

ESTUDIOS

EL CONFUSO DEVENIR DE LA DESLEGALIZACIÓN

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Universidad Complutense

Cómo citar/Citation

Santamaría Pastor, J. A. (2023).
El confuso devenir de la deslegalización.
Revista de Administración Pública, 222, 17-32.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222.01>

Resumen

Este trabajo tiene por objeto dos recientes sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca del fenómeno de la degradación de rango de normas con fuerza de ley que modifican disposiciones reglamentarias. Analiza la noción general del fenómeno, los criterios negativos que la jurisprudencia mantiene hacia él y la praxis legislativa habida de los últimos años.

Palabras clave

Ley; Decreto Ley; Real Decreto; modificación de textos reglamentarios; degradación normativa; control judicial.

Abstract

This paper focuses on two recent judgments from the Third Chamber of the Spanish Supreme Court concerning the trend in downgrading the rank of regulatory provisions amended by statutory rules. It analyses the general concepts and notions surrounding this tendency, the negative criteria that case law maintains toward it, and the legislative practices/initiatives which have taken place in recent years.

Keywords

Law; Decree-law; Royal Decree; amendment of regulatory texts; regulatory downgrading; judicial review.

SUMARIO

I. LAS SENTENCIAS. II. EL SUPUESTO DE HECHO, LA CUESTIÓN Y LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS. III. EL CONCEPTO CLÁSICO DE LA DESLEGALIZACIÓN Y SU PUESTA EN CUESTIÓN: 1. Sobre la deslegalización y sus elementos. 2. La posición de las sentencias. 3. Los precedentes. IV. LOS PROBLEMAS: 1. Los problemas teóricos. 2. Los problemas derivados de la praxis legislativa. 3. Unas rectificaciones necesarias. V. UNA CODA CRÍTICA SOBRE LA AUTODESLEGALIZACIÓN.

I. LAS SENTENCIAS

A comienzos del verano de 2023 cayó en mis manos una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencia 3378/2023, de 18 de julio, recurso 697/2022) que llamó mi atención. El enunciado del recurso que resolvía parecía muy poco estimulante, por tratarse de una de las innumerables y difícilmente inteligibles impugnaciones que las empresas eléctricas y sus asociaciones han emprendido en los últimos años contra las también numerosas y caóticas disposiciones dictadas sobre el sector energético. El mero enunciado del objeto del recurso era suficiente como para desalentar de su lectura. Se recurría:

el art. 16.4 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista.

Me fijé en esa sentencia no solo por la afición tradicional que algunos juristas mantenemos aún, románticamente, hacia el control de la potestad reglamentaria, sino porque terminaba con una declaración de inadmisibilidad, algo en apariencia chocante a la altura de los tiempos que vivimos. Observé, también, que la sentencia se apoyaba y reproducía la doctrina de otra próxima en el tiempo, la 2239/2023, de 22 de mayo (recurso 528/2022), de la misma materia y el mismo fallo, en la que no había advertido y que también leí.

Ambos fallos poseen un innegable interés, por referirse a una técnica normativa, la deslegalización, de la que se ha venido haciendo uso abundante en las páginas del diario oficial del Estado de los últimos tiempos, pero a la que la doctrina ha prestado muy poca atención. La deslegalización, podría decirse, ha sido siempre el pariente pobre de la familia de las técnicas de remisión normativa (en contraste, por ejemplo, con la delegación legislativa, cuyo uso ha sido mucho menos frecuente). Y estas sentencias han puesto de relieve la necesidad de afinar un tanto en el sentido y alcance de esta institución.

II. EL SUPUESTO DE HECHO, LA CUESTIÓN Y LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS

Las Sentencias 2239 y 3378 de 2023 no contienen doctrina alguna (no sé si decir que felizmente) sobre el objeto de la impugnación, que antes transcribí. Su contenido es estrictamente procesal, referido a la recurribilidad en vía contencioso-administrativa del real decreto que se cuestionaba. Su supuesto de hecho puede describirse sucintamente así: (1) El art. 16 del Real Decreto 897/2017 regulaba el procedimiento de liquidación de las cantidades necesarias para financiar el importe del bono social por parte de los operadores del mercado eléctrico. Y (2) los apdos. 2 y 4 de dicho artículo fueron objeto de nueva redacción por la disposición final 4.6 a 8 del Real Decreto Ley 10/2022, de 13 de mayo; y la disposición final octava del mismo real decreto ley establecía:

Las determinaciones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real Decreto Ley podrán ser modificadas por normas del rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran.

Las asociaciones de empresas recurrentes entendían que esta disposición final contenía un típico supuesto de deslegalización: aunque se hubiera dado al art. 16.4 del Real Decreto 897/2017 una redacción mediante una norma con rango de ley, dicho precepto conservaba su rango y naturaleza puramente reglamentaria *ex* disposición final octava, lo que le hacía plenamente impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este es el punto sobre el que la Abogacía del Estado manifestó su discrepancia, y en el que quedó centrado el debate¹.

¹ La Sentencia 2239/2023 se planteó otra cuestión inicial (sin interés en este momento), ya que la demandante impugnó en su demanda no solo el art. 16.4 del Real Decreto 897/2017, sino también el propio Real Decreto Ley 2022, respecto del cual se solicitaba la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad. La sentencia rechazó con acierto esta segunda pretensión, aunque lo hiciera con una argumentación de muy escasa solidez, confundiendo la cuestión de inconstitucionalidad con el recurso directo de inconstitucionalidad, para cuya interposición solo están legitimados el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores; legitimación de la que,

Las sentencias rechazaron la tesis de la demandante con un argumento muy sencillo, que es imprescindible transcribir (FD segundo, párrafo séptimo):

Pero, en contra de lo sostenido por la parte recurrente, no se trata de una previsión legal [la disposición final octava del Real Decreto Ley 10/2022] que degrade el rango de ley de algunos de sus preceptos, sino que tiene por finalidad y único alcance que aquellos preceptos reglamentarios que han sido modificados por esta ley podrán en un futuro ser modificados por una norma reglamentaria. No se produce una degradación normativa operada por la propia ley respecto de uno de sus preceptos, afirmación que no tiene sustento en precedente alguno ni se deduce de la propia redacción de las disposiciones finales analizadas. Cuestión distinta es que la norma legal establezca una habilitación para posteriores regulaciones reglamentarias, pero en ningún caso ello implica que se haya producido una degradación normativa de los preceptos del Decreto Ley como se sostiene por la parte recurrente.

Aunque el texto es bastante claro, su contenido puede ser aún precisado: lo que las sentencias dicen es (1) que el real decreto ley no había operado ninguna degradación de rango del art. 16.4: que no había «disminuido» el rango de la norma que establece, «rebajándolo» al nivel del real decreto en el que había de insertarse, por lo que dicha norma tenía y mantenía, desde el momento de su publicación, rango y fuerza de ley; lo que le hacía insusceptible de ser enjuiciado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Y (2) el único efecto que la disposición final octava posee es una autorización al Gobierno para que, en el futuro, la redacción del art. 16.4 pueda ser modificada mediante un simple Real Decreto; momento en el que volverá a tener rango reglamentario (y también para lo sucesivo, se supone).

III. EL CONCEPTO CLÁSICO DE LA DESLEGALIZACIÓN Y SU PUESTA EN CUESTIÓN

1. SOBRE LA DESLEGALIZACIÓN Y SUS ELEMENTOS

Esta doctrina produce una cierta perplejidad, y de ella parece reflejar dudas la Sala acerca de lo que la deslegalización sea; y, como la doctrina ha prestado una atención limitada a este concepto, y su funcionamiento puede resultar un tanto complejo, quizá sea conveniente recordar algunas nociones elementales sobre el mismo, tal y como el autor de estas páginas modestamente lo entiende.

Dicho en términos sencillos, por deslegalización se entiende la técnica de manipulación normativa mediante la cual una ley (*lato sensu* = norma con rango

naturalmente, carecían las asociaciones recurrentes. La solicitud de planteamiento de la cuestión podría y debería haber sido desestimada acudiendo a la clásica doctrina de la libertad judicial para apreciar el posible vicio de inconstitucionalidad de la norma legal.

de ley) actúa sobre el contenido de otra ley, rebajando o degradando su rango a nivel reglamentario; de manera que esta segunda norma legal podrá ser modificada en lo sucesivo mediante otra disposición reglamentaria y, al carecer de rango y fuerza de ley, podrá ser impugnada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (ex art. 1 de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción).

Esta manipulación puede realizarse de dos formas. En primer lugar, mediante una ley posterior a la que va a ser deslegalizada; dicha ley posterior, «sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración»². Expresado de otra forma, la ley posterior se limita a «rebajar» o «degradar» el rango de la anterior, sin alterar su contenido, de manera que el de esta última podrá ser en lo sucesivo modificada o derogada mediante reglamentos (del rango o nivel —decreto, orden— que la ley deslegalizadora prevea). Pero cabe también, en segundo lugar, que el fenómeno se produzca en un solo acto: una ley modifica de algún modo una norma reglamentaria anterior, estableciendo para ella un nuevo contenido; así las cosas, la modificación introducida en la norma reglamentaria, tendría, en principio, rango de ley (el propio de la norma que la modifica). Pero, en tal caso, la ley modificadora decide —soberanamente, porque puede hacerlo— mantener el rango original de la norma que ha modificado, es decir, ordenar que siga teniendo naturaleza y rango reglamentario, de forma que, como tal reglamento, podrá ser en lo sucesivo modificada por otro reglamento del nivel correspondiente y, también, ser impugnada ante la jurisdicción contenciosa. Nos encontraríamos, en este caso, en lo que convencionalmente podría denominarse «autodeslegalización».

La deslegalización tiene, en consecuencia, un triple efecto: un efecto sustantivo, la degradación o disminución de rango de una disposición con fuerza de ley (la misma, u otra anterior), a la que se confiere naturaleza puramente reglamentaria; un efecto habilitante, que dicha disposición, a pesar de haber sido redactada por otra con rango de ley, podrá ser en lo sucesivo modificada o derogada por otra de naturaleza reglamentaria; y un efecto procesal, que dicha norma podrá ser impugnada (y eventualmente anulada) ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entre estos tres elementos existe, en principio, un *lien indivisible*, de manera que cada uno de ellos presupone los otros dos, y ninguno de ellos tiene sentido sin alguno de los restantes: si se degrada a rango reglamentario una disposición con fuerza de ley, esta podrá ser modificada en lo sucesivo mediante reglamentos, y también recurrida ante la jurisdicción contenciosa; si se autoriza a que una norma con rango de ley pueda ser válidamente modificada por un reglamento, es porque su rango normativo ha sido degradado, lo que le hace entrar en la competencia fiscalizadora de la jurisdicción contenciosa. En principio, decimos, para que exista

² Así, E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 18.^a ed., 2017, pp. 309 ss.

deslegalización basta la concurrencia de uno solo de estos tres elementos: si la ley modificadora degrada el rango de la modificada (sin decir nada más), esta podrá ser a su vez modificada mediante reglamentos y ser recurrida ante la jurisdicción contenciosa; si lo que hace es autorizar al Gobierno para modificarla, ello supone que el rango de la norma modificada ha sido degradado; y si, sin aludir a ninguna de estas dos cuestiones, dispusiera que las normas que se dicten podrán ser recurridas ante la jurisdicción contenciosa, ello entrañaría que tácitamente se les habría rebajado su rango y que, por tanto, podrían ser modificadas por el Gobierno (lo contrario supondría una infracción del art. 161.1.a) de la Constitución, que reserva al Tribunal Constitucional el enjuiciamiento de las normas con rango de ley).

2. LA POSICIÓN DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias que aquí se consideran parecen cuestionar este vínculo: a su entender, la manipulación que el real decreto ley llevó a cabo en el supuesto que enjuiciaban tuvo como exclusivo efecto permitir al Gobierno la ulterior modificación de la norma a la que daba nueva redacción, pero sin que sufriera alteración alguna su rango, que seguía siendo de ley; lo que impedía su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y llegaba a esta conclusión con un argumento literal: lo único que la disposición final octava del real decreto ley hizo fue habilitar al Gobierno para modificar la norma, «pero en ningún caso ello implica que se haya producido una degradación normativa de los preceptos del Decreto Ley»; y ello es así, finaliza, diciendo que la afirmación de la demandante de haberse producido tal degradación «no tiene sustento en precedente alguno ni se deduce de la propia redacción de las disposiciones finales analizadas».

Podría pensarse que esta argumentación es plenamente ortodoxa, al aludir a los tres efectos básicos de la deslegalización, antes reseñados (la autorización para modificar una norma con rango de ley mediante reglamentos, la posibilidad, o no, de impugnar en vía contenciosa esta norma habilitante, y la degradación del rango de la norma a la que se da nueva redacción), pero su conclusión no lo es. Acepta tácitamente que en algún supuesto similar pudiera tener lugar una degradación de rango, ya que, a su juicio, esta tiene una naturaleza puramente eventual respecto de los otros dos efectos antes descritos, de los que es separable; solo puede producirse si el legislador lo declara expresamente. Y, como en el caso de autos no se daba tal declaración, la degradación no habría tenido lugar, haciendo inimpugnable la norma.

Para empezar, esta última aseveración es claramente errónea. Las sentencias aludían *al texto* de la disposición final octava del Real Decreto Ley 10/2022 (que antes transcribimos, texto que, en efecto, solo contiene la habilitación al Gobierno para modificar), pero olvidan que *el rótulo* de dicha disposición rezaba literalmente «Salvaguarda de rango de disposiciones reglamentarias», cuyo signi-

ficado no puede ser otro que el de imponer la degradación. Salvaguardar el rango de la disposición significa, necesariamente, que, en contradicción con el hecho de que la norma modificante del reglamento tiene rango de ley, este reglamento debe seguir teniendo la naturaleza de reglamento, dicho de forma sencilla. La disposición final octava del Real Decreto Ley 10/2022 contenía, pues, una norma deslegalizadora plenamente ajustada a su concepción doctrinal clásica, silenciando únicamente, por obvia, la impugnabilidad de la norma deslegalizada, que se deducía sencillamente de su «salvaguarda de rango».

Pero este error carece de importancia a los efectos que aquí interesan. La tan citada disposición final octava podría haber carecido de su inequívoco rótulo (rótulo que también tiene fuerza de ley), de manera que la cuestión se reduce a saber si, en tal caso, el efecto de degradación de rango (y, por ende, la impugnabilidad contenciosa de la norma) se habría producido o no. A ello nos referiremos más adelante.

3. LOS PRECEDENTES

Las vacilaciones —no demasiado explicables— que las sentencias muestran ante la concepción clásica de la deslegalización se entienden si se tiene en cuenta una precedente doctrina de la Sala Tercera y del Tribunal Constitucional, que mostró muy serias resistencias a la idea de la degradación normativa, así como una fuerte inclinación a atribuir rango legal a las normas reglamentarias modificadas por una disposición con rango de ley (y, por tanto, a declararlas inmunes al control contencioso-administrativo).

a) Me refero, en primer lugar, a la STS 1457/2015, de 13 de abril (recurso 91/2013), dictada en un caso semejante a los de las sentencias que examinamos. En el recurso se impugnó el Real Decreto 661/2007, en la redacción que le había dado el Real Decreto Ley 2/2013. En este último se insertaba una disposición final tercera, de caracteres similares a la que antes se transcribió, aunque de redacción algo diversa: bajo el rótulo «Modificación de disposiciones reglamentarias», la disposición establecía que: «Las modificaciones que, a partir de la entrada en vigor de este real decreto ley, puedan realizarse respecto a las normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto ley, *podrán efectuarse por normas del rango reglamentario* correspondiente a la norma en que figuran».

El criterio que esa sentencia sentó solo puede calificarse de extremadamente formalista. En ella se afirma que, aunque el recurso se dirija contra el real decreto, lo que se está recurriendo real y materialmente es el real decreto ley, que también se incluía en el objeto de la demanda. «Es éste [el real decreto ley] el que incorpora como propio el contenido objeto de recurso», añadiendo que «el mandato normativo contra el que propiamente se dirige el recurso es, repetimos, el que marca e impone el real decreto ley “modificante”», cuyo rango legal excluía la posibilidad de enjuiciamiento por el Tribunal Supremo. Desechaba

así, pues, toda posibilidad de considerar una eventual deslegalización, que despacha en tono desdeñoso («sobre los perfiles jurídicos de los fenómenos deslegalizadores existe una cierta polémica en la que no es necesario ahora entrar»).

El prejuicio que la sentencia parece albergar se deduce de los precedentes que cita, algunos de los cuales (dos Autos de la propia Sala de fecha 24 de enero de 2001, recurso 1349/2000 y 6 de febrero del mismo año, recurso 1342/2000) podrían considerarse contrarios a la tesis fundamental de la sentencia. En ellos se llegaba a la misma conclusión de inexistencia de deslegalización de ningún tipo, pero advirtiendo que la degradación de rango podría producirse, aunque «únicamente en el caso de que la disposición *lo indicase expresamente* o bien incluyese algún argumento o indicio que mostrase de manera inequívoca que esa era la voluntad del Gobierno»³; que es justamente lo que hacía la disposición final tercera del Real Decreto Ley 2/2013 (¿?).

b) Idéntico posicionamiento formalista fue mantenido, dos años después, en otro caso semejante, por el Auto del Tribunal Constitucional 166/2017, de 12 de diciembre (que las Sentencias 2239 y 3378 citan), dictado en la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta, también, respecto de un real decreto que había sido objeto de modificación por un real decreto ley. La Sala Segunda del Tribunal consideró que la cuestión era en principio admisible (luego se inadmitió por ausencia de otros requisitos), entendiendo sin apenas argumentación que «el precepto sometido a juicio de constitucionalidad tiene rango formal de ley», estimándose como irrelevante «que el Gobierno de la Nación, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda introducir modificaciones a aquel o incluso llegar a derogarlo en todo o parte».

La pobreza de la argumentación del auto excusa de todo comentario. Expresa, sencillamente —como en la STS 1457/2015—, el reflejo de un prejuicio de rechazo implícito de toda posibilidad de considerar un fenómeno deslegalizador: lo que fue aprobado por una norma con rango de ley tiene esta naturaleza, aunque se incorpore a una norma reglamentaria, con independencia de que se autorice al Gobierno a modificarla. Las Sentencias de 22 de mayo y 18 de julio de 2023 llegan a una conclusión práctica equivalente, aunque, en la línea de los antes citados Autos de 24 de enero y 6 de febrero de 2001, admitan tímidamente que la deslegalización o degradación normativa podría producirse si las disposiciones finales de los reales decretos leyes ordenasen claramente que tuviera lugar.

³ El Auto de 6 de febrero de 2001 decía, en términos equivalentes, que era indudable que, al dictar el real decreto ley, «el Gobierno ha ejercido una potestad distinta de la reglamentaria», no pudiendo aceptarse «que la materia haya quedado degradada al rango reglamentario, *extremo sobre el cual el real decreto ley no hace declaración ninguna*».

IV. LOS PROBLEMAS

Esta doctrina suscita relevantes problemas, tanto teóricos como prácticos.

1. LOS PROBLEMAS TEÓRICOS

En primer lugar, problemas teóricos. ¿Cabe disociar el efecto de la deslegalización (la degradación de rango) de la autorización al Gobierno para modificar y del régimen de su impugnación? Creemos que no. La deslegalización solo tiene sentido si sus tres efectos concurren simultáneamente. No parece posible admitir que una norma legal degrade el rango de su propio contenido (o el de otra ley distinta), atribuyéndole naturaleza reglamentaria, y prohíba su modificación por el Gobierno (lo que atentaría a la potestad reglamentaria que la Constitución le reconoce); o que niegue la posibilidad de recurrirla ante los tribunales contenciosos (lo que vulneraría el art. 106.1 del texto fundamental).

¿Cabe, en sentido inverso, que una ley de estas características autorice al Gobierno para modificarla, pero sin degradar su rango y fuerza de ley (antes bien, manteniéndolo o confirmándolo), y excluyendo, por tanto, la posibilidad de recurrir la reforma que introduce ante la jurisdicción contenciosa? Desde luego, esta posibilidad (que es la que las sentencias parecen preconizar) no puede descartarse, por la supremacía que caracteriza a la ley, que supuestamente puede operar en un reglamento cualquier tipo de manipulación. Pero se trataría de una modalidad atípica, creadora de una situación mixta, ambigua y de inseguridad. De inseguridad, porque si el texto de un real decreto es modificado por una ley, la *apariencia* que continuaría ofreciendo es la de tratarse de una norma reglamentaria, pero que en parte no sería un reglamento (aunque lo pareciera, ya que podría ser modificado por el Gobierno). Ello crearía incertidumbre no solo en el plano de su impugnación contenciosa, sino también en el orden de la responsabilidad patrimonial: si la norma modificada causara daños indemnizables, la exigencia de su resarcimiento debería valorarse y vehicularse a través del régimen especial de responsabilidad del Estado legislador (apdos. 3 y 4 del art. 32 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su redacción actual o en la que pronto llegará), no a través del procedimiento ordinario.

Pero esta modalidad de ausencia de degradación de rango genera nuevas cuestiones, de difícil respuesta en caso de silencio de la ley: una vez que el Gobierno hiciera uso de la potestad de modificar, ¿la norma que dictase sería ya de naturaleza reglamentaria o conservaría el rango de ley atribuido originariamente por la norma deslegalizadora? En el primer caso, la norma modificadora sería jurisdiccionalmente recurrible (incluso respecto de los contenidos en los que no alterase la redacción dada por la disposición deslegalizadora), y los daños que continuara eventualmente produciendo serían exigibles por el procedimiento ordinario de reclamación patrimonial (creando una injustificable des-

igualdad entre los perjudicados en función exclusiva de la fecha de producción de los daños).

Parece, por tanto, que esta posibilidad, aunque legítima, no es deseable, salvo que la voluntad de la ley de operar así se manifieste de modo explícito y sin ambigüedades. Quiero decir que cuando una norma legal dé nueva redacción a un texto reglamentario, pero autorizando al Gobierno a modificarlo, habrá de entenderse, en principio, que se ha producido una degradación de su rango (y que seguirá siendo un reglamento a todos los efectos, impugnatorios y de responsabilidad). Y que si lo que pretende el legislador es que tal efecto no se produzca, y que el texto reglamentario modificado tenga rango de ley (el propio de la ley que lo modifica), debería expresarlo con completa claridad, a fin de evitar los equívocos que genera la inserción de un contenido normativo con fuerza de ley en un texto que, en el resto, carece de ella.

2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PRAXIS LEGISLATIVA

Esta doctrina plantea también problemas prácticos notables, porque la praxis legislativa (al menos, la de los últimos años) parece desconocer esta forma de deslegalización atípica, pudiendo dar lugar a conflictos interpretativos de ardua resolución. Dicha praxis, en efecto, ha establecido multitud de normas deslegalizadoras que, supuestamente, participan de la concepción clásica a que antes me referí: hacen uso de los dos elementos de dicha concepción (salvaguarda de rango y autorización al Gobierno para modificar), o solo de uno de ellos, en la suposición razonable, creo, de que en todos los casos se opera una deslegalización típica. Aunque, lamentablemente, ello no sucede en todos los casos, lo que da a esta praxis una apariencia caótica.

A este efecto, me he tomado la molestia de revisar todas las disposiciones legales de fecha posterior al Real Decreto Ley 10/2022 que modifican normas reglamentarias, y el panorama es el que sigue:

a) Los Reales Decretos Leyes 20/2020, de 17 de diciembre, 16/2022, de 6 de septiembre, 17/2022, de 20 de septiembre, 18/2022, de 18 de octubre, 20/2022, de 27 de diciembre, así como la Ley 11/2023, de 8 de mayo, tras incluir en su articulado modificaciones a diversos reales decretos leyes, insertan *exclusivamente* una disposición final, de idéntico texto a la octava del Real Decreto Ley 10/2022, que repito a efectos comparativos:

Disposición final XX. *Salvaguarda de rango de disposiciones reglamentarias.*

Las previsiones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación, por este real Decreto Ley, *podrán ser modificadas por normas del rango reglamentario* correspondiente a la norma en que figuran.

b) El Real Decreto Ley 3/2023, de 28 de febrero, contiene también una disposición final decimotercera muy similar a las que acabamos de mencionar, pero en este caso reiterando, en su rótulo y en su texto, la salvaguarda de rango:

Disposición final decimotercera. *Salvaguardia del rango de disposiciones reglamentarias.*

Mantiene su rango de real decreto el art. 88 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, modificado por la disposición final sexta. *En consecuencia, podrá ser modificado* por una norma de ese mismo rango.

Muy similar es, a estos efectos, la disposición final undécima del Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero, que, con el mismo título, establece que:

Disposición final undécima. *Salvaguardia del rango de disposiciones reglamentarias.*

Mantienen su rango de real decreto todos los preceptos de rango reglamentario modificados en este real Decreto Ley, *que podrán ser modificados por una norma de ese mismo rango.*

c) La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, se refiere al tema en su disposición final decimoquinta, cuyo rótulo reza «Carácter orgánico y conservación del rango reglamentario». En su texto, se prescribe que tendrán carácter orgánico sus apartados diez a trece y la disposición final segunda. Y, con relación a los cuatro reales decretos que modifica, el párrafo final de la citada disposición establece: «Las normas modificadas por las disposiciones finales séptima, octava, novena y décima *conservarán su rango reglamentario*», sin alusión alguna a la posibilidad de su modificación.

d) En el orden de las variantes, ha de citarse también el Real Decreto Ley 14/2022, de 1 de agosto, que, como todos los restantes, introdujo modificaciones en diversos reales decretos; y obsérvense los términos en que se pronunció su disposición final decimotercera:

Disposición final decimotercera. *Salvaguardia del rango de disposiciones reglamentarias.*

Mantiene su rango de real decreto la disposición adicional primera del Real Decreto 1034/1999, de 18 de junio, sobre compensación al transporte marítimo y aéreo de mercancías, con origen o destino en las Illes Balears, modificado por la Disposición final sexta del presente real Decreto Ley. *En consecuencia, podrá ser modificado* por una norma de ese mismo rango.

Asimismo, las determinaciones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación por el título IV, el título V y disposición final decimosegunda de este real Decreto Ley *podrán ser modificadas por normas reglamentarias* del mismo rango.

Este real decreto ley utiliza, como puede verse, dos fórmulas distintas: en el primer párrafo menciona la salvaguarda de rango del real decreto al que da nueva redacción, precisando que podrá ser modificado mediante una norma reglamentaria. Esa salvaguarda, no obstante, está ausente en el párrafo segundo, relativo a otros reales decretos que se modifican, aunque pudiera entenderse implícita en el vocablo con que comienza («asimismo»).

e) Además de por su desusada extensión, es peculiar el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio. En su página 203 figura una disposición final sexta, de texto idéntico al de las disposiciones correspondientes enumeradas antes bajo la letra a), que por ello no reproduzco. En las mismas, la referencia a la salvaguarda de rango y a la habilitación para modificar se establece *únicamente* en la disposición final mencionada. No sucede así, en cambio, en el Real Decreto Ley 5/2023, en el que se observan dos peculiaridades:

- Primera, la referencia a la salvaguarda de rango se reitera en el enunciado de cada uno de los preceptos reglamentarios que a continuación se modifican: en su art. 169, el enunciado de la modificación que va a realizarse del Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, comienza diciendo: «Con salvaguarda de su rango reglamentario, se modifica el...». En idénticos términos se expresan el art. 194 (de modificación del Real Decreto 388/2021, de 1 de junio), el art. 197 (para modificar la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 27 de abril de 2023), el art. 208 (de modificación del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre) y el art. 215 (que modifica el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio).
- Y segunda, de modo un tanto desconcertante, los arts. 184 y 187 (que modifican los Reales Decretos 184/2022, de 8 de marzo, y 413/2014, de 6 de junio, en materia energética) establecen la nueva redacción correspondiente a preceptos de estos reales decretos *sin mención alguna* a la salvaguarda de su carácter reglamentario.

No es fácil determinar (ni es función de este trabajo) si la reiteración de la salvaguarda del carácter reglamentarios que se hace en los arts. 194, 197, 208 y 215 tiene algún efecto adicional a lo prescrito con carácter general en la disposición final sexta del real decreto ley (parece que no), y sobre todo, si el silencio que guardan los arts. 184 y 187 puede interpretarse como una negación tácita de la salvaguarda (*a contrario sensu* de lo que hacen los recién mencionados), o bien ha de entenderse que resulta aplicable a los mismos la cláusula general de la disposición final sexta (lo que parece más probable). Cualquier opinión sería defendible, lo que no deja de ser una anomalía.

f) Por último, debe también mencionarse a este respecto el Real Decreto Ley 4/2023, de 11 de mayo, que modifica la redacción de cuatro reales decretos. Este real decreto ley carece de una disposición final en la que se aluda genéricamente a ellos, salvaguardando su rango y autorizando a modificarlos.

Pero, igual que en el caso de los arts. 194, 197, 208 y 215 del Real Decreto Ley 5/2023, el enunciado de la modificación de los preceptos respectivos (arts. 15, 16, 17 y disposición final primera) comienza diciendo: «Con salvaguarda de su rango».

3. UNAS RECTIFICACIONES NECESARIAS

Esta situación no es sostenible, ni en el plano legislativo ni en el jurisprudencial. Estos bandazos de un legislador impreciso no crean más que confusión e inseguridad. La deslegalización es una técnica útil, *pero solo si es utilizada en su modalidad íntegra*, con su triple efecto, de manera que, mencionado alguno de ellos, se tenga por automáticamente concurrentes los otros dos, sin necesidad de decirlo: si se declara formalmente la degradación de rango, esto debe suponer que la norma podrá ser modificada por el Gobierno, y recurrible en vía contenciosa; si lo que se hace meramente es habilitar al Gobierno para modificarla, deberá entenderse que la norma ha sido degradada de rango y que será impugnabile ante los tribunales; y, si se dijera solo esto último (lo que sería bastante atípico), habrá de concluirse que la degradación se ha producido y que el Gobierno podrá modificarla. Toda otra solución, aunque fuera posible, no hace más que generar desconcierto y perplejidad.

Y, si llevamos esta conclusión a nuestra práctica legislativa, lo único que cabe es aconsejar a los redactores materiales de las normas un mayor nivel de rigor y uniformidad en las fórmulas que emplean. Si, como parece, la voluntad de los autores de los reales decretos leyes que hemos mencionado fue la de establecer la degradación de rango de los preceptos que modifican normas reglamentarias, deberían decirlo así con toda explicitud y utilizando siempre la misma fórmula estilística (como se hizo en bastantes casos, hay que reconocerlo), de manera que las variantes y las omisiones no suscitara dudas sobre su alcance; y hacerlo, además, empleando una expresión algo menos equívoca que la de «salvaguarda de rango de disposiciones reglamentarias», que, a la luz de las sentencias comentadas, no parece haber sido suficiente para que la Sala Tercera del Tribunal Supremo acepte pacíficamente que, en efecto, las normas así modificadas continúan siendo reglamentos recurribles ante ella.

Y no menos aconsejable sería un posicionamiento firme y definitivo de la doctrina de la misma sala, que quizá debería repensar su inclinación a negar la impugnabilidad de cualesquiera disposiciones reglamentarias modificadas por una norma con rango de ley, pese a la salvaguarda de rango que se establece en ellas. No se trata de preservar el instituto de la deslegalización y de la degradación de rango como un icono sagrado, porque no pasa de ser una explicación teórica. A efectos prácticos, tanto da que el criterio que se siente sea el de que siempre se produzca la degradación, o que nunca tenga lugar: sin perjuicio de considerar más adecuado el primero, lo importante es que los ciudadanos sepan a qué atenerse.

V. UNA CODA CRÍTICA SOBRE LA AUTODESLEGALIZACIÓN

Aunque, desde un punto de vista teórico, la forma normal de operar una deslegalización sea mediante una norma con rango de ley de fecha posterior a la que pretende degradarse de rango (ley que, además, como se dice en la cita canónica que antes mencionamos, no regula materialmente la cuestión), en la praxis legislativa española, como acabamos de comprobar, la deslegalización se produce hoy como un fenómeno unitario: la norma legal establece el nuevo contenido de una disposición reglamentaria, pero al mismo tiempo mantiene su rango original y autoriza al Gobierno a modificarla. Y es necesario decir que esta forma de actuar es una práctica claramente indeseable.

Desde el punto de vista de la técnica normativa, estas normas de lo que podríamos llamar autodeslegalización son la suma misma de la chapuza. Produce estupor leer en estos inacabables reales decretos leyes, auténticos zombies redivivos de las viejas leyes de acompañamiento presupuestario, modificación tras modificación de diversos reales decretos, de las materias más dispares, colocadas en ellos sin orden ni concierto. Tales modificaciones, además de constituir una falta de respeto a los ciudadanos, atentan frontalmente al valor constitucional de la seguridad jurídica: primero, porque pueden pasar fácilmente inadvertidas para sus destinatarios, al localizarse en textos que superan muchas veces el centenar de páginas y en los que también se insertan reformas a disposiciones legales de mucha mayor relevancia. Y segundo, porque a la luz de la jurisprudencia de la que hemos dado cuenta en esta colaboración, crean una situación de incertidumbre acerca del rango normativo de la disposición reglamentaria así modificada, de su impugnabilidad y de la forma de emprender acciones resarcitorias frente a los daños patrimoniales que causen. Todo ello sin contar con la imagen de arbitristo, desorden y caos que revelan en la forma de actuar de los Gobiernos.

Pero es que, además, y desde el mismo punto de vista, esta práctica de las autodeslegalizaciones es reprochable por inútil, al introducir un bucle normativo tan complejo como gratuito: se modifica un real decreto mediante una ley o decreto ley, pero degradando su rango y autorizando al Gobierno a modificarlo. Me pregunto, inocentemente, si no sería más sencillo y preferible dictar, al mismo tiempo que la ley o el decreto ley, un real decreto, separado e independiente, que contuviese tales modificaciones, cuyo rango no sería necesario salvaguardar y para cuya modificación ulterior no sería necesaria habilitación alguna al Ejecutivo.

Digo que inocentemente porque no se me ocultan las razones que los Gobiernos (todos) tienen para actuar así. Unas son perfectamente legítimas, aunque fútiles: la técnica de reunir múltiples medidas reformistas, de apoyo y subvención, en un texto de abultadas dimensiones, es un viejo instrumento de propaganda política que pretende ofrecer a la opinión pública la apariencia de una actuación diligente y de una preocupación universal por los problemas de muchos colectivos de ciudadanos; una técnica fútil, digo, porque, en una sociedad hiperinformada como la que vivimos, casi nadie llega a tener noticia de la

aprobación de estas normas; no digamos nada de conocer su contenido. Otras, en cambio, lo son mucho menos: sea deliberado o no, reformar un real decreto o una orden ministerial mediante una ley o un decreto ley constituye una elusión fraudulenta del hoy muy complejo procedimiento establecido para la elaboración de reglamentos (del que, *de facto*, están exentas las leyes y los decretos leyes, por ser del mismo rango que la ley que establece tal procedimiento); lo que en sí mismo podría ser considerado como una actuación arbitraria, contraria al art. 9.3 de la Constitución.

Y no solo una elusión del procedimiento, sino, lo que es más grave, del control jurisdiccional ordinario. Como algunos otros juristas, me he permitido llamar la atención sobre el peculiar fenómeno que acaece en los últimos lustros en el campo de las relaciones ley/reglamento, una creciente tendencia a incorporar a disposiciones con rango de ley normas que tradicionalmente habrían figurado en textos de rango reglamentario, cuando dichas normas poseen una potencialidad altamente conflictiva. Y, como no soy capaz de creer que ello se deba a una devoción democrática por la ley, ni a un novedoso entusiasmo en la apreciación de las materias que le están reservadas, me veo forzado a suponer que esta «legalización» de materias naturalmente reglamentarias no puede perseguir otro objeto que excluirlas de la fiscalización de los tribunales contencioso-administrativos, algo de espíritu netamente incompatible con el antes citado art. 106.1 de la Constitución.

Todas estas anomalías en la dinámica de la producción legislativa son conocidas, lamentadas y censuradas por la mayoría de los juristas, que las sufren con resignación. Es inexplicable, por ello, que las Administraciones ignoren olímpicamente este malestar (del que son conscientes), como lo es que el Tribunal Constitucional siga manteniendo hacia esta forma desenfadada de legislar una actitud que no sé si calificar de deferencia o complacencia, que sería muy deseable que algún día abandonara, en beneficio de todos; de los ciudadanos, pero también de las Administraciones.