sussidiario).

Allo stesso modo, la posizione delle ordinanze di necessità nel sistema italiano delle fonti è stata una questione molto dibattuta. Data la loro emanazione da parte dell'autorità amministrativa, ci si è chiesti se abbiano o meno un contenuto normativo, anche se la maggioranza della dottrina –insieme alla Corte costituzionale italiana– ritiene che le ordinanze possano essere "eventualmente" normative.

Inoltre, va notato che la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato la compatibilità delle ordinanze di necessità con la riserva di legge e il principio di legalità. Per quanto riguarda il primo, ciò è possibile nei casi di riserva relativa, poiché la norma legale abilitante stabilisce le linee guida o i criteri di azione che, in ultima analisi, delimitano la discrezionalità dell'organo a cui è attribuito il potere di ordinanza.

Lo stesso vale per il principio di legalità: ci sarebbe un principio di legalità "relativo" – collegato a questa riserva di legge "relativa"– che richiederebbe semplicemente un'autorizzazione legale per l'autorità amministrativa ad agire.

D'altra parte, resta inteso che la sua capacità di "derogare" alle norme vigenti rispetta il sistema delle fonti, la gerarchia delle norme e, infine, il principio di legalità, in quanto si tratta di una materia temporanea e in situazioni straordinarie; è un tipo di efficacia distinta dalla sospensione o abrogazione delle norme e caratteristica di queste ordinanze di necessità. In ogni caso, per quanto riguarda la costituzionalità di queste materie, la Corte Costituzionale si è spinta a sottolineare come questo strumento risponda al principio di "buon andamento" dell'articolo 97 della Costituzione.

IV.- LE ORDINANZE DI NECESSITÀ NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO

Nell'ordinamento italiano è ampiamente riconosciuto il potere di ordinanza e delle ordinanze di necessità, sia a livello statale che locale.

Dal punto di vista locale, sono molteplici i precetti che attribuiscono un potere di ordinanza ai Sindaci e, di conseguenza, che li autorizzano a emanare ordinanze di necessità: dall'articolo 7 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248 (la cui validità è oggi contestata), alle disposizioni della legislazione speciale, ai poteri –particolarmente importanti– contenuti nel Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, di approvazione del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Nel caso del Prefetto oggi, questo potere sembra essere incluso –in vigore– solo nell'articolo 2 del Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS), approvato con Regio Decreto n. 773 del 18 giugno 1931 (e tuttora in vigore).

L'uso di ordinanze di necessità da parte dei poteri dello Stato non gode di altrettanta tradizione come nel caso locale già analizzato, o almeno non nel senso attuale del "potere di ordinanza". Tuttavia, si possono trovare diverse manifestazioni, come in materia sanitaria –ad esempio, l'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, che istituisce il Servizio Sanitario Nazionale– o in materia ambientale –ad esempio, l'articolo 8.3 della legge 8 luglio 1986, n. 349, che istituisce il Ministero dell'Ambiente. Tuttavia, vale la pena sottolineare le disposizioni in materia di protezione civile, la cui attuale disciplina è contenuta nel Decreto Legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, che approva il Codice della protezione civile, il quale introduce un maggior numero di

requisiti ed elementi regolamentati, limitando ulteriormente, se possibile, questi poteri di ordinanza.

L'emanazione di ordinanze di necessità ai sensi di questo testo è in qualche modo diversa dalle situazioni precedenti, dato che per poterle emanare è necessario che il Consiglio dei Ministri, su proposta del suo Presidente, dichiari lo "stato di emergenza di rilievo nazionale". Inoltre, l'emanazione di queste ordinanze di necessità è soggetta a una serie di requisiti aggiuntivi –devono essere emanate entro i limiti dello stato di emergenza; devono indicare le norme a cui intendono derogare; ecc– e devono essere emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile.

V.- REQUISITI PER LA VALIDITÀ DELLE ORDINANZE DI NECESSITÀ

La natura eccezionale delle ordinanze di necessità implica una riduzione dei requisiti procedurali, sebbene alcuni di essi siano ancora mantenuti. Il primo requisito riguarda la comunicazione: perché l'ordinanza sia efficace, deve essere comunicata ai destinatari, mediante pubblicazione o notifica.

Di interesse sono i requisiti previsti dal Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 sul riordino del diritto di accesso civico e degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, che richiede "la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga"; "i termini temporali eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari"; e "il costo previsto degli interventi e il costo effettivo sostenuto dall'amministrazione".

Inoltre, le ordinanze di necessità devono sempre essere temporanee. Infatti, tali strumenti, nella misura in cui sono destinati ad affrontare una situazione eccezionale, sono per loro natura limitati nel tempo. Essi cessano di essere efficaci quando viene raggiunto il limite di tempo stabilito nell'ordinanza di necessità stessa. Se l'ordinanza non prevede nulla, essa cessa di essere efficace per due motivi: da un lato, quando viene meno il presupposto di fatto che l'ha generata; dall'altro, quando è possibile agire attraverso le procedure o i canali ordinari dell'Amministrazione, perdendo così la ragion d'essere dell'ordinanza di necessità.

D'altra parte, le ordinanze presentano necessariamente una serie di limiti materiali. Il primo di questi è la sussidiarietà: il potere di ordinanza può essere utilizzato solo quando gli strumenti ordinari previsti dalle norme non sono sufficienti per affrontare la situazione da risolvere. In altre parole: può essere esercitato solo quando la situazione eccezionale è tale da non poter essere affrontata con gli strumenti ordinari o, a seconda dei casi, con le misure standard –gli "atti necessitati"– previsti dalla legge. In secondo luogo, devono essere soddisfatte le condizioni richieste dalla legge stessa per l'emissione di ordinanze di necessità.

Inoltre, le ordinanze di necessità possono agire o entrare solo in quegli ambiti predeterminati dalla legge di abilitazione, e quelle che incidono su ambiti ad esse estranei sono illegali. Per lo stesso motivo, le ordinanze di necessità non possono andare oltre la sfera di competenza spaziale dell'autorità che le emette. I limiti, almeno *a priori*, che possono essere stabiliti in relazione all'oggetto dell'ordinanza di necessità sono più chiari. Questi sono fondamentalmente stabiliti dalla Costituzione, dalla riserva di legge e dai cosiddetti "principi dell'ordinamento".

Infine, nella letteratura giuridica italiana è già stata sollevata la questione se le ordinanze di necessità –in virtù del loro potere di derogare alle norme– abbiano la capacità di derogare anche al Diritto dell'Unione Europea per far fronte a una situazione straordinaria. La questione rimane aperta: la giurisprudenza lo ha talvolta ammesso, sebbene sia generalmente inteso che il principio del primato impedirebbe agli Stati membri di agire derogando all'acquis europeo.

VI.- IL CONTROLLO DELLE ORDINANZE DI NECESSITÀ

L'ordinamento giuridico italiano prevede una miriade di strumenti di controllo del potere di ordinanza, proprio come contrappeso ai poteri ampi e indeterminati insiti in tale potere. Ciò apre una molteplicità di vie di contestazione: amministrativa, giudiziaria e, infine, costituzionale.

La via amministrativa è molto casistica, dato che la forma di contestazione e controllo dipenderà dal tipo di ordinanza in questione. La via giurisdizionale è la più importante, soprattutto quella contenziosa-amministrativa. Il controllo si esercita, in definitiva, in base al superamento o meno dei limiti formali e materiali analizzati in precedenza. In via residuale, potrebbe esserci anche il controllo della Corte

costituzionale italiana e, se del caso, della Corte di giustizia dell'Unione europea nei casi di violazione del Diritto europeo.

VII.- RICAPITOLAZIONE: SULLA POSIZIONE DELL'ORDINANZA DI NECESSITÀ NEL SISTEMA COSTITUZIONALE ITALIANO.

La depurazione giuridica a cui è stato sottoposto l'istituto del "potere di ordinanza" e delle sue "ordinanze di necessità" nell'ordinamento italiano non ha eguali in nessun altro Paese europeo. Ciò si spiega con l'assenza in Italia di un Diritto eccezionale simile a quello spagnolo o tedesco –configurato attraverso stati eccezionali– nonché con la perdita dell'originaria virtualità dei decreti legge, oggi presenti come strumento normativo ordinario con vocazione alla permanenza. In definitiva, l'approccio qui adottato al Diritto italiano lascia intravedere l'importanza di erigere una teoria generale rispetto ai nostri tradizionali regolamenti di necessità, con l'obiettivo di delimitarne i requisiti e i meccanismi di controllo, nonché, soprattutto, le garanzie che devono presiedere alla loro applicazione nei confronti dei cittadini.

PARTE SECONDA. IL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ IN SPAGNA: ORIGINE STORICA, SITUAZIONE ATTUALE E TEORIA GENERALE.

CAPITOLO PRIMO. IL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ NEL DIRITTO STORICO SPAGNOLO

I.- LE BASI PER LA RICEZIONE DELLA DOTTRINA DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ: IL CONVULSO XIX SECOLO IN SPAGNA.

L'espressione "regolamento di necessità" è stata utilizzata per la prima volta in Spagna all'inizio del XX secolo, sebbene il terreno fosse già ben preparato. Durante il XIX secolo, nel nostro Paese proliferarono le tecniche e i modelli più diversi di Diritto di necessità (Diritto di eccezione, atti di immunità, ecc.), anche se è vero che prevarranno in Diritto di eccezione e i correlativi stati eccezionali, che si combineranno con il riconoscimento della sospensione dei diritti nelle Costituzioni di tutto il secolo, a partire da quella del 1812.

Le disposizioni dei testi costituzionali spagnoli dell'Ottocento in materia di sospensione dei diritti erano coordinate con gli stati eccezionali –di assedio, guerra, allarme, ecc.– che sarebbero stati dichiarati con norme *ad hoc* durante, quasi, i primi settant'anni del XIX secolo, e che solo dopo vari tentativi –i progetti di legge del 1838, 1847, 1852, 1855– sarebbero finalmente giunti a compimento nelle Leggi di Ordine Pubblico del 1867 e del 1870.

Queste leggi definivano gli stati eccezionali, il loro regime di attivazione (dichiarazione), le misure da adottare, nonché le modalità di sospensione dei diritti; una sospensione che, va ricordato, sarebbe comparsa nei testi costituzionali dell'epoca e che, soprattutto a partire dal 1869, sarebbe stata già collegata ai suddetti stati eccezionali. Questi strumenti erano finalizzati alla tutela dell'"ordine pubblico", cioè dei disordini politici e sociali causati dall'uomo, come scioperi, sommosse, tumulti o anche rivolte popolari e guerre, ed erano quindi di tipo militare (stato d'assedio o di guerra) o civile (stato di allarme e prevenzione, stato di eccezione, ecc.). Tuttavia, le disposizioni legali pensate per affrontare contesti straordinari non si esaurivano qui.

L'analisi delle norme che regolano il Diritto di emergenza nel XIX secolo in Spagna consente una categorizzazione che può essere definita la "*summa divisio* del

Diritto di necessità spagnolo". In effetti, il Diritto di necessità in Spagna si divide in due gruppi principali. Da un lato, le disposizioni relative al mantenimento dell'"ordine pubblico" (disordini politico-sociali causati dalla mano dell'uomo), cristallizzate negli stati eccezionali contenuti –a partire dall'ultimo terzo del XIX secolo– nelle Leggi di Ordine Pubblico e nelle disposizioni di sospensione dei diritti contenute nei testi costituzionali. E, dall'altro lato, le disposizioni delle varie leggi di polizia (acqua, salute pubblica, approvvigionamento alimentare, ecc.) in situazioni di necessità causate da eventi naturali, economici, industriali, ecc. In altre parole, "atti" contro "fatti" o situazioni.

Il secondo gruppo di situazioni di crisi –causate da "eventi" naturali o di altra natura– erano coperte da norme di polizia, cioè dal Diritto comune. Durante la prima parte del XIX secolo, questo corpus normativo era molto scarno, stabilendo queste disposizioni di necessità in norme di natura puramente regolamentare; inoltre, il potere di agire su questo punto era attribuito alle autorità locali –*Gobernadores civiles* (Prefetti) e Sindaci–, probabilmente perché potevano agire più rapidamente e perché erano gerarchicamente dipendenti –per gran parte del XIX secolo– dall'autorità politica centrale. In alcuni casi, troviamo vere e proprie clausole generali di necessità a loro favore –come nell'articolo 22 dell'Istruzione per il governo economico-politico delle province del 13 giugno 1813, o nell'articolo 264 dell'Istruzione del 3 febbraio 1823; entrambi i precetti miravano a fronteggiare le malattie infettive– e in altri, semplicemente una generica attribuzione in materia (come nel caso dell'articolo 36.6 del Regio Decreto del 23 luglio 1835, per la sistemazione provvisoria dei Consigli Comunali della Penisola e delle isole adiacenti).

Le norme volte a gestire le situazioni di necessità causate da "eventi" si sono evolute a partire dalla seconda metà del XIX secolo, all'epoca del consolidamento del Diritto amministrativo speciale in Spagna, con la pubblicazione delle prime leggi in materia, come la Legge sanitaria generale del 1855, la Legge forestale del 1863 o le Leggi sulle acque del 1866 e del 1879. Queste leggi fornivano una copertura legale per le misure di necessità che potevano essere dettate dalle autorità competenti in situazioni non causate dall'uomo (incendi, inondazioni, malattie contagiose, ecc.). Tuttavia, la competenza ad agire in queste situazioni continuerà ad essere affidata alle autorità locali, come si evince non solo dalle disposizioni delle leggi speciali, ma anche dalla legislazione locale dell'epoca (leggi provinciali del 1863, 1868 e 1882).

L'eccessivo ruolo delle autorità locali nel gestire situazioni di necessità non riconducibili all'ordine pubblico, unito all'assenza di disposizioni specifiche nella legislazione di polizia a favore di quelle di natura centrale, faceva sì che il Governo –e le sue autorità– rimanessero impotenti di fronte a crisi che andavano oltre il livello locale. Questo spiega perché, per tutto il XIX secolo, le autorità centrali furono costrette ad agire di fronte a situazioni straordinarie per le quali le Leggi di Ordine Pubblico –finalizzate, va sottolineato, a reprimere gli atti degli uomini (ordine pubblico)– erano inutili senza alcuna autorizzazione. Così, per far fronte a situazioni di necessità, le autorità centrali emanarono regolamenti che mancavano di previsione legale e potevano quindi essere considerati "illegali", ma che, in compenso, stabilivano misure precise per affrontare la situazione di crisi.

Nel corso del XIX secolo, le autorità centrali emanarono vari tipi di regolamenti che contraddicevano apertamente le leggi. Si può quindi parlare di regolamenti illegali, ma emanati in contesti di crisi; regolamenti che, d'altra parte, la dottrina accademica o giurisprudenziale non aveva ancora spiegato o sui quali non aveva riflettuto, al di là del fatto inconfutabile che dovevano essere emanati per far fronte alla situazione eccezionale esistente. In questo contesto, e per tutto il XIX secolo, furono emanati tre tipi di regolamenti *contra legem*: i "pronunciamenti" (*pronunciamientos*), che modificavano il regime costituzionale esistente (e quindi erano veri e propri colpi di Stato); i regolamenti che fungevano da "leggi provvisorie" –in quanto con carattere permanente e in situazioni di normalità– e che, per la loro natura, divennero presto simili a decreti legge; e, infine, i regolamenti emanati in situazioni di necessità nel campo della polizia amministrativa, nel senso indicato nella conclusione precedente.

II.- LA RICEZIONE DELLA DOTTRINA DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ: I PRIMI ANNI DEL XX SECOLO.

L'espressione –e la dottrina– di "ordinanza" o "regolamento di necessità" viene utilizzata per la prima volta in Spagna da ROYO VILLANOVA nei suoi "Principios de Derecho Administrativo"(Principi di diritto amministrativo) del 1900, tratti da una traduzione in italiano della *Verwaltungslehre* di VON STEIN realizzata da BRUNIALTI e pubblicata nel 1897. La ricezione avviene in funzione della categorizzazione del giurista prussiano dei tre tipi di regolamento –esecutivo, indipendente e di necessità– che viene ripresa anche da ROYO VILLANOVA.

Se la ricezione dell'espressione "ordinanza di necessità" rispondeva all'esigenza di rispondere al proliferare di norme illegittime emanate in situazioni di crisi estranee all'ordine pubblico, la trilogia di VON STEIN era probabilmente dovuta a questioni più pedagogiche, soprattutto tenendo conto del suo impatto sui programmi di studio del Diritto amministrativo dell'epoca; materia che si consolidò anche nel 1900 con la creazione delle prime cattedre in Spagna.

La trilogia normativa indicata avrà successo in Spagna, così come l'espressione "ordinanza di necessità" nei primi due decenni del XX secolo, con una serie di riflessioni sulla figura. In questo periodo, la dottrina delle "ordinanze di necessità" fu utilizzata per spiegare la situazione delle norme illegali (ROYO VILLANOVA; fu ripresa da altri, come GASCÓN Y MARÍN a partire dal 1917), per poi essere descritta come *contra legem* (GÜENECHEA, 1915), e teorizzata fino a distinguerla da altri strumenti di necessità come la dichiarazione di stati eccezionali o le leggi di abilitazione (FERNÁNDEZ DE VELASCO, 1920). In questi anni si è quindi consolidata in Spagna l'espressione "ordinanza di necessità"; un'espressione che, tuttavia, si è alternata a quella di "regolamento di necessità", essendo entrambe usate in modo intercambiabile.

III.- L'EVOLUZIONE DELLA FIGURA SOTTO IL DIRETTORIO DI PRIMO DE RIVERA

L'avvento al potere di Primo de Rivera nel 1924 fu un ulteriore passo avanti nel consolidamento della dottrina del "regolamento di necessità" in Spagna. Nella letteratura giuridica continuarono a figurare gli autori del periodo precedente (ROYO, GASCÓN, FERNÁNDEZ DE VELASCO) e quelli nuovi (ÁLVAREZ GENDÍN, GARCÍA OVIEDO, JORDANA DE POZAS), con alcune novità di rilievo.

Da un lato, si consolida nella dottrina accademica la nozione di regolamenti di necessità "impropri" o riconosciuti nel Diritto positivo; si dubita –in relazione a quanto sopra– che siano *contra legem* (ÁLVAREZ GENDÍN); e, infine, si osserva che l'espressione "regolamento di necessità" corrisponde spesso a veri e propri atti amministrativi e non tanto a disposizioni normative (FERNÁNDEZ DE VELASCO). D'altra parte, il Progetto preliminare della Costituzione del 1929 e i progetti preliminari delle Leggi organiche complementari stabilirono una chiara delimitazione tra i diversi tipi di strumenti di necessità (dichiarazioni di stati eccezionali, leggi di abilitazione, ecc.), compresa la distinzione tra "regolamenti di urgenza" –che sarebbero stati equiparati ai decreti legge– e "regolamenti di necessità"– equivalenti alle *Notverordnungen* del XIX

secolo. Quest'ultima configurazione ha aperto la strada all'equiparazione dell'espressione "regolamento di necessità" a "decreto legge" negli anni a venire, a seconda dell'esperienza comparativa.

IV.- LA DOTTRINA DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ NELLA SECONDA REPUBBLICA

Durante la Seconda Repubblica spagnola, la dottrina del regolamento di necessità fu oscurata e finì per essere confusa con altri strumenti di necessità. Da un lato, perché il rapporto tra legge e regolamento all'epoca sembrava irrigidirsi, essendo quest'ultimo limitato –in linea di principio– alla mera esecuzione della legge, con l'eccezione del potere regolamentare attribuito al Presidente della Repubblica in virtù dell'articolo 76.d) della Costituzione. D'altra parte, poiché sia la Costituzione che le leggi dell'epoca –in particolare la Legge per la Difesa della Repubblica e la Legge di Ordine Pubblico del 1933– contenevano un vero e proprio arsenale di strumenti di Diritto di necessità: le leggi di delega (art. 61), i poteri dell'art. 76.d) a favore del Presidente, i Decreti legge (art. 80), gli stati eccezionali, ecc.

Questa situazione influenzò la letteratura giuridica che, pur continuando a utilizzare la trilogia di VON STEIN e i suoi "regolamenti di necessità", cercò di adattarla alla nuova situazione, ad eccezione di alcuni autori (GASCÓN Y MARÍN). Il metodo scelto per continuare a utilizzare l'espressione è quello di reindirizzarla ai diversi strumenti eccezionali previsti dalla Costituzione del 1931 (ad esempio, GARCÍA LABELLA con i decreti legge, il prodotto delle leggi di abilitazione o i decreti di sospensione dei diritti) o –direttamente– ai decreti legge (RUIZ DEL CASTILLO o ROYO VILLANOVA). Con questa configurazione, si è persa l'iniziale autonomia di cui godevano i regolamenti di necessità, e allo stesso tempo si è persa la chiarezza concettuale.

V.- I REGOLAMENTI DI NECESSITÀ NELLA DITTATURA DI FRANCO

Dopo la guerra civile spagnola, inizia il regime del generale Franco, che durerà fino alla sua morte nel 1975. La figura del regolamento di necessità non ebbe alcuna applicazione pratica in questo periodo, data la presenza di uno Stato autoritario. Tuttavia, si può notare un'evoluzione dogmatica o accademica della figura in tre fasi distinte: dall'inizio della guerra civile nel 1936 fino alla Legge sul Parlamento del 1942 (*Ley de Cortes*); da quest'ultima norma fino alla Legge Organica dello Stato del 1967

(*Ley Orgánica del Estado*, d'ora in poi LOE); infine, dalla precedente fino all'approvazione della Costituzione del 1978.

Durante il periodo 1936-1942, al Capo dello Stato –attraverso i poteri di guerra concessi dal 24 luglio 1936, passando per le leggi del 1938 e del 1939– vennero concessi tutti i poteri normativi, dal potere di emanare regolamenti alle leggi. Di conseguenza, le disposizioni del Diritto di necessità erano praticamente inesistenti durante questo periodo. Questa situazione fece sì che la figura dei regolamenti di necessità fosse relegata nell'oblio dalla dottrina dell'epoca, arrivando persino a sottolineare che la sua trattazione dogmatica non era necessaria (GASCÓN Y MARÍN).

Il rapporto tra legge e regolamento nel periodo 1942-1967 subì alcune modifiche, non tanto come conseguenza della pubblicazione della Legge sul Parlamento del 1942, ma come risultato dei contributi dottrinali apportati dalla letteratura giuridica al fine di stabilire una demarcazione tra le categorie di legge, regolamento, decreto legge, ecc. Allo stesso tempo, il Diritto di necessità in questo periodo manteneva la tradizionale *summa divisio*: l'ordine pubblico, da un lato, regolato nella Legge di Ordine Pubblico del 1959; i fatti di natura, dall'altro, in conformità con la normativa di polizia esistenti (anche se con qualche novità: fondamentalmente, l'articolo 25 della Legge di Ordine Pubblico del 1959, che stabiliva la possibilità di dichiarare lo stato di eccezione in entrambe le ipotesi).

In questo contesto, la trilogia di VON STEIN si mantiene e, di conseguenza, anche l'espressione "regolamento di necessità" sotto due diverse posizioni dottrinali: una che mantiene il suo riferimento alla figura, ma senza dare ulteriori spiegazioni (GARCÍA OVIEDO, CORDERO TORRES, ROYO VILLANOVA), e, dall'altro lato, una che la reindirizza alla figura del decreto legge (GASCÓN HERNÁNDEZ, ÁLVAREZ GENDÍN, GARRIDO FALLA, GÓMEZ-ACEBO, ecc.), dato che, anche se non per molto tempo, ha continuato a mantenere una certa pruriginosità dell'istituto del Diritto di necessità.

L'approvazione della LOE del 1967 ha portato con sé una maggiore chiarezza categoriale tra le diverse figure normative (legge, decreto legge, regolamento, ecc.), anche se i cambiamenti –sempre all'interno di uno Stato autoritario– sono stati essenzialmente cosmetici rispetto al periodo precedente. Per quanto riguarda il Diritto di necessità, si può dire lo stesso, anche se con alcune importanti eccezioni: la modifica della Legge sul Parlamento del 1942 fa sì che il decreto legge perda la sua natura

eccezionale e finisca per configurarsi come uno strumento (quasi) ordinario di normazione, venendo sostituito nella sua precedente funzione dal nuovo articolo 10.d) della LOE, che darà al Capo dello Stato il potere di dettare "misure eccezionali" in situazioni di crisi.

In questo contesto, il regolamento di necessità si afferma definitivamente in senso moderno in due modi. Da un lato, con la mozione del Consiglio di Stato sui regolamenti esecutivi del 1969, che distingueva i "regolamenti di necessità" dai concetti affini (disposizioni con forza di legge; regolamenti delegati; decreti legge, ecc.), in una dottrina che sarebbe penetrata nella dottrina della Corte Suprema a partire dal 1974. Dall'altro, attraverso la letteratura giuridica maggioritaria (GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ, VILLAR PALASÍ, PARADA, ecc.), che collegherà questa figura, fondamentalmente, alle clausole generali di necessità previste dalla legislazione vigente: dall'articolo 10.d) LOE, all'articolo 117.d) della Legge sul Regime Locale del 1950, all'articolo 17 della Legge di Ordine Pubblico del 1959, tra gli altri.

Così, negli anni Settanta, si è consolidato il regolamento di necessità come lo si vede, in generale, oggi: come un vero e proprio "regolamento" –abbandonando l'espressione "ordinanza" di necessità– distinta dai decreti legge e sempre più collegata alle clausole generali di necessità delle norme di pubblica sicurezza.

CAPITOLO SECONDO. LA CONFIGURAZIONE DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ DOPO LA COSTITUZIONE DEL 1978

I.- INTRODUZIONE

Per cercare di comprendere la posizione di questa figura nell'attuale sistema giuridico, si analizza il quadro applicabile delle due nozioni che compongono il sintagma nominale che ci interessa: l'idea di regolamento –soprattutto nel suo rapporto con la legge– e il regime del Diritto di necessità nella nostra Costituzione. In una seconda fase, una volta compresa la dinamica di entrambi gli elementi nel nostro sistema costituzionale, si affronta la situazione attuale del regolamento di necessità, sia in termini accademici che giurisprudenziali, al fine di specificare l'impatto della tradizione storica sull'attuale configurazione di questo istituto.

II.- IL PUNTO DI PARTENZA: REGOLAMENTO E NECESSITÀ NELLA COSTITUZIONE DEL 1978

La Costituzione spagnola del 1978 proclama la sottomissione dell'Amministrazione al Diritto, compresi i poteri normativi ("regolamento") e le situazioni di crisi ("necessità"). Nelle situazioni ordinarie si applicano il principio di legalità e la riserva di legge. Mentre il principio di legalità implica –in situazioni di vincolo positivo– che l'Amministrazione può agire solo se espressamente autorizzata da una legge, il principio della riserva di legge implica che l'Amministrazione non può regolamentare una certa materia senza una legge preventiva. Nel nostro ordinamento giuridico, la riserva di legge –organica, *ex* articolo 81 della Costituzione; ordinaria, *ex* articolo 53.1 della Costituzione– non è ben definita, così come non è ben definita la distinzione tra riserva di legge "relativa" e "assoluta". La Corte Costituzionale ammette che il potere regolamentare va oltre la mera esecuzione della legge, e può anche integrarla, e persino autorizzare il regolamento a entrare in aree riservate alla legge (quando c'è un'autorizzazione legale).

Per quanto riguarda le azioni straordinarie, la Costituzione prevede un sistema di Diritto di eccezione (articoli 55.2, 116, ecc.), il che significa che possono essere intraprese solo dopo che sono stati dichiarati gli stati eccezionali previsti dal testo costituzionale (allarme, eccezione e assedio).

Nella pratica, tuttavia, è stata mantenuta la *summa divisio* del Diritto di necessità: accanto al Diritto di eccezione, esiste un insieme di norme che consente alle autorità di agire in situazioni di necessità senza la preventiva dichiarazione della prima, fondamentalmente in materie non riconducibili all'ordine pubblico, sebbene quest'ultima questione sia relativizzata nel testo costituzionale con l'inclusione dello stato di allarme. Questo Diritto legale di necessità è stato approfondito a seguito della crisi del COVID-19 e la dottrina si è chiesta quale sia il suo fondamento costituzionale, collocandolo –in linea generale– nell'articolo 30.4 della Costituzione, anche se qui andrebbero aggiunti altri precetti costituzionali (articoli 31.3, 103.1, ecc.).

III.- LA RICEZIONE DEL "REGOLAMENTO DI NECESSITÀ" DOPO LA COSTITUZIONE DEL 1978

L'espressione "regolamento di necessità" gode di un triplice riconoscimento nell'ordinamento giuridico spagnolo: nel Diritto positivo –casi aneddotici nelle normative autonome e ispirati dalla giurisprudenza –; nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza. La dottrina maggioritaria include la classificazione di VON STEIN e, con essa, i regolamenti di necessità (GARCÍA DE ENTERRÍA e T. R. FERNÁNDEZ, SANTAMARÍA PASTOR, COSCULLUELA MONTANER, PARADA VÁZQUEZ, SÁNCHEZ MORÓN, ecc.), altri –senza riprendere il primo– alludono al regolamento di necessità (MUÑOZ MACHADO, BAÑO LEÓN, ÁLVAREZ GARCÍA, ecc.), mentre è minoritaria la posizione degli autori –per lo più costituzionalisti, anche se con eccezioni– che lo negano o lo omettono (GALLEGO ANABITARTE, GARRIDO FALLA, ecc.).

In generale, la dottrina definisce il regolamento di necessità come una disposizione normativa in situazioni eccezionali, emanata sulla base di un'autorizzazione legale –non sono ammesse norme illegali prive di base giuridica, anche se si usa ancora l'espressione *contra legem*– e spesso viene confusa con altre azioni in situazioni straordinarie: la letteratura giuridica si basa su una concezione *lato sensu* del regolamento di necessità.

Anche la giurisprudenza ne riconosce la figura: la Corte Costituzionale non l'ha ammessa completamente, anche se parla di "regolamenti urgenti di necessità" e di "regolamenti sanitari di necessità", proprio in relazione alla Legge organica 3/1986, del 14 aprile, sulle misure speciali in materia di sanità pubblica (d'ora in poi, LOMESP) e, in particolare, al suo articolo 3 (Sentenza della Corte Costituzionale 70/2022, del 2

giugno, considerato in diritto 7). La giurisprudenza ordinaria –in particolare la Corte di Cassazione– utilizza l'espressione in tre modi: riprendendo la trilogia di VON STEIN; utilizzando questa distinzione per spiegare quali regolamenti richiedono il parere del Consiglio di Stato nella loro stesura; e, infine, utilizzando l'espressione per coprire alcune azioni amministrative (in particolare le azioni straordinarie nel campo dell'acqua). Questa configurazione giurisprudenziale è solitamente collegata al prodotto normativo delle clausole generali di necessità –l'articolo 58 del testo unico della Legge sull'acqua, approvato con il Regio Decreto Legislativo 1/2001, del 20 luglio (di seguito, TRLA); l'articolo 3 della LOMESP; l'articolo 21, paragrafo 1, lettera m), della Legge 7/1985, del 2 aprile, che regola le basi del regime locale, (di seguito, LRBRL)–, che riflette la configurazione del regolamento di necessità *stricto sensu.*

IV.- ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA CONFIGURAZIONE DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ COME ISTITUZIONE DI NATURA PROPRIA

Si può parlare di regolamenti di necessità *lato sensu* e *stricto sensu*. I primi si riferiscono a tutte quelle disposizioni normative emanate *in situazione di necessità* –a fronte di situazioni straordinarie sotto la tutela del Diritto di necessità (stati eccezionali, atti necessitati, ecc.)– mentre i secondi si riferiscono a quelle emanate sulla base di una clausola generale di necessità. La dottrina tende alla prima configurazione (*lato sensu*) e la giurisprudenza alla seconda (*stricto sensu*).

In ogni caso, la prima configurazione sembra essere stata progressivamente abbandonata dalla dottrina, che si è orientata verso una concezione del regolamento di necessità come prodotto normativo di una clausola generale di necessità, dotando così la figura di un carattere proprio e autonomo, che consente di distinguerla da altre simili e di sviluppare una teoria generale in tal senso, con l'obiettivo di delineare l'istituto, consentendo così agli operatori giuridici di utilizzarlo senza eccessi o abusi, rafforzando al contempo la dovuta certezza del Diritto e offrendo parametri di controllo più raffinati ai tribunali, soprattutto per quanto riguarda la sua tenuta costituzionale e i suoi limiti.

CAPITOLO TERZO. LA COSTRUZIONE DOGMATICA DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO SPAGNOLO.

I.- IL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ COME CATEGORIA AUTONOMA : CONCETTO E NATURA

Il regolamento di necessità può essere definito come qualsiasi prodotto normativo e infralegale di una clausola generale di necessità prevista in una norma di rango sufficiente, di solito una legge.

Il Diritto positivo spagnolo contiene una molteplicità di clausole generali che autorizzano l'autorità competente a emanare "misure necessarie" e, di conseguenza, regolamenti di necessità. Sono paradigmatici: l'articolo 58 del TRLA; l'articolo 26 della Legge 8/2003, del 24 aprile, sulla salute degli animali (di seguito, LSA); l'articolo 21.1.m) della LRBRL; o, infine, le disposizioni relative all'igiene e alla salute pubblica, ovvero l'articolo 26 della Legge 14/1986, del 25 aprile, sulla salute generale (di seguito, LGS), l'articolo 54 della Legge 33/2011, del 4 ottobre, sulla salute pubblica generale (di seguito, LGSP) e, infine, l'articolo 3 della LOMESP. A queste se ne potrebbero aggiungere altre nell'ambito della protezione dei consumatori e degli utenti o della sicurezza alimentare, anche se è dubbioso –data la genericità con cui sono formulate– ammettere la presenza di tali autorizzazioni nella Legge statale sulla protezione civile e nella Legge statale sulla sicurezza nazionale.

Tutte queste clausole generali specificano l'attribuzione all'autorità competente del potere di dettare "misure", anch'esse specificate nei regolamenti. Questo potere normativo è concesso secondo il principio di attribuzione, in senso analogo a quanto avviene per le Autorità amministrative indipendenti: l'articolo 129.4 *in fine* della Legge 39/2015, del 1° ottobre, sulla Procedura amministrativa comune delle amministrazioni pubbliche (di seguito, LPAC) concede il potere regolamentare "quando la natura della materia lo richiede", essendo giustificato da ragioni di specialità tecnica. Tale tecnica di attribuzione si presenta anche nel presente caso: dovuto alla natura e alla specialità derivanti da una situazione imprevedibile ed eccezionale.

I diversi tipi di regolamenti di necessità emanati in base alle clausole citate hanno un regime giuridico simile, proprio per la presenza di tale clausola di abilitazione. In effetti, l'intero regime giuridico del regolamento di necessità si trova nella clausola di

abilitazione generale, il che implica che solo i requisiti –formali e materiali– indicati nella clausola di abilitazione sono richiesti per la sua emanazione, in conformità con le disposizioni della prima disposizione aggiuntiva della LPAC. A ciò si aggiunge la dottrina del "collegamento diretto della Costituzione" (*unmittelbare Verfassungsverbindung*), secondo cui qualsiasi interpretazione e applicazione della clausola generale deve essere "costituzionalmente conforme" (*verfassungskonforme Auslegung*), con il testo costituzionale che appare come il secondo elemento che determina il regime giuridico dei regolamenti di necessità, a cui si aggiunge, infine e se del caso, il Diritto dell'Unione Europea.

D'altra parte, i regolamenti di necessità sono caratterizzati dalla loro normatività e dalla loro temporalità; caratteristiche che, sebbene possano sembrare incompatibili *a priori*, in realtà non lo sono. La loro normatività deriva dal concetto di "misura", ed è stato accettato dalla letteratura giuridica e dai tribunali (Corte di Cassazione; Corte Costituzionale) che sia gli atti che i regolamenti possono essere emanati sotto questa nozione. I regolamenti sono tali quando, secondo la tesi ordinamentale, vengono inseriti nell'ordinamento giuridico, a differenza degli atti amministrativi, che decadono una volta divenuti efficaci. Solo se la "misura necessaria" ha un vero e proprio contenuto normativo, cioè stabilisce un quadro giuridico per l'applicazione della situazione straordinaria, si può parlare di regolamenti di necessità.

Questa natura normativa non contrasta con la sua temporaneità: sebbene la permanenza del regolamento di necessità sia limitata nel tempo, infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza ne riconoscono la natura normativa, e si deve intendere che esse sono inserite nell'ordinamento giuridico per il tempo necessario a fronteggiare la situazione di crisi rispetto alla quale sono state emanate. È questa temporalità nell'eccezione che consente al regolamento di necessità di avere effetti che vanno al di là di quelli che normalmente avrebbe un provvedimento amministrativo ordinario, al punto da poter incidere –temporaneamente– su materie riservate alla legge o su diritti fondamentali. Questa straordinarietà è tuttavia soggetta al rigoroso rispetto del principio di proporzionalità: la regola generale è che quanto più potenti sono le misure, tanto minore è il loro inserimento nell'ordinamento giuridico.

La suddetta delimitazione concettuale ci permette di completare la definizione della natura del regolamento di necessità in relazione ad altre azioni dettate in un

contesto di necessità, tenendo conto delle loro differenze. Il regolamento di necessità si distingue dal decreto legge *(ex* articolo 86 della Costituzione), per il suo status di legge e per la sua collocazione perenne –ma non temporanea– nell'ordinamento giuridico. Si differenzia anche dalle dichiarazioni –e proroghe– di stati eccezionali non solo per il suo rango giuridico, ma anche perché specifica il quadro giuridico entro il quale possono essere stabilite le azioni di necessità, avendo anche una diversa base costituzionale (articolo 116 della Costituzione). Lo stesso si può dire per quanto riguarda i regolamenti emanati in esecuzione degli stati eccezionali dichiarati, in quanto questi sono subordinati alla dichiarazione dello stato eccezionale, la cui efficacia decade con essa (*accesorium sequitur principale*).

Il regolamento di necessità si differenzia anche dalla coercizione statale prevista dall'articolo 155 della Costituzione, in quanto questa è prevista di fronte ad azioni o omissioni delle Comunità autonome (*Comunidades Autónomas*), avendo una finalità e un fondamento diversi, nonché, infine, dalle norme emanate sulla base delle misure standard –atti necessitati– previste dalle norme di pubblica sicurezza, in quanto queste mancano della capacità innovativa del regolamento di necessità, che dipende solo dalla clausola generale, che permette loro di integrare la legge laddove questa non arriva in situazioni di crisi.

In definitiva, le caratteristiche specifiche del regolamento di necessità date dal dettato costituzionale e della clausola generale, unitamente alla sua natura marcatamente differenziata rispetto agli altri istituti del Diritto di necessità, ci consentono di affermare che ci troviamo di fronte a una figura autonoma e singolare nel nostro ordinamento giuridico spagnolo.

II.- REGOLAMENTO DI NECESSITÀ E COSTITUZIONE

La posizione del regolamento di necessità rispetto al nostro testo costituzionale spagnolo è prodotta da due prismi: in termini di base nella nostra norma fondamentale e di funzione nel nostro sistema giuridico.

La base costituzionale si trova in vari precetti del testo costituzionale, con diverse opinioni dottrinali che la collegano generalmente all'articolo 30.4, sui doveri imposti ai cittadini "in caso di grave rischio, catastrofe o calamità pubblica"; un'opinione che sembra essere condivisa anche dalla nostra Corte Costituzionale [*vid*.,

Sentenza della Corte Costituzionale 148/2021, del 14 luglio, considerato in diritto 5 a)]. Tuttavia, la connessione specifica tra i regolamenti di necessità e questo precetto non sembra essere stata trattata nella nostra letteratura giuridica (ad eccezione di SALAS HERNÁNDEZ, che parla di "ordinanze di necessità"). Tuttavia, non è possibile affermare l'esistenza di un'unica base costituzionale, ma piuttosto che essa è pluriforme: non bisogna dimenticare l'articolo 31.3, relativo alle prestazioni personali ed economiche di natura pubblica; l'articolo 53.1, che stabilisce il collegamento di tutte le autorità pubbliche ai diritti del Titolo I della Costituzione; l'articolo 97, che sancisce il potere regolamentare; o l'articolo 103.1, nella misura in cui si riferisce al perseguimento di interessi generali da parte dell'Amministrazione.

Per quanto riguarda la sua funzione nell'ordinamento costituzionale, il regolamento di necessità ha due missioni: fungere da rimedio normativo per coprire situazioni contingibili, straordinarie e impreviste non disciplinate dalla legge; e, d'altra parte, agire –insieme alle misure standard o atti necessitati– come Diritto di necessità per gli enti territoriali infrastatali.

Per quanto riguarda la sua funzione di aiuto normativo di fronte a situazioni impreviste e di crisi, il fatto è che nonostante i progressi compiuti dal Diritto amministrativo nella previsione dei rischi –con il "principio di precauzione"– e il miglioramento di strumenti come la pianificazione o la creazione di nuove misure standard (atti necessitati), questo non è sufficiente. Lo dimostrano il ricorso negli ultimi anni a regolamenti di necessità –sull'acqua, sulla salute pubblica, ecc.– e i rischi imprevedibili che ancora si profilano, sia per i cambiamenti climatici che per le nuove tecnologie. In effetti, è impossibile prevedere tutto, ed è per questo che la loro utilità continuerà a essere essenziale per stabilire un quadro normativo provvisorio di fronte a situazioni inaspettate.

La seconda funzione del regolamento di necessità è quella di fungere da Diritto di necessità delle Comunità Autonome e dei Comuni, che hanno entrambi l'obbligo di autoconservazione, anch'esso derivante dal principio di autonomia (articoli 137 e 140 del testo costituzionale). La nostra Costituzione spagnola sostiene un sistema di Diritto di eccezione, concretizzato in stati eccezionali che –in conformità con la Legge Organica 4/1981, del 1° giugno, sugli stati di allarme, eccezione e assedio (d'ora in poi, LOAES)– rende impossibile per le Comunità Autonome decidere la dichiarazione,

l'estensione e gli effetti dei suddetti stati. La questione è sottolineata dal fatto che non è costituzionalmente ammissibile delegare alle Comunità Autonome le competenze *in genere* di stati eccezionali da parte dello Stato (Sentenza della Corte Costituzionale 183/2021, considerato in diritto 10).

Per questo motivo le autorità regionali possono avvalersi del Diritto legale di necessità per affrontare la situazione di crisi, integrato dalle loro normative regionali di attuazione –purché non violino i limiti della dottrina della *lex repetita*– lasciando, in breve, le clausole generali e i regolamenti di necessità come disposizioni di chiusura del sistema. Nel caso dei Comuni, il Diritto di necessità –oltre alle norme speciali– è specificato in un precetto: l'articolo 21.1.m) LRBRL, che autorizza il Sindaco a dettare "le misure necessarie e appropriate" in qualsiasi tipo di situazione (catastrofi naturali, ordine pubblico in senso tradizionale, ecc.); una disposizione che è stata replicata nelle diverse norme autonome del governo locale, stabilendo questa clausola come espressione dell'autonomia locale volta a realizzare l'autoconservazione del Comune e a salvaguardare i diritti dei residenti.

III.- L'UNICITÀ DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ IN RELAZIONE ALLA LEGGE

Tradizionalmente –e ancora oggi nella letteratura giuridica– il regolamento di necessità era concepito come *contra legem*, conseguenza delle vicissitudini storiche che hanno portato alla sua ricezione in Spagna. Tuttavia, la sua graduale reclusione nelle clausole generali di necessità impedisce oggi una tale configurazione: se la legge riconosce il suo dettato, non si può dire che sia contraria ad esso.

Il rapporto con la legge è ben diverso. Il regolamento di necessità ha lo scopo di "completare" o "affiancare" la legge laddove quest'ultima non può arrivare, data l'imprevedibilità della situazione da affrontare: fornisce quindi una regolamentazione o un quadro normativo –temporaneo o provvisorio– alla situazione eccezionale. Tale funzione supera di gran lunga la tradizionale missione assegnata ai regolamenti esecutivi nel nostro Paese e, per questo motivo, finisce anche per distinguersi da essi: non vengono emanati in sviluppo o in esecuzione della legge, ma –per usare le parole della Corte di Cassazione– "in uso dei poteri concessi dalla legge". La loro funzionalità risiede nella loro complementarietà con la legge, stabilendo con la loro emanazione nuove misure, nuove disposizioni normative, per affrontare una situazione di necessità.

Questo singolare rapporto con la legge non implica una violazione o un'infrazione delle riserve costituzionalmente sancite della legge. Non implica una "sospensione" o "eccezione" della Legge, come sostiene una parte della letteratura giuridica (una deroga), né una "delegificazione"della materia, come sostengono altri autori. In realtà, la legge stessa prevede tale riconoscimento e, inoltre, il quadro giuridico creato è di natura temporanea e scaduta. Ciò non impedisce che il regolamento di necessità stabilisca una certa modulazione delle riserve di legge, nella misura in cui le riguarda in modo specifico e non permanente; una modulazione che, in ogni caso, non è strana nel nostro Diritto, che è pieno di altri esempi (Diritto tributario, Diritto sanzionatorio, polizia amministrativa, ecc.). Ci sono, in questo senso, tre ragioni che giustificano la coesistenza dell'efficacia del regolamento di necessità con le riserve di legge costituzionalmente sancite.

In primo luogo, è la legge stessa –attraverso una clausola generale– a prevedere la possibilità di emanare questo tipo di regolamenti temporanei. Questa autorizzazione generale non è affatto assoluta, ma è soggetta al rispetto di alcuni requisiti e limiti. La Corte Costituzionale –e l'articolo 128.2 LPAC– ammette la collaborazione tra la legge e il regolamento, anche in materia riservata, purché non vi sia un regolamento autonomo che non sia chiaramente subordinato alla legge; ipotesi che non si verifica nel caso in esame, dato che la legge stabilisce la regolamentazione essenziale della materia, prevedendo i requisiti e i limiti che possono essere richiesti.

In secondo luogo, il regolamento di necessità ha una funzione complementare o ausiliaria rispetto alla legge di abilitazione (clausola generale; misure standard o atti necessitati). La sua collaborazione è, inoltre, indiscutibile. La legge non può prevedere tutto e, per questo motivo, il regolamento di necessità è chiamato a regolare le situazioni straordinarie non previste dalla legge. In questo senso, la Corte Costituzionale ha sottolineato fin dall'inizio che il regolamento deve essere "un complemento della regolamentazione legale indispensabile per ragioni tecniche o per ottimizzare il rispetto degli obiettivi proposti dalla Costituzione o dalla legge stessa", il che è particolarmente evidente nelle situazioni imprevedibili in cui persone e beni possono essere minacciati.

In terzo luogo, il regolamento di necessità è dettato per affrontare una situazione straordinaria e limitata nel tempo. Ciò significa che l'innovazione che essa apporta all'ordinamento giuridico è instabile, temporanea, priva di una vocazione definitiva di

permanenza. In questa prospettiva, la dottrina costituzionale della riserva di legge non può essere applicata nello stesso modo alle norme ordinarie e permanenti e a quelle straordinarie e temporanee. Dato che il regolamento di necessità ha solo effetti provvisori, non si può dire che realizzi una regolamentazione "sostanziale" della materia; regolamentazione che, d'altra parte, è di fatto vietata dalla giurisprudenza costituzionale.

In breve, il regolamento di necessità, in Spagna, non implica la sospensione, l'eccezione o l'inapplicazione delle leggi (la deroga), né la "delegificazione" non consentita. La clausola generale di necessità serve come base per la sua emanazione: è prevista dalla legge, in modo generico ma non illimitato, per ragioni tecniche o di ottimizzazione dei risultati e data l'impossibilità per la legge di prevedere tutto quando regola l'azione pubblica di fronte a situazioni straordinarie e marcatamente contingibili. Pertanto, non vi è alcuna violazione delle riserve di legge costituzionalmente sancite, ma piuttosto una loro mera modulazione, e purché siano rispettati i requisiti e i limiti stabiliti dalla Costituzione, nonché dalla clausola generale di necessità su cui si fondano.

IV.- REQUISITI PER LA VALIDITÀ DEI REGOLAMENTI DI NECESSITÀ

I regolamenti di necessità sono soggetti alle disposizioni previste sia dalla Costituzione sia dalle clausole generali da cui dipendono, nonché, ove applicabile, dallo stesso Diritto dell'Unione Europea. Concentriamoci su queste tre questioni.

Per quanto riguarda il testo costituzionale, in virtù dell'articolo 9.1, devono essere rispettati i requisiti in esso stabiliti, che si riassumono nella doverosa giustificazione della sua emissione, nella precisa pubblicazione del regolamento di necessità e, infine, nell'impatto meramente circostanziale –contingibile– sui diritti fondamentali.

L'obbligo di giustificare l'emanazione del regolamento di necessità è esternato nella motivazione, che peraltro appare come un requisito derivato dal principio costituzionale della certezza del Diritto (*ex* articolo 9.3 della Costituzione). Questo requisito appare come conseguenza di vari elementi: in primo luogo, per l'impatto che questo tipo di regolamentazione ha sulla sfera giuridica dei cittadini e, soprattutto, sul piano dei diritti fondamentali: si tratta di un potere discrezionale ed è quindi necessario

conoscere le ragioni di tale decisione; in secondo luogo, perché la giurisprudenza ha sottolineato che le relazioni e le azioni svolte durante l'elaborazione della norma possono servire come base per la giustificazione stessa, il che rafforza il requisito di una giustificazione *stricto sensu* nel caso di regolamenti di necessità (norme in cui la procedura è omessa quasi nella sua interezza); in terzo luogo, perché l'indeterminatezza della clausola generale è attenuata da una maggiore giustificazione delle misure da adottare, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza.

D'altra parte, l'obbligo di pubblicazione del regolamento di necessità si basa sull'articolo 9.3 della Costituzione, che impone la pubblicazione delle norme, nonché sulla diretta applicabilità del testo costituzionale alle autorità pubbliche chiamate a emanare questo tipo di regolamento (articolo 9.1 e articolo 131 LPAC). La necessità di pubblicazione è dovuta anche a ragioni logiche: data l'apertura della clausola generale, una serie di altre azioni (atti amministrativi, ecc.) possono essere intraprese sulla base di questa clausola prima di emanare un regolamento di necessità, per cui non è possibile giustificare la mancata pubblicazione di queste norme con motivi di urgenza. Inoltre, la pubblicazione delle norme alla luce dei mezzi di comunicazione elettronici e degli attuali sviluppi tecnologici significa che esse possono essere pubblicate nella Gazzetta ufficiale pertinente quasi immediatamente, un fatto che si ricollega al requisito costituzionale già stabilito nella sentenza 70/2022 della Corte costituzionale, che ha sottolineato che tali norme devono essere pubblicate se vogliono avere effetto.

Il limite dell'incidenza sui diritti fondamentali richiede un'ulteriore precisazione, legata alle caratteristiche fondamentali del regolamento di necessità: la sua natura normativa e circostanziale o contingibile. La natura normativa del regolamento di necessità implica che, più che di una "limitazione" dei diritti, si tratta di una "delimitazione" degli stessi. In effetti, la norma –il regolamento di necessità– procede, attraverso la regolamentazione, a definire il contenuto e l'esercizio dei diritti durante la situazione eccezionale, e non a ridurli o comprimerli direttamente: agisce come un regolamento di polizia in senso tradizionale, delineando il modo in cui le situazioni giuridiche degli individui possono essere esercitate. Dal canto suo, la sua impronta temporale implica che l'effetto che avrà sui diritti fondamentali degli individui –direttamente o attraverso i suoi atti di applicazione– è meramente temporaneo e claudicante. Per poter parlare di interferenza circostanziale con i diritti, devono essere soddisfatti due requisiti fondamentali. Da un lato, deve avere carattere "puntuale" o

contingibile, cioè l'efficacia deve essere a termine o provvisoria. Dall'altro, non deve tradursi in "modificazioni stabili della realtà", la cui efficacia trascenda il contesto della crisi e abbia un impatto permanente o duraturo sui diritti fondamentali dei cittadini.

Proprio per questo, il regime giuridico a cui sono sottoposti i diritti fondamentali è certamente peculiare: non si applicano le regole ordinarie sulle limitazioni dei diritti. Infatti, questo tipo di incidenza giuridica come conseguenza di uno stato di necessità ha caratteristiche proprie, che conferiscono all'ingerenza un carattere autonomo e differenziato, in una peculiare efficacia che è stata riconosciuta dalla nostra Corte Costituzionale nella Sentenza 148/2021, considerato in diritto 5, a). In questo senso, l'effetto sui diritti non può che essere temporaneo, dato che il suo mantenimento nel tempo è riservato ad altri istituti previsti dal nostro sistema costituzionale.

Infatti, l'impatto che il regolamento di necessità ha sui diritti fondamentali può essere davvero "intenso" –di elevata potenza– ed "esteso" –destinato a colpire un numero indeterminato di persone, cioè una "generalità"–. Questa possibilità contenuta nella clausola generale dipende dalla situazione specifica da affrontare e, naturalmente, dalla sua temporalità: più intensa ed estesa è la misura, meno efficace sarà nel tempo. Se tale azione non è più imprevedibile o si prevede la necessità di mantenerla nel tempo, sarà necessario disciplinare specificamente la misura in una legge ordinaria –se si intende solo regolamentarla– o in una legge organica –se si intende sviluppare il diritto–, come avviene nel Diritto comparato (Germania, Francia, Italia). Il mantenimento nel tempo di misure temporanee basate unicamente su una clausola generale non sembra essere una corretta applicazione di questo tipo di strumento.

D'altra parte, la nostra Costituzione stabilisce due chiare "riserve" per gli stati eccezionali di maggiore forza: da un lato, i diritti inclusi nell'articolo 55.1 possono essere "sospesi" solo in seguito alla dichiarazione di uno stato di eccezione o di assedio –aggiungendo a quest'ultimo la possibilità di intaccare anche quello presente nell'articolo 17.3 del testo costituzionale–; e, dall'altro, la giurisdizione militare (*ex* articolo 117.5 della Costituzione) può essere utilizzata solo in stato di assedio.

Nel caso della sospensione, questa deve essere intesa nel senso delineato dalla dottrina della Corte Costituzionale, che –accanto a questo concetto– ammette la possibilità di interferenze di pari intensità sulla base dell'articolo 30.4 della Costituzione, a condizione che siano specifiche "al punto da alterare o rendere

eccezionale *pro tempore* il loro contenuto essenziale" [Sentenza della Corte Costituzionale 148/2021, considerato in diritto 5, a)]. Pertanto, i regolamenti di necessità possono interferire con il contenuto essenziale –con la stessa intensità di una sospensione– dei diritti fondamentali senza sospenderli effettivamente, a condizione che tali azioni siano di natura contingibili. Nel caso della giurisdizione militare, è chiaro che essa non può essere utilizzata attraverso una clausola generale, non solo perché ciò è indicato dalla stessa Costituzione, ma anche perché la natura del regolamento di necessità è il suo carattere temporaneo e, infine, l'esercizio di un tale ordine giurisdizionale implicherebbe l'apporto di modificazioni stabili della realtà, cosa non consentita nel caso in questione.

In breve, i diritti fondamentali appaiono come un limite al regolamento di necessità che deve essere posto alla luce del principio di proporzionalità. Sotto il suo setaccio, i regolamenti di necessità possono fare praticamente di tutto: l'indeterminatezza della clausola generale cessa di essere tale purché vi sia un adeguato sistema di controllo; l'"intensità" delle misure non presenta ostacoli purché sia proporzionata e, appunto, "contingibile", come richiesto dalla giurisprudenza costituzionale; e, infine, lo stesso si può dire per quanto riguarda il loro ambito di applicazione, essendo questa "generalità" praticabile nei termini indicati. Il parametro di controllo deve essere, in ultima analisi, la *durata* della misura.

In secondo luogo, oltre ai requisiti derivanti dalla Costituzione, è necessario analizzare i requisiti stabiliti dalla stessa clausola di abilitazione generale per poter emanare regolamenti di necessità in conformità con l'ordinamento giuridico. Tre sono i requisiti previsti: il rispetto delle formalità ivi indicate, la conformità al bilancio di abilitazione e, infine, la temporaneità delle misure messe in campo.

I requisiti procedurali sono solo quelli indicati nella clausola generale, come risulta dalla prima disposizione aggiuntiva della LPAC e dalla giurisprudenza. Si tratta in genere di requisiti minimi, anche se il loro mancato rispetto comporta la nullità del regolamento per contrasto con le disposizioni di legge che ne hanno consentito l'emanazione (articolo 47.2 LPAC). Ciò si manifesta in termini di competenza –dal momento che la clausola generale indica qual è l'organo competente ad agire– e non sembra possibile utilizzare le tecniche previste per i rapporti interorganici (delegazione, avocazione, ecc.), essendo ammissibile solo la figura della sostituzione. Ed è evidente

anche negli altri requisiti procedurali espressamente indicati nella clausola generale: il legislatore, nel redigerla, ne ha ritenuto essenziale l'osservanza, a scapito di tutti gli altri, di cui sono chiari esempi l'audizione del bacino idrografico nel caso dell'articolo 58 TRLA o l'immediata notifica alla Plenaria dei provvedimenti adottati dal Sindaco, nel caso dell'articolo 21.1.m) LRBRL.

Non saranno necessarie ulteriori fasi procedurali. Tuttavia, si potrebbero apportare alcuni miglioramenti al regolamento per questi scopi. In primo luogo, sarebbe opportuno specificare nella legge che la stesura delle disposizioni regolamentari da emanare in situazioni di necessità sarà disciplinata dai regolamenti applicabili. Questa allusione sarebbe sufficiente per dare certezza del Diritto al reindirizzamento già effettuato dalla prima disposizione aggiuntiva della LPAC della procedura di redazione dei regolamenti di necessità alle disposizioni delle clausole generali. In secondo luogo, sarebbe un passo positivo specificare legalmente l'obbligo di esprimere nel regolamento stesso la giustificazione per l'emanazione del regolamento di necessità, con riferimento al rispetto delle condizioni di abilitazione, nonché, se del caso, alla proporzionalità delle misure da applicare. Infine, in terzo luogo, sembrerebbe opportuno prevedere anche la possibilità che le formalità procedurali espressamente richieste dalla stessa clausola generale possano essere eseguite *a posteriori*, quando non sia possibile rispettarle *ex ante*, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, in senso analogo a quanto avviene nell'ordinamento francese.

Un altro requisito derivante dalla clausola generale è l'adempimento del bilancio di abilitazione. Tale requisito deve essere soddisfatto per l'emanazione di regolamenti di necessità, le cui nomenclature sono varie (nel campo dell'acqua, della salute pubblica, ecc.). L'adempimento deve essere assoluto da parte dell'autorità competente chiamata ad agire e la conseguenza dell'inosservanza è la nullità proprio perché viola la gerarchia delle norme (articolo 47.2 LPAC, in quanto viola i requisiti legali per la sua emanazione) e per eccesso di potere (articolo 70.2 della Legge 29/1998, del 13 luglio, che regola la Giurisdizione Contenziosa-Amministrativa, di seguito LJCA). Saranno nulli anche i regolamenti di necessità emessi in conformità alle condizioni di abilitazione, ma che non hanno nulla a che fare con la situazione di emergenza o che sono chiaramente sproporzionati. Infine, va notato che la giurisprudenza ha sottolineato che il rispetto del bilancio di abilitazione si verifica non solo quando il disastro si è

verificato, ma anche quando si prevede che si verificherà, una questione che deve sempre essere interpretata alla luce del principio di proporzionalità.

L'ultimo dei requisiti stabiliti nella clausola generale è che il regolamento di necessità deve essere limitato nel tempo e deve essere emanato solo per stabilire la normativa applicabile in una situazione eccezionale per la quale nulla è previsto dall'ordinamento giuridico. Se supera questo limite temporale o stabilisce "modificazioni stabili della realtà", sarà nullo. La sua temporalità è accettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e la sua durata deve essere determinata o determinabile. La sua durata è determinabile quando può essere estratta dalla situazione di fatto, non essendo espressamente indicata, ma cessando la sua efficacia *a posteriori* attraverso un atto espresso dell'autorità competente in cui tale cessazione è indicata o, in alternativa, quando la situazione eccezionale è scaduta, perdendo automaticamente la sua validità.

D'altra parte, la durata può essere determinata, stabilendo espressamente nella sua lettera –di solito in una disposizione finale– quando la sua validità terminerà, e diventa automaticamente nulla se continua a produrre effetti oltre quel periodo di tempo. In ogni caso, il regolamento di necessità può essere esteso attraverso un'altra norma della stessa natura, e non è una buona tecnica normativa farlo attraverso un decreto legge. Infine, non sembra possibile che tali norme siano soggette a *vacatio legis* o a un intervento preventivo che ne pregiudichi o rallenti l'entrata in vigore, come affermato nella Sentenza 70/2022 della Corte Costituzionale, considerato in diritto 7.

Infine, il diritto dell'Unione Europea costituisce un ulteriore limite alle normative di necessità, in virtù del principio del primato. In questo caso, tuttavia, occorre distinguere due situazioni. Da un lato, le situazioni in cui il Diritto europeo stesso prevede tale autorizzazione in una clausola generale (ad esempio, nel settore della sicurezza alimentare), in cui non sarebbe un problema emanare tali norme di necessità, dato che sono espressamente indicate nell'acquis europeo. D'altra parte, in situazioni in cui non è prevista tale disposizione, la Corte di giustizia dell'Unione europea –Sentenza del 14 ottobre 2004 (*Omega Spielhallen*)– ha ammesso che le azioni basate su una clausola generale possono alterare principi europei come la libertà di stabilimento; una posizione che sembra essere condivisa da una parte della giurisprudenza italiana per quanto riguarda le ordinanze di necessità e la sua capacità di derogare al Diritto dell'Unione europea.

In Spagna, la giurisprudenza –in relazione al passaporto COVID– sembra richiedere il rispetto di questo acquis europeo nell'emanazione di regolamenti di necessità. Tuttavia, forse sarebbe possibile combinare entrambe le figure –il principio del primato e i regolamenti di necessità– con il principio di precauzione, anch'esso di rango o natura europea, giustificando le azioni di necessità in esso, affermando che l'emissione di questo tipo di norme eccezionali risponde alla sua applicazione, non contraddicendo così –o, almeno, non direttamente– il suddetto acquis europeo. Tuttavia, la questione rimane aperta e solo la Commissione europea o, se del caso, la Corte di giustizia dell'Unione europea possono avere l'ultima parola sulla questione.

V.- CONTRAPPESI E CONTROLLO DEL REGOLAMENTO DI NECESSITÀ

Una prerogativa così forte come il potere di emanare regolamenti di necessità deve essere, obbligatoriamente, accompagnata da una serie di contrappesi e controlli che consentano all'individuo di tutelare la propria sfera giuridica da possibili abusi. La pluralità di garanzie e rimedi esistenti nel nostro ordinamento giuridico può essere ridotta, per la loro efficacia, a due fondamentali: giurisdizionale e patrimoniale.

Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale, questo appare come un requisito costituzionale per questo tipo di azione da parte di tutti gli ordini giurisdizionali e, in particolare, da quello contenzioso-amministrativo. A tal fine, la questione può essere affrontata da due prospettive: dalla posizione del singolo interessato e da quella dell'organo di controllo una volta messa in discussione la validità del regolamento.

Dal punto di vista del cittadino, l'individuo dispone di una miriade di meccanismi per contestare questo tipo di regolamento. Le disposizioni della LJCA sono essenzialmente applicabili in questo caso, attraverso le diverse procedure previste in questo ambito (ricorso speciale per la protezione dei diritti fondamentali, ricorso ordinario contro i regolamenti, questione di illegalità, misure cautelari, ecc.)

Tuttavia, tali meccanismi potrebbero rivelarsi inefficaci, data la loro natura temporanea –il tribunale potrebbe finire per pronunciarsi quando il regolamento non è più in vigore–, ed è per questo che è stato proposto di riformare la norma procedurale al fine di includere un nuovo ricorso speciale che ridurrebbe i termini per la presentazione di un ricorso in questi casi; una situazione in cui, a mio avviso, si potrebbe prendere in considerazione la normativa del contenzioso elettorale, con i suoi termini perentori.

Un'altra alternativa potrebbe essere la combinazione della procedura per la tutela dei diritti fondamentali (articolo 114 LJCA), con la possibilità per il tribunale di emettere misure cautelari (*ex* articolo 135 LJCA), con alcuni miglioramenti in tal senso. Qualunque sia l'opzione scelta, sembra necessario affrontare una riforma che consenta un pieno controllo in questo settore, poiché l'esistenza di un tale potere straordinario può essere giustificata solo se coerente con la presenza di reali meccanismi di controllo; meccanismi che possono essere utili solo se sono in grado di arginare gli abusi dell'autorità competente nel tempo e nella forma.

Dal punto di vista della corte, essa dovrà verificare se il regolamento di necessità sia o meno conforme alla legge, secondo una serie di punti che finiscono per costituire un vero e proprio test di legalità, in conformità ai requisiti derivanti sia dalla Costituzione sia dalla stessa clausola generale, nonché, se del caso, dal Diritto dell'Unione europea.

Il controllo giurisdizionale si estende quindi all'esame della competenza dell'organo, del rispetto del bilancio di abilitazione, del rispetto dei requisiti del testo costituzionale, della clausola generale e del Diritto dell'Unione europea, nonché dell'ambito di applicazione del regolamento e dell'intensità e generalità delle sue misure, in una prospettiva territoriale e temporale. Il controllo deve essere effettuato alla luce del principio di proporzionalità, ed è forse in questo ambito che la sua applicazione è più forte: devono essere analizzate la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità *stricto sensu* delle misure normative emanate, con particolare attenzione all'impatto sui diritti fondamentali. Inoltre, il giudice deve analizzare se sia davvero necessario ricorrere alla clausola generale, ovvero se i mezzi ordinari, comprese le misure standard o atti necessitati, previsti dalla legge non siano sufficienti. L'attivazione della clausola generale ha un carattere sussidiario e, in quanto tale, può essere utilizzata solo quando le disposizioni della legge non erano sufficienti o adeguate.

Per quanto riguarda invece la garanzia di natura patrimoniale contro l'emanazione e l'applicazione di regolamenti di necessità, questa si articola in due istituti: l'espropriazione e la responsabilità patrimoniale della pubblica Amministrazione.

Per quanto riguarda l'espropriazione, l'individuo può richiedere la restituzione del danno subito attraverso l'appropriato avvio del procedimento di occupazione

temporanea previsto in situazioni di necessità (requisizione civile), in conformità con le disposizioni dell'articolo 120 della Legge sull'espropriazione del 1954. In questi casi di requisizioni (civili) di beni o diritti in conseguenza dell'emanazione o dell'applicazione di un regolamento di necessità, l'individuo avrà il diritto di richiedere un indennizzo in conformità al precetto sopra citato, essendo tale intervento meramente "temporaneo" o "provvisorio".

Per quanto riguarda la responsabilità patrimoniale delle pubbliche Amministrazioni, valgono i principi ordinari stabiliti dalla Costituzione (art. 106.2) e dalle leggi vigenti, con le particolarità relative all'ipotesi che il danno sia prodotto da norme regolamentari. Deve essere rispettato il concetto costituzionale e giuridico di "lesione": il danno deve essere effettivo, concreto, antigiuridico, individualizzato e imputabile alla pubblica Amministrazione, secondo i requisiti previsti dalle leggi. A tal fine, va ricordato che la temporaneità del regolamento di necessità e la sua successiva scomparsa dall'ordinamento giuridico non sono sufficienti a respingere un'azione di responsabilità contro tale norma.

La responsabilità può essere rivendicata dai singoli in quattro casi. Un primo scenario in cui, di fronte a una situazione straordinaria, l'autorità competente, potendo agire, decide di non intervenire o, se del caso, interviene, ma con un carattere notoriamente insufficiente, causando un danno. Un secondo scenario in cui l'autorità competente emette un regolamento di necessità in conformità alla legge, rispettando i requisiti e i limiti richiesti, o perché il rischio si è effettivamente manifestato, o perché la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure adottate di fronte al pericolo che si sarebbe presentato sono state accertate in un momento successivo. In una situazione del genere, non si può affermare in assoluto che la regola sia l'assenza di responsabilità, poiché la sussistenza del "danno" è riconducibile a criteri casistici (data la natura oggettiva della responsabilità dell'Amministrazione in Spagna).

Lo stesso si può dire di un terzo scenario, in cui, di fronte all'immediata concretizzazione di un rischio che non si è ancora concretizzato, l'autorità competente emette un regolamento di necessità per fronteggiarlo, senza che tali indicazioni di rischio siano confermate in una fase successiva; uno scenario in cui il singolo non avrà sempre il dovere di sopportare tutte le interferenze dell'Amministrazione. Infine, il quarto e ultimo caso è la situazione straordinaria in cui l'autorità competente interviene

emettendo un regolamento di necessità per fronteggiarlo, che è completamente illegale, sia perché è stato emesso in ritardo, sia perché l'azione è materialmente contraria alla legge, generando –in entrambi i casi– un danno all'individuo che può chiaramente essere considerato come "lesione".

VI.- EPILOGO

La graduale reclusione delle azioni di necessità nel Diritto positivo degli Stati contemporanei appare come una conquista storica. Da un modello di azione pubblica *contra legem* –senza alcuna autorizzazione in nessun precetto– si passa a un altro di autorizzazioni generali, essendo la ratio, in entrambi i casi, identica: l'esigenza di dettare le "misure necessarie" di fronte a una situazione imprevedibile e perentoria in cui la comunità è minacciata e la regolamentazione di Diritto comune è insufficiente.

L'evoluzione del regolamento di necessità risponde a questa transizione. Il riconoscimento legale di dettare "misure necessarie" –comprese quelle normative o regolamentari– permette di conciliare questa situazione di marcata indifendibilità giuridica in cui si trovano i poteri pubblici in un contesto eccezionale con il rispetto del primato e della superiorità della legge. Questo riorientamento della teoria dello stato di necessità nel nostro Paese verso il concetto di regolamento di necessità ha naturalmente sollevato non poche perplessità nella letteratura giuridica, ed è ancora necessario mettere a punto la definizione del concetto.

Questo mandato alla comunità giuridica è indispensabile. Solo definendo e delineando gli istituti riconosciuti per affrontare le situazioni eccezionali, si potranno configurare i loro limiti e gli opportuni controlli (legali e giurisprudenziali). E, in definitiva, sarà possibile conciliare due elementi: imprevedibilità e legalità. La costruzione dogmatica del regolamento di necessità è quindi chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nella formazione del suddetto equilibrio.

***