

LA POTESTAD NORMATIVA EN LAS LEYES FUNDAMENTALES DE ESPAÑA (*)

La aprobación de la Ley Orgánica del Estado en el referéndum de 14 de diciembre de 1966 ha cerrado el cuadro de la Constitución política española, y permite, por lo mismo, ver en trayectoria completa su desarrollo y trazar una imagen acabada de su presente configuración. Respecto al problema de los respectivos poderes normativos del Gobierno y del Parlamento, que en España conserva la tradicional denominación de *Cortes*, las soluciones aportadas son singularmente originales, y significan un intento de continuar cierta tradición política nacional, de la que en este aspecto, sino en otros, se había apartado ya la Constitución de Cádiz de 1812 bajo el influjo del principio de la separación de poderes, omnipresente en aquellos años. Pero no sólo ha operado aquí un deseo de «retorno a las fuentes» más o menos romántico, si no que con él se ha amalgamado una necesidad práctica: la de racionalizar el poder del Jefe del Estado sujetándolo a límites precisos, y asegurando así la viabilidad de la instauración de la Corona en la persona del Príncipe Juan Carlos de Borbón, que sucederá a Franco, según ha dispuesto la ley de 22 de julio de 1969; a partir de esta ley, la Monarquía establecida *de iure* veintidós años antes tiene ya predeterminado su titular.

EVOLUCIÓN DE LA POTESTAD NORMATIVA DE 1936 A 1967

Para captar el sentido de todo este proceso hay que partir del Decreto de 29 de septiembre de 1936, diez semanas posterior a la iniciación de la guerra civil. La pasión que rodeó a esta etapa de la Historia de España no hace fácil aislar la hebra jurídica en el conjunto del tapiz; muchos observadores propenden a pensar, aún hoy, que la evolución constitucional encabezada por

(*) Ponencia presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado de Pescara.

ese Decreto, y que a continuación reseñaremos en lo que afecta al tema de la presente ponencia, no es más que un subproducto de los acontecimientos políticos y militares, una formalización *a posteriori* de éstos y no un intento de configurar conscientemente un nuevo orden político. Nada más lejos, a nuestro juicio, de la verdad histórica. Ciertamente que los detalles y el ritmo de la evolución vienen impuestos por las circunstancias, pero hay, con todo, unos principios orientadores muy tempranamente formulados que poco a poco van cobrando realidad, y que se revelan tanto en el plano de los actos cuanto en el de las omisiones; tanto en los despliegues constitucionales que se van sucediendo cuanto en aquellos otros que pudieron haberse acometido, pero que, sin embargo, se rehuyen como incompatibles con la línea de evolución general.

A) El Decreto de 29 de septiembre de 1936 concentra «todos los poderes del Estado» en Francisco Franco. En términos jurídico-constitucionales diríamos que este Decreto implica el establecimiento de una innominada Dictadura soberana, y, desde luego, extendida al orden constituyente, como aclara el preámbulo; y en la terminología científico-política acuñada con posterioridad el establecimiento de una Dictadura de desarrollo (Carter y Herz). La mitad del país,alzada en armas, acepta sobre estas bases la jefatura del Caudillo, y sobre las mismas bases revalida su legitimidad la mayoría del mismo once años después, en el referéndum de 1947.

Todo el poder normativo queda, pues, concentrado en una persona, sin discriminación inicial entre diversas categorías de normas, aunque por continuidad con la tradición constitucional anterior al 18 de julio de 1936 se publiquen unas como Leyes, otras como Decretos y otras como Ordenes, según la mayor o menor importancia de las materias reguladas. La gestión administrativa corre a cargo de una Junta Técnica del Estado que no tiene poderes propios, sino tan sólo competencias delegadas.

B) La situación anterior se continúa a lo largo de diecisiete meses y concluye con la Ley de 30 de enero de 1938, por la que se organiza la Administración central del Estado. Aunque «sin prejuzgar una definitiva forma del Estado», como dice el preámbulo, esta ley implica tres opciones de gran trascendencia:

1.ª Ante todo la *distinción entre la Presidencia del Gobierno y la Jefatura del Estado* (art. 16). Ciertamente que esta distinción no se establece directamente, ya que la fórmula legal reza: «La Presidencia queda vinculada al Jefe del Estado». La unión personal supone, pues,

el desdoblamiento institucional, y ello va a permitir, diecinueve años más tarde, regular las facultades administrativas del Presidente del Gobierno —el cual «encarna con el Jefe del Estado la unidad de la Administración»— sin aludir para nada a las del Jefe del Estado (1), y veintinueve años más tarde regular con carácter constitucional sus facultades políticas, la duración de su mandato y el mecanismo de su nombramiento y cese (2). La Ley Orgánica del Estado, que fija todos estos extremos, especifica en una de sus Disposiciones transitorias la continuidad de la situación de unión personal hasta que se cumplan las previsiones sucesorias, con lo que de rechazo se impone la desaparición de la misma cuando advenga el Rey, sucesor de Franco; lo cual no impide, a nuestro entender, la posibilidad de que Franco designe en cualquier momento un Presidente del Gobierno si lo considerare oportuno y por razones de su libre apreciación.

2.^a Esta primera opción que supone el rechazo de cualquier posible evolución constitucional hacia el presidencialismo, aparece enmarcada en otra, lógicamente previa: la opción que supone la *institución de un "Gobierno"*, dotado de facultades deliberantes y de propuesta, en cuyo seno ejerce el Jefe del Estado su potestad normativa. En suma, el Poder absoluto establecido en 1936 se transforma ahora en un Poder aconsejado o asistido, aunque todavía no formalmente limitado; el Caudillo debe «tomar consejo», para emplear una expresión frecuente en los teóricos políticos españoles de la época de los Austrias.

3.^a Una tercera opción es el establecimiento de la diferencia entre Ley y Decreto y la consiguiente *definición del ámbito propio de la Ley*. Al Jefe del Estado corresponde «la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general» (art. 17), y tales normas adoptarán formas de Leyes «cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país», y forma de Decretos «en los demás casos». Queda así consagrada una concepción de la ley radicalmente distinta de la propia de Rousseau y de Kant: es su finalidad «organizadora del Estado» o «principal», y no su generalidad ni su abstracción, lo que determina la elevación de una norma al rango de Ley (3).

(1) Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, artículo 13. Las palabras entrecomilladas corresponden a la exposición de motivos.

(2) Ley Orgánica del Estado, artículos 14 y 15.

(3) Véase el trabajo de A. GALLEGO ANABITARTE: «Ley y Reglamento en España», publicado en el núm. 57 de la *Revista de Administración Pública*, sept.-dic. de 1968, páginas 81-140.

C) Las tres opciones que acaban de reseñarse (bicefalismo de Jefe del Estado y Presidente del Gobierno, poder «asistido», concepción finalista de la Ley) se mantendrán en adelante como principios básicos del Derecho español, si bien la segunda experimenta en 1939 una cierta disminución o recorte, en cuanto la Ley de 8 de agosto de ese año establece un régimen excepcional para la producción del derecho en casos de urgencia; el «poder asistido» recupera entonces su originaria plenitud, ya que el Jefe del Estado puede dictar Leyes y Decretos sin previa deliberación del Consejo de Ministros, aunque debe ponerlos después en su conocimiento. Pero el establecimiento de las Cortes va a modificar en la práctica, por lo que respecta a las Leyes, el ejercicio de esta facultad, y la práctica ha determinado también el desuso de la misma en lo que atañe a los Decretos.

D) Sobre estas bases viene a injertarse en 1942 la institución de las Cortes. Prescindimos aquí de los aspectos orgánicos puesto que no atañen al tema de esta ponencia, para ceñirnos a los funcionales.

Las Cortes se restablecen en plena guerra mundial, y por lo que respecta a España en plena y dolorosa etapa de reconstrucción. No parece correcto atribuir la creación de las mismas, como alguna vez se ha hecho (4), al simple deseo de recubrir con apariencia democrática un régimen de orientación fascista, ante la ya decidida victoria de las democracias sobre las potencias del eje; las explicaciones «desenmascaradoras» suelen ser agudas, pero rara vez plenamente exactas. La realidad es otra: todas las doctrinas políticas dominantes en la España de 1942 (porque eran varias, aunque con fuertes denominadores comunes) preconizaban cierta asociación popular a la obra de gobierno, pero a la vez recelaban del parlamentarismo, a cuyos excesos se achacaba en la conciencia general la tragedia de la guerra civil. Que esta interpretación sea o no correcta es otro asunto; el caso es que las Cortes son restablecidas, pero montándolas ahora sobre una base orgánica y rodeando su funcionamiento de máximas cautelas.

El resultado de esta doble y contradictoria tendencia —deseo de reinstaurar alguna forma de participación y recelo respecto del «parlamento de tipo conocido»— se traduce en las muy peculiares atribuciones de la nueva Asamblea. El preámbulo y el artículo 1.º de la Ley creadora definen la naturaleza de la misma con singular nitidez, sobre todo si se leen al trasluz de los conceptos jurídico-políticos que visiblemente se omiten y rehuyen: las Cortes significarán un «instrumento de colaboración en la función legislativa», pero la supre-

(4). Por ejemplo, en la obra de M. DUVERGER: *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, París, 1955, pág. 385.

ma potestad de dictar normas jurídicas de carácter general «continúa residiendo en el Jefe del Estado», y si bien son «el órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado» su misión principal es la «preparación y elaboración» —no precisamente la aprobación— de las leyes. Como el alcance de un lenguaje jurídico-constitucional sólo puede valorarse en relación con los inmediatos precedentes, no estará de más contrastar estas expresiones con las equivalentes de las dos Constituciones españolas inmediatamente anteriores a 1936: la republicana de 1931 y la monárquica de 1876. La Constitución republicana declara que la «potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los Diputados» (art. 51), y la Constitución de 1876 que «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey» (ar. 18), correspondiendo a aquéllas «votarlas» y a éste «sancionarlas». Claramente se ve a la luz de estos textos el giro que significa la Ley de Cortes de 1942: frente a la residencia de la potestad legislativa en el pueblo de la Constitución republicana y frente a la doctrinaria coparticipación de la Constitución monárquica se afirma ahora, sin ambages, la residencia de la potestad legislativa en el Jefe del Estado, y de aquí la modestia de las atribuciones reconocidas en este ámbito a las Cortes: preparación, elaboración (artículo 1.º), estudio (art. 17) de las leyes, y nunca aprobación o deliberación. La terminología alude a actividades de naturaleza exclusivamente intelectual, sin significación volitiva y decisoria.

E) Así permanecen las cosas hasta que la *Ley Orgánica del Estado cambia la naturaleza jurídica de las Cortes*, confiriéndoles la facultad de aprobar las leyes, según la nueva redacción del artículo 1.º Ahora bien, ocurre que a esta Asamblea, con atribuciones formalmente tan restringidas, se le asigna desde el principio una competencia material muy amplia, puesto que a su través pasa desde marzo de 1943 (fecha en que se abre la primera legislatura) toda la actividad legislativa ordinaria; con la única salvedad de la ley de 30 de marzo de 1943 sobre concesión de beneficios de libertad condicional el Caudillo no ha hecho uso de su potestad de legislar por sí mismo y sin concurso de Cortes, lo cual supone hoy una *desuetudo* de veintisiete años de duración. Tal *desuetudo* no ha enervado, desde luego, aquella potestad, y la propia Ley Orgánica del Estado se ha encargado de reafirmarla, pero tiene, sin duda, una gran trascendencia constitucional. Desde la apertura de las Cortes el Caudillo ha ejercido de hecho su potestad legislativa como si estuviera ya constreñida al acto final de la sanción (5) y solamente ha denegado ésta

(5) Entiéndase en materia de legislación ordinaria. En materia constitucional el Caudillo ha hecho uso de diversos procedimientos extraordinarios que describo en mi

una vez, en el caso de la Ley de Cogestión. Quiere ello decir que el uso ya afianzado es conforme al de las restantes Monarquías europeas. El Jefe del Estado sanciona tan sólo los textos legales previamente examinados en el Pleno de las Cortes (desde 1967 ya puede decirse «aprobados») y la sanción ha quedado reducida a una posibilidad puramente teórica.

RESERVA DE LEY

Aunque la Ley de Cortes no cerrara el portillo de la legislación por prerrogativa, su intención fue crear un órgano de permanente colaboración en la función legislativa del Jefe del Estado y la práctica se ha encargado de mostrarlo, con la salvedad del Decreto-ley que se considerará más adelante. Era necesario, por ello, fijar desde el principio el ámbito reservado a las Cortes, es decir, desglosar aquella categoría general de «Ley» establecida en 1938; en tal fecha, según explicamos, el ámbito de la Ley queda dibujado positivamente, y *via remotiois*, tan sólo el ámbito del Decreto. Pero al instaurarse la nueva Asamblea esta distinción resulta insuficiente, y de ahí la oportunidad del artículo 10 de la Ley de Cortes, en el que se desglosa y precisa. Este artículo no es sino una relación de doce materias cerrada con una última cláusula general y ampliatoria; la relación de materias cubre los más importantes aspectos de la vida económica y jurídico-política, desde los presupuestos a los planes nacionales de enseñanza, y la cláusula ampliatoria abre la posibilidad de que el Gobierno decida dar rango de Ley a otras normas incidentes sobre materias no incluidas en aquella lista. Aquí se plantea una final distinción (artículo 12) entre Leyes de las que conocerá el Pleno y Leyes de las que conocerán solamente las Comisiones, distinción comparable a la que recoge el artículo 72 de la Constitución italiana. Las Comisiones, en todo caso, conocerán de leyes no incluidas en la lista del artículo 10, esto es, de disposiciones que deban revestir tal forma legal por mandato de alguna Ley posterior a la de Cortes o por dictamen de la Comisión de competencia legislativa de las Cortes. Pero, contrariamente a lo ocurrido en Italia, estas Comisiones *in sede legislativa* no han prosperado en España.

La relación de materias del artículo 10 ha sido ampliada en otras cuatro

libro, *La Constitución española*, Madrid, 1969, págs. 6 a 22. Ahora bien, con la promulgación de la Ley Orgánica del Estado y de la Ley 62/1969, de 22 de julio, la Constitución española ya está concluida; y como desde 1947 es una Constitución rígida, sólo modificable mediante referéndum, ha de considerársela ya sustraída enteramente a la prerrogativa del Jefe del Estado. Del poder constituyente de éste puede decirse que es hoy una *potestas usus exhausti*.

por el Fuero de los Españoles, tres años después de la Ley de Cortes; las penas (art. 19), las prestaciones personales (art. 8.º), el establecimiento de tributos (art. 9.º) y el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero (art. 34) han de ser objeto precisamente de norma de rango legal (6); quizá algunas de estas materias pudieran considerarse ya incluidas en los términos generales del artículo 10 de la Ley de Cortes, pero en cualquier caso el Fuero de los Españoles ha venido a especificarlas con mayor claridad.

Queda así dibujada, ya desde 1942, una "reserva de Ley" comparable a la que en 1958 iba a establecer el artículo 34 de la Constitución francesa, es decir, una enumeración limitativa de materias fuera de la cual no pueden legislar las Cortes. El criterio establecido es profundamente renovador con respecto a los precedentes del constitucionalismo español, influido en este punto por la doctrina vigente en Francia desde la Revolución hasta 1958. Ya la Constitución de 1812, bajo tal influencia, había convertido al Rey en mero «poder ejecutivo» y reducido el Reglamento a una estricta función de ejecución de la ley, sin reconocerle ningún carácter autónomo ni originario (7), y en la misma línea están todas las Constituciones y proyectos constitucionales siguientes, con la sola excepción del de Bravo Murillo de 1852 y del elaborado por la Asamblea Nacional consultiva, bajo la dictadura de Primo de Rivera en 1929. Este último ha sido quizá el inspirador del sistema hoy vigente; con rotunda claridad se basaba en un concepto material y limitativo de la Ley (art. 62) y en la atribución al Rey de la «implantación de normas obligatorias sobre materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa» (art. 70, 5). Pero aún se mueve este proyecto dentro de la terminología de los tres poderes y configura al Rey como «poder ejecutivo». En cambio, las Leyes Fundamentales vigentes implantan una Monarquía limitada, asentada en los principios de la «unidad de poder y coordinación de funciones» (art. 2.º de la L. O. E.). Cierzo que la explicitación formal de tales principios no se hace hasta 1967, pero están claramente presupuestos en la evolución constitucional anterior.

El sentido último de esta evolución no parece haber sido otro sino la formación de una Monarquía limitada a partir de la inicial concentración de poderes en el Caudillo, esto es, *la preparación de un esquema objetivo de Jefatura del Estado, dentro del cual pueda alojarse en su día el Rey*. En el

(6) No me parece deba dudarse de que la palabra «ley» es empleada por el Fuero de los Españoles en un sentido específico, y no en el sentido general de «norma jurídica»; el contexto particular, en cada caso, y desde luego el artículo 34, aclaran la cuestión.

(7) Véase el citado trabajo de GALLEGO ANABITARTE, pág. 96.

camino de esta progresiva autolimitación pudo haberse utilizado la técnica de la separación de poderes más o menos atenuada o rebajada mediante un sistema de «frenos y contrapesos»; sin embargo, esta solución se rehuye como contraria a la Monarquía tradicional, tal como la definía, por ejemplo, el filósofo Jaime Balmes en el siglo pasado, asentada en el principio de la «unidad del Poder» (8). Es curioso cómo estos recuerdos tradicionales —la condición precisamente «tradicional» de la Monarquía es precepto constitucional intangible desde 1958, fecha de la aprobación de la ley de Principios del Movimiento Nacional— han venido a engranar con necesidades actualísimas.

AMPLIACIONES Y RUPTURAS DE LA RESERVA DE LEY

La reserva de Ley acotada por el artículo 10 de la Ley de Cortes puede ser ampliada con carácter general por decisión de Ley posterior, como vimos hizo el Fuero de los Españoles, y con carácter singular si así lo decidiere la Comisión de competencia legislativa de las Cortes. El procedimiento lo establece el artículo 12, bien que en referencia estricta a las «Leyes de Comisión» y no a las «Leyes de Pleno»: dictamen de la Comisión de competencia legislativa, requerida a tal efecto por el Gobierno o por la Comisión Permanente de las Cortes. Quiere ello decir que las propias Cortes pueden ensanchar en algún caso concreto su propio ámbito si las dos Comisiones estuvieren concordes: la Comisión Permanente, iniciadora del procedimiento, y la Comisión de competencia legislativa, que dictamina con carácter vinculante. Pero tal posibilidad de ampliación no ha sido hasta el momento actualizada. Más importancia práctica han tenido dos de las tres posibilidades contrarias, significadas por el Decreto-Ley y la legislación delegada. En el Decreto-Ley es el Gobierno quien invade la reserva de Ley, proponiendo al Jefe del Estado la sanción de normas incidentes sobre las materias acotadas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes, y en la legislación delegada son las Cortes las que autorizan al Gobierno para entrar en el campo a ellas reservado. En fin, una tercera posibilidad, aún no actuada, es la que introduce el artículo 10, d) de la Ley Orgánica del Estado, cláusula de emergencia que autoriza al Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, para adoptar «medidas excepcionales» en una serie de supuestos sustancialmente reductibles

(8) Véase su artículo «El Rey reina y no gobierna», en la edición de *Obras Completas* de la B. A. C., tomo VI, págs. 511 a 524.

a situaciones de revolución y de guerra. Examinemos con alguna detención las tres posibilidades reseñadas.

A) El *Decreto-Ley*, recibido en España del Derecho francés en los días de la revolución de 1868, había sido objeto antes de 1936 de una primera regulación general en el Real decreto de 15 de septiembre de 1923, y de otra segunda en el artículo 80 de la Constitución de 1931; la primera de estas disposiciones consagra al Decreto con «fuerza de ley» como modo ordinario de producción del Derecho durante la dictadura del general Primo de Rivera, y la segunda como ordenanza provisional y de urgencia dictada cuando no estuviere reunido el Congreso, pero con la aprobación de su Diputación Permanente y sujeta a posible invalidación en cuanto el Congreso se reúna.

La tercera regulación es la hoy vigente, sustancialmente recogida en el artículo 13 de la Ley de Cortes, y es la única en la que aparece la expresión «Decreto-Ley». Se trata de una ordenanza justificada por razones de urgencia o de guerra (la Ley Orgánica del Estado eliminaría en 1967 el segundo de estos dos supuestos) que el Gobierno puede proponer al Jefe del Estado para regular materias normalmente reservadas a las Cortes. La primitiva redacción de la Ley de Cortes (1942) disponía la inmediata notificación a éstas y subsiguiente conversión en ley, pero tal conversión fue suprimida en 1946; así que se puede advertir aquí una inicial generosidad, después rectificadas, como en el caso de las relaciones entre el Jefe del Estado y el Gobierno. La Ley Orgánica del Estado no restaura la conversión en Ley, pero otorga rango constitucional a cierta intervención de las Cortes introducida dos lustros antes por la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado: la audiencia de la Comisión de competencia legislativa, que dictamina, sin fuerza vinculante, acerca de la existencia de la situación de urgencia, antes de la promulgación. Acto continuo de ésta se da cuenta del Decreto-Ley a las Cortes, y aquí concluye todo, con la única salvedad de que si la Comisión de competencia legislativa advirtiere materia de contrafuero (vieja expresión con la que se define en Derecho español todo vicio de inconstitucionalidad) podrá llamar sobre ello la atención de la Comisión Permanente, que estará habilitada para promover el oportuno recurso ante el Consejo del Reino.

Como se ve, el Decreto-Ley ofrece al Gobierno posibilidades normativas muy amplias, frente a las cuales el único sistema de control que tienen las Cortes es el recurso de inconstitucionalidad. ¿Podría llegar a prosperar un recurso de inconstitucionalidad, apoyado no ya en razones de fondo, sino en la simple inexistencia de la situación de urgencia justificativa del Decreto-

Ley? La muy reciente implantación de dicho recurso, aun falto de jurisprudencia que interprete su sentido y alcance, no permite afirmarlo ni negarlo; cabe esperar, con todo, que por esta vía llegue el Decreto-ley a quedar sujeto a fiscalización.

B) Totalmente diferenciada del Decreto-Ley está hoy la *medida excepcional*, figura normativa introducida por la Ley Orgánica del Estado. Así como aquél es una ordenanza de urgencia, ésta es una ordenanza de necesidad, factible, como antes ya señalamos, en supuestos de revolución o de guerra, y reducida, como su mismo nombre indica, a una vigencia temporal, esto es, nunca destinada a integrarse permanentemente en el ordenamiento. A diferencia del Decreto-Ley, aquí es el Jefe del Estado asistido por el Consejo del Reino, y no por el Gobierno, quien toma la iniciativa, y las Cortes no emiten dictamen ni tienen ninguna otra intervención; tan sólo una vez adoptada la medida se les dará cuenta documentada de la misma.

C) En fin, existe también la posibilidad de la *delegación legislativa*, que en España, como en Francia y en otros países, se introdujo sin precepto constitucional que expresamente la permitiera. Hoy la consagra el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado: «El Gobierno podrá someter a sanción del Jefe del Estado disposiciones en fuerza de Ley con arreglo a las autorizaciones expresas de las Cortes.» El precepto es ciertamente escueto; no pone plazo de caducidad al acto de autorización y no precisa si ésta ha de ser en blanco o con señalamiento de ciertas «bases», que luego se encargaría de desarrollar el Gobierno (9). Lo que sí está claro, desde luego, es que no cabe una delegación general y que el beneficiario de la autorización puede ser sólo y exclusivamente el Gobierno, y no un determinado Ministro.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Fuera de la reserva de ley se extiende la potestad reglamentaria, que no debe reducirse a mera aplicación de las leyes (10). La naturaleza de la misma hay que determinarla a la luz de la forma actual de gobierno de

(9) Las «Leyes de Bases», aprobadas por las Cortes y articuladas después por el Gobierno, tienen una antigua y prestigiosa tradición en Derecho español, y vienen usándose ininterrumpidamente desde el siglo XIX hasta la actualidad.

(10) En contra, bien que incidentalmente, mi libro *La Constitución española*, Madrid, 1969, pág. 72. La lectura del trabajo de GALLEGO ANABITARTE antes citado me ha inducido a cambiar de opinión.

España, que es una *Monarquía limitada o constitucional pura*, en la que se parte de una presunción de competencia general a favor del Jefe del Estado; él ejerce el poder supremo político y administrativo y personifica la soberanía nacional. El poder real es un *prius*, definido en fórmulas máximamente generales, y las atribuciones limitativas de los restantes órganos son en cada caso un *posterius* declarado positiva y taxativamente. Claro que estas limitaciones e intervenciones tienen decisivas consecuencias prácticas, pues la voluntad del Jefe del Estado debe concurrir con otras voluntades para que sus disposiciones resulten válidas. Está, en primer lugar, la limitación formal del refrendo, que, al contrario de lo que ocurre en la Constitución francesa y en la Ley Fundamental de Bonn, no se dispensa en ningún caso, y están también las limitaciones sustantivas dimanantes del respeto al principio de la legalidad, aprobación de las leyes por las Cortes previa a la sanción, nombramiento del presidente del Gobierno dentro de la terna preparada por el Consejo del Reino, etc.

Como consecuencia de estos puntos de partida constitucionales el ejercicio de la potestad reglamentaria no es objeto de expresa atribución al Jefe del Estado hasta que en 1967 se definen sus competencias; sencillamente va englobada con la potestad normativa, sin más especificación, que le corresponde en virtud de la inicial asunción de «todos los poderes» en 1936 y del más expreso otorgamiento de la «suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general» en 1938. Sobre este *prius*, los *posterius* van apareciendo sucesivamente: reconocimiento expreso de «potestad reglamentaria» a los ministros, que la ejercerán en forma de órdenes (1938), deliberación del Gobierno para el ejercicio de la potestad normativa del Jefe del Estado (1938), omitible por razones de urgencia (1939); establecimiento de la ya antes examinada reserva de ley a favor de las Cortes (1942), que va a enervar, en la práctica, la teóricamente posible legislación de prerrogativa. Los ministros en el nivel inferior y las Cortes en el superior (éstas más rotundamente cuando pasan en 1967 a «aprobar» las leyes) son, pues, herederos de una parte del poder normativo del Jefe del Estado; sus respectivas atribuciones se excavan en aquel inicial bloque indiviso. El Consejo de Ministros, en cambio, no se beneficia *iure proprio* de ninguna potestad normativa hasta 1967, y ni antes ni después de esa fecha la va a tener el Presidente del Gobierno.

En fin, la Ley Orgánica del Estado va a poner punto final con una clara atribución de potestad reglamentaria al Consejo de Ministros; este órgano asegura la «aplicación de las leyes» y «ejerce la potestad reglamentaria» (artículo 13, II); expresiones que cubren claramente todos los supuestos de reglamentación ejecutiva o independiente. Cierto que esta atribución no

implica un desplazamiento de la potestad normativa desde el Jefe del Estado al Consejo de Ministros, puesto que uno y otro están en relación de cabeza a cuerpo, y el mismo artículo se cuida de precisar que «el Jefe del Estado dirige la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros» (artículo 13, 1). Pero, con todo, es grandemente significativo el que la potestad reglamentaria haya de ser ejercida por «el Rey en su Consejo» para emplear la fórmula española equivalente a la inglesa «the Queen in Council». Cuando en el artículo 6, 1 la Ley Orgánica del Estado enumera, en general, las competencias del Jefe del Estado no se hacen sino alusiones implícitas o insuficientes a la potestad reglamentaria; la sede y el ejercicio de tal potestad corresponde, desde luego, al Jefe del Estado, pero en tanto actúa rodeado y asistido del Presidente del Gobierno y demás miembros del mismo (art. 13).

CONCLUSIONES

Hoy, cuando salvo raras excepciones africanas y asiáticas todas las Monarquías son parlamentarias, resultará quizá chocante para muchos comparatistas la implantación de una Monarquía constitucional pura, forma que ya Otto Hintze, en 1911, consideraba como una exclusividad de Alemania (11). Sin embargo el que España haya desembocado en ella no deja de tener su lógica, habida cuenta de que el término inicial de la evolución fue un régimen de total concentración del poder; se trata de una etapa más en una vía de desarrollo constitucional prudentemente preocupada por no quemarlas. Por otra parte, dada la situación vacilante en que hoy día se encuentran los parlamentarismos latinos hubiera sido arriesgado prefigurar imaginativamente cualquier estructura constitucional de tipo parlamentario. Vale más proceder por el método de «ensayo y error», y esperar a que la realidad misma aconseje el camino a seguir, y tanto más cuanto que el «primer-ministerialismo» inglés actual, la democracia alemana de canciller y el «principado» del Presidente de la V República francesa muy poco recuerdan ya al parlamentarismo de hace veinte años. La posibilidad de que en España se produzca el día de mañana un trasvase de poder, al modo inglés, desde el Rey al Presidente del Gobierno quedaría quizá malograda si desde ahora se acantonara al poder regio dentro de unas facultades demasiado estrictas.

Podríamos, ciertamente, explayar estas conclusiones en referencia a diversos problemas constitucionales, pero aquí nos hemos querido ceñir exclusivamente al de las potestades normativas de los diferentes órganos.

RODRIGO FERNÁNDEZ CARVAJAL

(11) Vid. *Staat und Verfassung*, ed. Göttingen, 1962, pág. 359.

R É S U M É

L'article précédent n'est qu'un rapport rédigé pour un Congrès international, ce qui explique son caractère délibérément synoptique; il s'agit seulement d'y tracer la ligne évolutive qui va du Décret du 29 septembre 1936, par lequel Franco assume "tous les pouvoirs du nouvel Etat", jusqu'à la Loi Organique de l'Etat du 10 janvier 1967, qui marque la conclusion de l'ensemble des Lois Fondamentales de l'Espagne. Il est bien connu que notre constitution politique n'est pas codifiée, mais qu'au contraire elle est dispersée dans différentes lois; il en est de même dans l'actuelle constitution de la Suède ainsi qu'en France sous la Troisième République.

Même pendant la guerre civile, 1936-1939, se sont établis trois principes de base: la distinction entre la Présidence du Gouvernement et la Direction Supérieure de l'Etat, l'institution d'un "Gouvernement" et la conception finaliste de la loi. Sur ces bases viennent se greffer, à partir de 1942, les "Cortes" (les Chambres); à celles-ci correspond la "préparation et l'élaboration des lois", et à partir de 1967 leur correspond également l'"approbation des lois". La "sanction", comme il est traditionnel dans les Monarchies, continue à être conférée au Chef de l'Etat, mais la dénégation de celle-ci présente de nombreuses difficultés dues au fait que la dévolution de la loi au niveau des "Cortes" doit compter sur l'accord du Conseil du Royaume.

L'article 10 de la loi des "Cortes" configure les limites des "réserves de de Loi", qui peut être élargie dans certains cas déterminés et dans d'autres restreinte. L'étude se limite à l'examen des trois possibilités de restriction (Décret-loi, mesure exceptionnelle et délégation législative) pour se centrer ensuite sur l'autorité réglementaire. La fixation de la nature de cette dernière doit prendre son origine dans la forma très particulière de gouvernement en Espagne, qui est une Monarchie limitée ou constitutionnelle pure. Il est évident que cette forme de gouvernement paraîtra tout à fait archaïque à beaucoup de constitutionnalistes étrangers, mais son implantation en Espagne peut s'expliquer en fonction de deux raisons convergentes: a) Du terminus a quo, duquel surgit l'évolution institutionnelle, en 1936, naît l'établissement d'un système de concentration de pouvoirs et l'implantation d'une "Monarchie limitée" apparaît ainsi comme une étape logique à l'intérieur d'un processus d'ouverture et de libéralisation progressive et graduelle. b) Le terminus ad quem est actuellement difficile de fixer à l'avance, mais de toute façon un parlementarisme de type traditionnel ne semble ni prévisible ni désirable, sinon plutôt un "premierministérialisme" de type anglais. Or, une telle possibilité future se verrait compromise si à partir de maintenant les pouvoirs royaux

étaient inclus dans un mécanisme parlementaire que les restreindrait de façon excessive, étant donné que le futur Président du Gouvernement sera l'usufructuaire effectif d'une grande part des pouvoirs du Roi.

S U M M A R Y

The above article is a paper written for an International Congress which explains its deliberately synoptic manner of expression. It just outlines the evolutive line from the Decree of September 29th, 1936 by which Franco assumed "all powers of the new State", up until the Organic State Law of the 10th January, 1967, which one can say completes the Fundamental Laws of Spain. Our political constitution is not codified but is dispersed under various laws, the same as with today's constitution in Sweden and that of France under the III Republic.

During the 1936-1939 Civil War, three basic principles were established: the difference between the offices of the President of State and of the Head of State, the institution of a "Government" and the finalist conception of law. The "Cortes" were established on these bases in 1942; the "preparation and drawing up of the laws" were carried out accordingly, and from 1967 onwards the "approval" of same corresponds to these same principles. The power to "sanction", as is traditional with Monarchies, corresponds to the Head of State, but refusal of same is greatly diffculted since the restitution of the law to the Cortes has to rely on the consensus of the Council of Kingdom (*Consejo del Reino*).

Art. 10 of the Cortes Law outlines the limits of "the reserve of the law" which in determined cases can be enlarged upon and in others invaded upon. The article then studies the three possibilities of invasion (Recreé law, exceptional measure and legislative delegation) and then writes about reglamentary power. The fixation of the nature of the latter must come from the special form of government in Spain, namely a pure limited or constitutional Monarchy. Understandingly enough this form of government will appear to many foreign constitutionalists as pure archaism, but the reason for its existing in Spain can be explained for two convergent reasons: a) The terminus a quo where the institutional evolution began, in 1936, is the establishment of a system for the concentration of powers, and the imposing of a "limited Monarchy" thus appears as a logical step within a process of progressive and gradual liberalization. b) The terminus ad quem is difficult to predetermine these days, but in any case it doesn't seem likely or desirable that a traditional type of parliamentarism will return, but more likely that there will

be an English type of "Prime minister" form of government. However, such a future possibility would be committed of from now on the royal powers were included within a parliamentary mechanism that excessively restricted them, since the future President of the Government would merely be the usufructuary of a great part of the King's powers.

... ..