

Sobre el abuso o algunos abusos de la legislación delegada¹

El abandono –o si se prefiere la devolución– por parte del Palamento de su poder de hacer la ley fue presentado durante mucho tiempo como una patología, enfermedad a decir verdad tenaz y decididamente incurable. La práctica de los decretos-ley, persistente en la III República, criticada por la doctrina, fue formal e inútilmente condenada por la Constitución de 1946: «Artículo 13: Sólo la Asamblea Nacional expide las leyes. Ella no puede delegar este derecho»; sabemos en qué terminó este artículo... Con sabiduría, pero también porque respondía a la preocupación del momento de volver a dar fuerza al Gobierno frente al Parlamento, en un contexto denominado de parlamentarismo racionalizado, la Constitución de 1958 instauró los decretos-ley, con la denominación híbrida de “ordenanzas”, reanudando este vocabulario de la monarquía despertado ya en la Liberación, y sobre todo dotándolos de un rango constitucional.

Las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución no son en efecto otra cosa que los antiguos decretos-ley, pero consagrados por la Constitución, sin que tengan hoy vida al margen de ésta. Con esta reserva fundamental, su régimen no es otro que el de los decretos-ley, al punto que la ley de habilitación² retira al Palamento su competencia legis-

lativa sobre el objeto de la delegación, lo que significa en la práctica que, hasta la expiración del término de la habilitación, el Parlamento no puede modificar las ordenanzas proferidas. Esta particularidad resulta del artículo 41 de la Constitución, que autoriza al Gobierno a oponer el rechazo a toda proposición o enmienda contraria a una delegación acordada en virtud del artículo 38, precisión no esencial, en la que casi se puede ver una simple medida de orden en el ejercicio de las competencias normativas.

Por el contrario, lo que es esencial –y lo que precisamente parece perderse de vista, por lo que se proponen las observaciones que a continuación se exponen– es que, por el hecho de estar ahora inscrito en la Constitución, el procedimiento de ordenanzas está consagrado en ella como un procedimiento excepcional de legislación que debe permanecer como tal. El principio siguiente es y parece tan evidente que incluso se podría dudar sobre el interés de recordarlo: “La ley es expedida por el Parlamento” (art. 34, inc. 1.º), cuando se trata de las materias cuya lista principal está dada por el mismo artículo de la Constitución³. Con todo, la V República ha hecho amplio uso de las ordenanzas y, de manera especial en los últimos tiempos, ha cubierto prác-

ticamente el conjunto de materias del artículo 34 de la Constitución. Basta citar, a manera de ejemplos⁴, dos leyes de habilitación recientes: la ley del 16 de diciembre de 1999, que autorizó al Gobierno a proceder a la adopción de la parte legislativa de nueve códigos a través de ordenanzas, y la ley del 3 de enero de 2001, que autorizó al Gobierno para trasponer, a través de ordenanzas, cerca de 50 directivas comunitarias⁵, de objetos muy variados, armonizar diversas disposiciones legislativas con el derecho comunitario y proceder a la reforma del Código de la Mutualidad y a la reforma del Código de Seguros. Por cuanto el Parlamento no puede o no quiere legislar, el Gobierno es invitado a hacerlo en su lugar, por una especie de suplencia natural que hace de las ordenanzas un procedimiento legislativo ordinario. Este es un primer abuso.

Pero hay otros, de horizonte y significado diferentes, que revelan una práctica excesiva de las ordenanzas. En algunas rápidas palabras, quisieramos someter su análisis al maestro de derecho constitucional PIERRE PACTET, a quien hoy, de manera legítima, honramos, y del que fui asistente al mismo tiempo que del decano VEDEL.

I. HABILITACIÓN

El primer abuso es el que acaba de enunciarse: hacer de una fórmula excepcional y contraria al orden normal de poderes, un procedimiento ordinario de legislación.

A. El carácter excepcional del recurso a las ordenanzas no genera ninguna duda para los autores de la Constitución. No se concibe sino temporal y para responder a necesidades coyunturales y sectoriales. En ningún caso como un procedimiento común de legislación, en la medida en que, además, la competencia normativa general del Go-

bierno está asegurada, después de la Constitución de 1958, por el mecanismo repartidor de los artículos 34 y 37⁶.

Cuando se revisan los antecedentes de la Constitución, se constatan distintas opiniones iniciales sobre el mecanismo de las ordenanzas (ver sobre todos estos puntos los *Documentos pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, en particular, vol. I, pp. 463, 482 y 508, 524; vol. II, pp. 285 y ss.).

Para unos, la nueva delimitación del campo de la ley dejaba sin objeto el mecanismo de las delegaciones, por cuanto el Gobierno estaba en adelante habilitado de pleno derecho, y por la Constitución, a adoptar todas las medidas no incluidas en el campo de la ley. Esta posición era, sobre todo, la de Mr. DEJAN: «lo que era necesario ayer no será seguramente necesario mañana... El campo legislativo está ahora delimitado de manera estricta». Opinión compratida por Mr. MARCILHACY.

Otros, por el contrario, dieron prevalencia a la convicción según la cual el mecanismo de las delegaciones de poder seguía siendo necesario, en ciertas circunstancias, y que era mejor inscribirlo en la Constitución. Más aún, el hecho de que la Constitución asignara al legislador un campo de competencia determinado, resaltaba de manera más neta la inconstitucionalidad en que éste incurriría al delegar, si la Constitución no lo prevía. Esta opinión primó en la discusión de lo que era entonces el artículo 34 del proyecto de Constitución:

«Me parece indispensable mantener cierta delegación de poderes» (P. COSTE-FLEURET).

«Hemos sufrido demasiado, bajo la Constitución de 1946, del famoso artículo 13 que prohibía las delegaciones» (P.-H. TEITGEN).

«El artículo 13 de la Constitución de 1946 había sido escrito con el fin de prohibir la

práctica de los decretos-leyes, que hizo su reaparición en 1948. Es tiempo de poner el derecho en acuerdo con la práctica” (reporte de la reunión del grupo de trabajo del 1.º de julio de 1958).

Pero se trata, de manera nítida y para todos los partícipes, de un procedimiento reservado a «circunstancias difíciles» (GILBERT-JULES); el artículo 34 «reserva la posibilidad de delegar en el Gobierno ciertas de sus atribuciones para hacer frente a circunstancias urgentes, por un término limitado» (exposición de motivos del anteproyecto de Constitución del 29 de julio de 1958).

La causa es bien comprendida y aceptada: lejos de ser prohibida, la delegación legislativa será expresamente permitida por la Constitución, pero ella no hace parte del orden normal de las cosas, más exactamente de las competencias. Constituye un ataque, una excepción a este orden normal de competencias, redefinido, él mismo, por la Constitución, y no podrá ser sino limitada, momentánea y, en cuanto al fondo, justificada por circunstancias de crisis o de urgencia. Es lo que además expresa el texto del artículo 38 de la Constitución, tal como será finalmente adoptado:

«El Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización de adoptar por ordenanzas, durante un plazo limitado, las medidas que son normalmente del ámbito de competencia de la ley».

La “regla” es entonces la ley, y la ordenanza un procedimiento de excepción. Además, los debates preparatorios de la Constitución habían rechazado de manera enfática otro sistema, propuesto en cierto momento como alternativo, más próximo en cierta medida al sistema inglés, esto es, el de la delegación permanente, para la ejecución del programa sometido por el Go-

bierno, y con la obligación igualmente permanente de rendir cuentas de ella al Parlamento, sin *laguna* en la competencia de principio de éste.

B. Hoy en día estamos bastante lejos de estas premisas cuando, para sólo restringirnos a los dos ejemplos dados antes, se delega al Gobierno la adopción por ordenanza de la parte legislativa de nueve códigos de gran importancia (ley del 16 de diciembre de 1999), la adaptación del derecho francés a cerca de cincuenta directivas comunitarias (ley del 3 de enero de 2001) o la recodificación del Código de la Mutualidad (ley del 3 de enero de 2001, art. 4.º).

Esta forma de abuso de la legislación delegada ha sido criticada ante el Consejo Constitucional, con ocasión de la demanda contra la ley de habilitación del 16 de diciembre de 1999 antes de su promulgación. Pero el Consejo descartó la inconstitucionalidad alegada, sobre la base de la imprecisión y la extensión de la habilitación de la ley, al motivar su decisión, en primer lugar, en que «si el artículo 38 de la Constitución impone al Gobierno indicar con precisión al Parlamento, con el fin de justificar la petición que presenta, la finalidad de las medidas que se propone adoptar por vía de ordenanzas, así como su campo de intervención, no impone al mismo dar a conocer al Parlamento el tenor de las ordenanzas que adoptará en virtud de esta habilitación» y, en segundo lugar, en que “la urgencia es una de las justificaciones que el Gobierno puede invocar para recurrir al artículo 38 de la Constitución” (en el caso, la urgencia era terminar de elaborar los nuevos códigos mencionados por la ley de habilitación, por cuanto la agenda parlamentaria estaba “saturada”) (Consejo Constitucional, 16 de diciembre de 1999, *Rec.* p. 136, cons. 12 y 13).

Esta motivación no es inocente: la “solicitud” de habilitación presentada por el

Gobierno al Parlamento debe estar «justificada» por el primero, y esta justificación es evidentemente requerida en armonía con el objeto de la ley. Ella debe explicar «la finalidad de las medidas» previstas por el Gobierno y «el campo de intervención de éstas». Desde 1977 el Consejo Constitucional había indicado que el Gobierno tiene «la obligación de indicar con precisión [...] cuál es la finalidad de las medidas que se propone adoptar» (Consejo Constitucional, 12 de enero de 1977, *Rec.* p. 31).

El debate bien habría podido salir a flote con ocasión de la segunda gran ley de habilitación reciente, citada antes, esto es, la del 3 de enero de 2001, cuyos objeto y finalidades eran en extremo diversos, por no decir heterogéneos. Pero ella no fue sometida al Consejo Constitucional y constituye así un peligroso precedente en la línea de la banalización de la gestión delegada⁷.

El que haya habido buenos motivos para actuar de esta manera y el que el Parlamento, de manera formal, haya consentido a ello, no cambian en nada el hecho de que hay un uso excesivo del procedimiento de excepción del artículo 38 de la Constitución, jurídicamente, un abuso de la legislación delegada.

II. FIRMA

Sigamos el proceso de la legislación delegada y pasemos a una segunda observación crítica; crítica que, a decir verdad, sólo enunciaría si no contase para ella con el respaldo intelectual del análisis constante del decano PACTET. Se trata de la firma de las ordenanzas.

Seamos claros: la expedición de ordenanzas es asunto del Gobierno y el Presidente de la República no tiene al respecto más competencia que la que tiene con relación

a las leyes: está obligado a firmar las ordenanzas, como está obligado a promulgar las leyes. Con relación a ellas está, si utilizamos el vocabulario del derecho administrativo, en una situación de competencia ligada. Sin embargo, la práctica parece haber admitido, después del precedente de 1986, el rechazo de la firma de ordenanzas por el Presidente de la República. Es éste –según mi opinión– un nuevo abuso, de naturaleza distinta, pero que no merece una menor crítica jurídica.

Retomemos el debate, en los términos que los principios del derecho constitucional invitan a plantearlo. Esencialmente desde esta perspectiva, esboqué las bases del debate en un artículo del periódico *Le Monde* en su edición del 18 de abril de 1986⁸, indicando por qué, en derecho, el Presidente de la República, desprovisto de competencia legislativa, no podía atravesarse en el ejercicio de la legislación delegada. Las sucesivas ediciones del libro maestro del decano PACTET se atienen a este mismo análisis (ver la 21.^a edición, 2001, p. 609⁹). Argumento aquí en la mejor de las compañías.

¿Porqué el Presidente de la República no puede oponer obstáculos a la legislación delegada? ¿Porqué está obligado a firmar las ordenanzas? Por la simple razón de que éstas son un tabajo de legislación y que, con relación a las leyes, el Presidente de la República no tiene otra competencia que la de «autenticación notarial», que constituye la promulgación. La razón de fondo es ésta y es, en mi opinión, determinante.

A. Descartemos de antemano un argumento de redacción de textos: el artículo 13 de la Constitución parece ubicar en el mismo plano formal las ordenanzas y los decretos, las unas y los otros igualmente «firmados por el Presidente de la República». Pero nada autoriza a deducir de ello que los efectos de esta firma son los mismos en los dos casos.

Por el contrario, esta redacción –que se introdujo bastante tarde en la preparación del texto constitucional– reúne disposiciones originariamente distintas y, con relación a las ordenanzas, los trabajos preparatorios de la Constitución muestran bien que la adopción de las ordenanzas es asunto del Gobierno, del Primer Ministro, dicen ciertos proyectos, de tal suerte que la firma por el Presidente de la República es meramente formal. Fue siempre en los proyectos de disposiciones sobre el Parlamento (y no en las disposiciones referentes al Presidente de la República) en los que el tema de las ordenanzas fue tratado, y la competencia en la materia fue dada al Primer Ministro (proyecto del 27 de junio de 1958: «La ley puede autorizar al Primer Ministro a adoptar por ordenanzas proferidas en Consejo de Ministros...»); grupo de trabajo del 2 de julio de 1958: «El Primer Ministro puede, por ordenanzas proferidas en Consejo de Ministros y después del concepto del Consejo de Estado...») o al Gobierno (anteproyecto del 15 de julio de 1958: «el Gobierno puede solicitar a las asambleas [...] la autorización de adoptar por ordenanzas...»); igual redacción en el anteproyecto del 19 de julio de 1958, el anteproyecto del 23 y del 25 de julio de 1958 y el anteproyecto transmitido al comité consultativo constitucional el 29 de julio de 1958). La exposición de motivos del anteproyecto de Constitución de 1958 expone de igual manera que «el artículo 34 (artículo 38 del texto final) reserva al Parlamento la posibilidad de delegar al Gobierno algunas de sus atribuciones para responder a las necesidades urgentes, pour un término limitado». Es la redacción que adoptará finalmente el artículo 38.

Es tan sólo porque las ordenanzas son deliberadas en Consejo de Ministros (como los proyectos de ley) y porque el Presidente de la República preside el Consejo de

Minsitros, que luego se indica, casi mecánicamente, que éste firma las ordenanzas, mención que no figura en las disposiciones iniciales relativas al Presidente de la República y que, al haber aparecido tardíamente en la redacción, nunca fue percibida como atribución de una competencia de decisión al Presidente, en materia de ordenanzas. Toda asimilación con la firma de los decretos deliberados en Consejo de Ministros es abusiva y debería ser descartada.

B. Volvemos así a las consideraciones de fondo. Previstas por el artículo 38 de la Constitución como una de las modalidades de “relaciones entre el Parlamento y el Gobierno” (nombre del Título v), las ordenanzas son el resultado de una ley de habilitación dictada por el Parlamento, al que son después sometidas para su ratificación. Ellas no son una afrenta a los derechos de las asambleas, sino una modalidad de ejercicio, por éstas, de competencias legislativas que la Constitución les confía. El Título v de la Constitución contiene en materia legislativa una doble habilitación: la normal y permanente del artículo 34, la excepcional, especial y temporal del artículo 38. En uno y otro caso se trata de hacer la ley y, en el evento del artículo 38, si ésta es realizada transitoriamente por el Gobierno, lo que no conlleva la aplicación del régimen del acto reglamentario, es porque el Parlamento lo ha querido a través de la ley de habilitación, y en los límites de esta ley.

Al oponerse a las ordenanzas, el Presidente de la República no se opondría al Gobierno, redactor de estos textos, sino a la voluntad del Parlamento, expresada a través de la ley de habilitación, de hacer intervenir al Gobierno, durante un término limitado, en el ámbito de competencias de la ley.

La ordenanza, como la ley, son perfectas por la sola colaboración entre el Parlamen-

to y el Gobierno. Sólo la intensidad de sus intervenciones respectivas varía de un caso al otro. La firma de la ordenanza, como la promulgación de la ley (qui incluye su firma por el Presidente de la República) tienen simple valor de autenticación. La competencia presidencial no es menos ligada en un caso que en el otro y, en realidad, parece más estrechamente ligada en el caso de las ordenanzas, por cuanto la promulgación de la ley puede estar precedida, a iniciativa del Presidente de la República, de la solicitud de una nueva deliberación o de una remisión al Consejo Constitucional.

El procedimiento de las ordenanzas es un asunto entre el Parlamento y el Gobierno. El Presidente de la República no tiene otros poderes al respecto que los que le confiere su calidad de presidente del Consejo de Ministros, en la medida en que las ordenanzas son allí deliberadas. Pero esta deliberación no puede ser reducida a la decisión exclusiva del Presidente y menos aún la firma presidencial presentada como constitutiva de una facultad de impedir la adopción de la ordenanza.

Leamos una vez más al decano PACTET: «Las ordenanzas se refieren a materias legislativas que no cesan de serlo durante el término de la habilitación. No pueden, por demás, ser posteriormente modificadas sino por leyes. Admitir el rechazo de su firma por el Presidente es hacerlo participar personalmente en el ejercicio del poder legislativo al que sólo el Gobierno está habilitado por el Parlamento, en virtud del artículo 38. Pero el Presidente nunca tiene ninguna competencia discrecional en materia legislativa, salvo en caso de aplicación del artículo 16¹⁰, pero en ese supuesto bajo habilitación expresa. Es ésta una de las razones de fondo que debería normalmente conducir a rechazar al Presidente esta competencia discrecional; pero nos vemos obligados a

constatar que el precedente de 1986, que no fue criticado por el Gobierno de la época, va en sentido contrario» (*Intitutions politiques, froit constitutionnel*, ed. 2001, p. 609).

Es aquí donde está el abuso, muy característico de los desvíos presidenciales de la v República: el Presidente de la República se otorga un verdadero veto legislativo, en el marco de la legislación delegada. El abuso es tanto frente al Palamento como al Gobierno. ¿La práctica —rápidamente protegida por los atributos de una costumbre constitucional (pero una costumbre *contra legem*)— perdurará definitivamente? Si es así, la libertad adoptada con la Constitución no sería menor que en los tiempos de los decretos-ley de la IV República, expresamente prohibidos por la Constitución de 1946.

III. RATIFICACIÓN

Veamos ahora los abusos que afectan o pueden afectar el procedimiento de ratificación de las ordenanzas, que no son los menos importantes.

La legislación delegada es un paréntesis en el ejercicio normal de las competencias del legislador. La ratificación cierra el paréntesis y establece el orden de las competencias. El legislador acepta entonces, bajo beneficio de inventario, la reglamentación de las ordenanzas y la reasume por su cuenta. Estos son, por lo menos, los principios. Pero sabemos que, desde los decretos-ley de la III y IV Repúblicas, se asumieron con estos principios algunas liberalidades, exigidas sin duda por las realidades políticas. Si bien es cierto que una fecha es impuesta para el registro de los decretos-ley (u ordenanzas) en la mesa directiva de las asambleas, so pena de su caducidad, nada obliga a organizar un debate de ratificación:

a falta de ratificación, las ordenanzas subsisten pero con la sola autoridad que les confiere su autor, aquella de actos reglamentarios. De una delegación transitoria de la competencia legislativa se pasa a una desclasificación más o menos durable de la materia legislativa, independientemente de que el legislador pueda siempre retomarla (pero por qué lo haría, habiendo otorgado la delegación?) después que ha expirado el plazo de la habilitación.

Y es precisamente de esta última observación de la que proviene lo que puede ser considerado como un abuso en el proceso de la legislación delegada: se entenderá que el legislador, por cuanto además ejerce, sobre otras materias, la competencia legislativa que le es propia, ha ratificado un texto que nunca examinó, por el simple hecho de que su posterior intervención es suficiente para hacer presumir que ha reasumido la materia de la ordenanza.

A. Se ha reconocido en ello las ratificaciones implícitas, ratificaciones “quasi clandestinas”, con las que existen grandes riesgos de abusos en la práctica —aquí jurídica— de la legislación delegada (ver sobre todo este debate, Y. GAUDEMONT, “L’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire?” (A propósito de las ratificaciones implícitas), *JCP* 1991, I, 3486).

Una antigua jurisprudencia admite que la ratificación de las ordenanzas puede resultar indirectamente de leyes ulteriores que tengan un objeto diferente pero que expresen «la voluntad implícita» del Parlamento de adoptar el dispositivo. Esta jurisprudencia recibió el aval del Consejo Constitucional, después de 1958, al admitir la ratificación de una ordenanza por una «manifestación de voluntad implícita, pero claramente expresada por el Parlamento» (Consejo Constitucional 29 de febrero de 1972, *Rec.* p. 31).

La consulta de los trabajos preparatorios de la Constitución muestra que en efecto, al rechazar una enmienda presentada por Mr. DEJAEAN sobre una ratificación obligatoria de las ordenanzas, el comité consultativo constitucional quiso confirmar la libertad del Parlamento de proceder o no a una votación especial de ratificación y, por lo tanto, el mecanismo de las ratificaciones implícitas (*Avis et débats du Comité Consultatif Constitutionnel*, p. 194).

¿Pero cuáles son entonces los elementos y características distintivos que permiten reconocer esta ratificación implícita? La idea directriz tiene, por supuesto, un enunciado simple: es siempre la intención del legislador la que determina la ratificación, la manera como ella es presumida, revelada por el desarrollo de los textos posteriores o por las condiciones de su adopción. Sentado este principio, ¿cómo se pone en práctica?

La ratificación implícita se reconoce sin dificultad frente a una ley posterior que tenga por objeto «adoptar las modificaciones apropiadas al texto de la ordenanza [...] tomado en su conjunto» (CE, 25 de enero de 1957, *Sté des établissements charlionais*, *Rec. Lebon*, p. 54) o frente a una ley que contenga una transcripción completa de casi todos los artículos de una ordenanza para introducirles ciertas modificaciones (Consejo Constitucional, 29 de febrero de 1972, *Rec.* p. 31, a propósito de la ratificación implícita de la ordenanza del 17 de agosto de 1967, sobre la participación de los asalariados, por la ley de presupuesto de 1969 del 27 de diciembre de 1968). Es el mismo razonamiento que permitió al Consejo de Estado admitir la ratificación implícita de la ordenanza del 20 de septiembre de 1985 sobre la Nueva Caledonia, cuyo deber de aplicación transitoria fue declarado formalmente por una ley ulterior (CE, 11 de

junio de 1990, *Congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie, Dr. adm.* 1990, n.º 401).

Pero en ocasiones las cosas son menos claras: las leyes ulteriores se refieren a uno u otro artículo de la ordenanza sin que ésta sea su objeto principal. En estos eventos, la Corte de Casación y el Consejo de Estado tienen, al parecer, “reflejos” distintos.

El juez ordinario tiene en cuenta la reiteración de la voluntad implícita del legislador. La repetición de referencias hechas al conjunto del texto o a ciertas de sus disposiciones, en varias leyes sucesivas, conlleva ratificación implícita (Cass.com., 6 de octubre de 1992, *Etre, Jean Lefèbre* y, antes, CA Paris, 4 de julio de 1990, *Sté Rasel, JCP* 1991-I-3486, annexe). Al mismo tiempo, y en función del objeto de estas referencias, se puede imaginar que la ratificación implícita tan sólo concierne ciertas disposiciones de la ordenanza.

En cuanto al Consejo de Estado, no considera el número sino el alcance de estas referencias. La ratificación implícita se adquiere desde que, por una ley ulterior, el legislador ha necesariamente entendido ratificar las disposiciones de la ordenanza. En un primer momento, el Consejo de Estado parece haber descartado también las ratificaciones implícitas parciales, limitadas a las disposiciones de la ordenanza consideradas por la ley (CE, 7 de febrero de 1994, *Ghez, Courrier jur. des finances*, diciembre de 1994, p. 8, nota Y. GAUDEMONT. Para el comisario de gobierno D. KESSLER, no parece «posible, salvo cuando el legislador lo hace expresamente, dividir el proceso de ratificación en tantas partes como disposiciones a las que se refiere el legislador»). La validación implícita se adquiere, para la totalidad de la ordenanza, desde cuando una ley ha validado una parte “importante” de aquélla, es decir, una parte

determinante para el conjunto de sus disposiciones. La solución del Consejo de Estado, que exige evidentes consideraciones prácticas, era con todo más tajante que la fórmula del Consejo Constitucional quien, a propósito del mismo texto (la ordenanza del 1.º de diciembre de 1986 sobre la concurrencia), observó que «no se excluye que la ratificación de *todo o parte* de las disposiciones de una ordenanza del artículo 38 de la Constitución pueda resultar de una ley que, sin tener por objeto directo esta ratificación, la implique necesariamente (Consejo Constitucional, 23 de enero de 1987, *RFDA* 1987, p. 287, nota B. GENEVOIS; *RD publ.* 1987, p. 1341, nota Y. GAUDEMONT).

No obstante, más recientemente, y en un caso importante sobre la adopción de la parte legislativa del Código de Comercio por vía de ordenanza, el Consejo de Estado consideró por el contrario que la decena de leyes posteriores a la codificación de septiembre del 2000 y que la modificaron «no tuvieron ni por objeto ni por efecto ratificar la integralidad de esta ordenanza» (CE, 27 de mayo de 2002, *SA Transolver Service*, n.º 227338, concl. GOULARD). Es una afortunada evolución en la que las conclusiones del comisario de gobierno muestran bien que obedeció a la preocupación por mantener un control de fondo de las ordenanzas, carente ampliamente, de hecho, en caso de ratificación implícita.

Queda en efecto el reubicar estas soluciones sutiles y matizadas en una problemática general del control de los actos normativos. La calificación de las ordenanzas como actos administrativos obedece a la preocupación evidente de mantener frente a ellas un posible control contencioso, el del juez administrativo a través de un recurso en anulación, y el de todo tribunal, a través de la vía de la excepción de ilegalidad. La ratificación hace desaparecer este con-

trol al conferir a la ordenanza el carácter incontestable de ley. Pero es entonces la ley de ratificación misma la que puede ser, en principio, antes de su promulgación, acusada ante el consejo Constitucional el que, como lo ha expresamente indicado, verifica, a través de la ley de ratificación, la constitucionalidad de la ordenanza misma (Consejo Constitucional 23 de enero de 1987, citado). En resumen, en todos los casos la ordenanza es controlada (o controlable), aunque los términos del control sean diferentes según el tribunal ante el que se impugna.

Pero es precisamente esta posibilidad de control la que la admisión de una ratificación implícita hace desaparecer de hecho: el juez administrativo es en adelante incompetente porque la ordenanza se convierte en ley, y el Consejo Constitucional no pudo intervenir, por cuanto no hubo verdadera ley de ratificación. Esto debería llevar a admitir la ratificación implícita de manera restrictiva, y más precisamente a limitarla al caso en que la ley que contiene ratificación implícita suponga una verdadera re-adopción, parcial o total, o una modificación sustancial de la ordenanza en causa, dando así lugar a un eventual control del Consejo Constitucional.

Y lo mismo sucede cuando se solicita al Parlamento una ratificación, perfectamente explícita, pero sin que la ordenanza, en ocasiones extendida a las dimensiones de un código, sea siquiera adjuntada al proyecto de ley de ratificación. Tal fue el caso, por ejemplo, de una ley relativa a diversas disposiciones de orden social que al respecto contenía un artículo así redactado: «es ratificada la ordenanza del 19 de abril de 2001 relativa al Código de la Mutualidad...», ordenanza que constituye la parte legislativa del nuevo Código de la Mutualidad (art. 7.º de la ley del 17 de julio de 2001, sobre di-

versas disposiciones de orden social, educativo y cultural). Estamos lejos de la obligación del Gobierno de rendir cuentas, que supone todo mecanismo de la legislación delegada. ¿Cómo podría ejercerse eventualmente la competencia de inventario y de enmienda del Parlamento? Y sobre todo si se adicionan a ello los poderes importantes del Gobierno en la dirección del debate parlamentario. Sin embargo, el Consejo Constitucional, en estudio de constitucionalidad de la ley DDOS del 17 de julio de 2001, no se detuvo en estas objeciones (Consejo Constitucional 11 de julio de 2001, *Rec.* p. 82) que, a decir verdad, no estaban argumentadas en el estudio de la comisión parlamentaria.

B. Queda el problema de la compatibilidad de estos procedimientos de ratificación, más o menos oportunistas, más o menos clandestinos, con el ejercicio del derecho al recurso, en los términos consagrados por el artículo 6.º de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Consejo de Estado encuentra en efecto que este artículo 6.º prohíbe la intervención de una ley de validación estando en curso un proceso contencioso administrativo, salvo que esté justificada por «motivos suficientes de interés general» (CE, concepto del 16 de febrero de 2001, *JO* 4 de abril de 2001, p. 5256, y, antes, CE, 5 de diciembre de 1997, *Mme Lambert, Rec. Lebon*, p. 460; 28 de julio de 2000, *Tête, Rec. Lebon*, p. 302, concl. H. SAVOIE, rechazando una ley de validación al encontrarla no justificada por un motivo suficiente de interés general y por conllevar la violación al derecho de un proceso equitativo).

¿Lo que es predicable de las leyes de validación es aplicable a las leyes de ratificación, que no son finalmente sino la validación, por la ley, de lo que no es hasta entonces sino reglamentación y por consiguiente sujeto de las posibilidades de im-

pugnación contenciosa de esta última? La pregunta no está exenta de nexos con lo que se dijo antes sobre las ratificaciones implícitas, sustraídas de todo verdadero control del Consejo Constitucional.

En sus conclusiones sobre la sentencia del Consejo de Estado del 8 de diciembre de 2000, *Hoffer et autres* (RFDA 2001, p. 455), CHRISTINE MAUGÜÉ [comisario de gobierno] hace una distinción muy pertinente, con relación a la Convención Europea de Derechos Humanos, entre las leyes de validación, que constituyen una forma de ingerencia del poder legislativo en la administración de justicia, y las leyes de ratificación, intervención del poder legislativo en el marco de las prerrogativas normales que le confiere la Constitución. Esta última característica llevaría a descartar, por principio, toda posibilidad de discusión sobre la convencionalidad de la ley de ratificación, por lo menos frente al artículo 6.º de la Convención europea: «Cuando procede la validación de un acto administrativo, el legislador interviene en el orden normal de repartición de competencias al dar valor legislativo a un acto que, en los planos tanto formal como material, es un acto administrativo. Cuando ratifica una ordenanza, adopta una medida que otorga valor legislativo a un acto que no es formalmente administrativo (CH. MAUGÜÉ, concl. cit.).

Pero el Consejo de Estado parece no haber aceptado enteramente este análisis, sensible sin duda al riesgo de abuso que pueden conllevar ciertos procedimientos de ratificación. La sentencia misma deja de lado el caso en el que «la ley de ratificación se revelaría incompatible, en una materia incluida en el campo de aplicación del artículo 6.º de la Convención europea de salvaguarda de derechos humanos y de libertades fundamentales, con las estipulaciones de este artículo, por cuanto en razón de las circunstancias de

su adopción, esta ley habría tenido esencialmente por objetivo obstruir el derecho de toda persona a un proceso equitativo». Es esta una afortunada precaución.

Las Repúblicas se suceden, la legislación delegada practicada, padecida o consagrada subsiste. Se podría incluso decir que prospera. Y lo hace con mucha libertad, si no con abuso, frente a los principios y a los textos constitucionales. ¿Será que la nueva organización de competencias normativas del Estado, querida por la Constitución de 1958, no es menos irrealista que las precedentes? ¿Habría que pensar, también desde este punto de vista, en una VI República? Ciertamente, al llegar a este estadio de irresponsable prospectiva, el maestro al que estas líneas están dedicadas preferirá que me detenga.

YVES GAUDEMONT

Universidad de París II, Panthéon-Assas

Traducción

JOSÉ LUIS BENAVIDES

1. Artículo publicado en *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*. Paris: Dalloz, 2003, pp. 617-628.

2. NT. Equivalente a nuestra ley de facultades.

3. NT. La Constitución francesa de 1958 no confiere al Parlamento, como lo hace la nuestra al Congreso (art. 150), una cláusula general de competencia, sino que enuncia de manera restrictiva las materias que pueden ser objeto de regulación legal. Las materias no previstas en dicho artículo son objeto de reglamentación gubernamental directa.

«Artículo 34. La ley es expedida por el parlamento. La ley fija las reglas con relación a:

- los derechos civiles y las garantías fundamentales acordados a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas; las sujeciones impuestas a los ciudadanos en su persona y en sus bienes para la Defensa Nacional;
- la nacionalidad, el estado y la capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales, de sucesiones y liberalidades;
- la determinación de crímenes y delitos, así como las penas que les son aplicables; el procedimiento penal, la amnistía; la creación de nuevos órdenes de jurisdicción y el estatuto de los magistrados;

- la base, el monto y las modalidades de recaudo de los impuestos de cualquier naturaleza; el régimen de emisión de la moneda.

La ley fija igualmente las reglas sobre:

- el régimen electoral de las asambleas parlamentarias y de las asambleas territoriales;
- la creación de categorías de los establecimientos públicos;
- las garantías fundamentales acordadas a los funcionarios civiles y militares del Estado;
- las nacionalizaciones de empresas y las transferencias de propiedad de empresas del sector público al sector privado.

La ley determina los principios fundamentales:

- de la organización general de la Defensa Nacional;
- de la libre administración de las colectividades territoriales, de sus competencias y de sus recursos;
- de la enseñanza;
- del régimen de la propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales;
- del derecho laboral, del derecho sindical y de la seguridad social.

Las leyes presupuestales determinan los recursos y las cargas del Estado en las condiciones y bajo las reservas previstas en una ley orgánica.

Las leyes presupuestales de la seguridad social determinan las condiciones generales de su equilibrio financiero y, teniendo en cuenta sus previsiones de rentas, fijan sus objetivos de gastos, en las condiciones y bajo las reservas previstas por una ley orgánica.

Las leyes de programas determinan los objetivos de la acción económica y social del Estado.

Las disposiciones del presente artículo podrán ser precisadas y completadas por una ley orgánica.

«Artículo 37. Las materias distintas de las que son objeto de regulación legal tienen un carácter reglamentario.

Los textos de forma legislativa sobre estas materias pueden ser modificados por decretos adoptados después del concepto del Consejo de Estado. Aquellos de estos textos que llegaren a intervenir después de

la vigencia de la presente Constitución sólo podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional ha declarado que tienen carácter reglamentario en virtud del inciso precedente».

4. Sobre la relación de todas las leyes de habilitación, después del comienzo de la V República, ver P. PACTET. *Institutions politiques, droit constitutionnel*, 22.^a ed. Paris: Armand Colin, 2003, p. 618.

5. NT. La trasposición es un procedimiento particular del derecho comunitario, en virtud del cual los Estados miembros de la Unión Europea están obligados de integrar al derecho interno las directivas adoptadas por el Consejo de las Comunidades Europeas.

6. NT. Ver observación de nota 2.

7. NT. En el derecho francés no existe la acción pública de inconstitucionalidad. La posibilidad de acudir al Consejo Constitucional está limitada en el tiempo y la acción está reservada a los parlamentarios y al Presidente.

8. NT. Y. GAUDEMONT. “Le Président est tenu de signer”.

9. NT. *Institutions politiques: Droit constitutionnel*.

10. NT. Constitución francesa de 1958, artículo 16: «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales están amenazados de manera grave e inminente y cuando el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales está intrumpido, el Presidente de la República adopta las medidas exigidas por estas circunstancias, luego de consulta oficial del Primer Ministro, de los presidentes de las asambleas, así como del Consejo Constitucional.

Él informa de la situación a la Nación a través de un mensaje.

Estas medidas deben estar inspiradas por la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, en los plazos estrictamente necesarios, los medios para cumplir con su misión. El Consejo Constitucional es consultado a este respecto.

El Parlamento se reúne de pleno derecho.

La Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales».

