

## LA DEFENSA DE LA CONSTITUCION EN LA LEY ORGANICA ESPAÑOLA

El mantenimiento del orden fundamental no debe limitarse a la inmutabilidad del texto, máxime en países que llevan el formalismo hasta el extremo de considerar inaplicable cualquier norma que no sea ordinaria, sino que ha de procurar la vigilancia de las autoridades para que su acción no vulnere el orden constitucional. Todavía será muy útil pensar hasta qué punto se encuentran obligados los órganos del Estado a actuar conforme a la Constitución, sin esperar el desarrollo de sus disposiciones, y hasta qué extremo los Jueces lo están a no aplicar normas anticonstitucionales; acción que ofrece el doble aspecto de peligrosa y necesaria (1). La cuestión va más allá del tema hoy abordado, que se reduce a un comentario brevísimo sobre el artículo 6.º y el Título X de la Ley Orgánica.

Entiendo por defensa de la Constitución la acción del poder encargado de mantener su intangibilidad funcional. Gracias a una monografía de Carlos Schmitt (2), el tema apasiona grandemente, aunque siempre se ha asignado, y la monografía lo ilustra, función defensora a una persona o institución. Sin embargo, el proceso no es tan claro como parece, y se puede observar cómo la defensa de la Constitución ha tomado carta de naturaleza en las más variadas naciones, concretándose en la suprema jefatura del Estado.

Junto a esta perspectiva amplísima y de naturaleza marcadamente política se abre otra, ordinariamente definida como justicia constitucional. Se trata de la garantía de la constitucionalidad de las leyes, y en general, de

---

(1) Se alude a la obligatoriedad para los órganos del Estado de los preceptos constitucionales, de las directrices políticas no desarrolladas en las leyes que se llaman ordinarias. El tema es trascendental en nuestros días, cuando las Constituciones suelen contener muchas normas programáticas.

(2) C. SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, Barcelona, 1931. Vid. la sugestiva y profunda recensión de PÉREZ SERRANO, en *R. D. Público*, Madrid, 1932, páginas 285-288, en la que pone de manifiesto las imperfecciones gravísimas de la traducción.

los actos de Gobierno (3). Es obvio reconocer que esta función también es de defensa constitucional, porque como tal ha de imputarse cualquier actividad tendente a que la Constitución rija, es decir, esté vigente. Quizá porque, aun dentro de la generalidad de la ley, esta última función tiene por objeto la inconstitucionalidad singular, y posiblemente, por influjo americano se la llama justicia constitucional.

Ambas manifestaciones han tenido vigencia en el Derecho español, pero hasta nuestros días no se ha producido una curiosa identificación personal en la cima decisoria. La Magistratura que ha de fallar en última instancia el proceso de contrafuero es la que tiene asignada la función de la defensa constitucional.

### EL DEFENSOR DEL RÉGIMEN

Incluso para evitar interpretaciones precipitadas conviene usar la palabra Régimen en lugar de Constitución, al menos en el rótulo calificador. De esta guisa se enlaza con la tradición española, en la que la voz Régimen ha adquirido, incluso en el lenguaje popular, un preciso sentido, muchos lustros antes que la Ciencia Política se ocupase de ella. En la Ley Orgánica, las funciones que se encomiendan al Jefe del Estado, en el artículo 6.º, se compaginan mejor hablando de Régimen español, ya que poseen un carácter profundamente personal, mientras el Caudillo siga siendo Jefe del Estado, y adoptando más tarde un claro aire de personalización del Poder político. Esta condición produce una descarga de consecuencias trascendentales en el ejercicio de la función así encomendada. La acción que aquí se contempla es puramente política, absolutamente discrecional: ni está sujeta a reglas más o menos elásticas para su aplicación ni a un procedimiento de carácter judicial o reglamentario. La defensa política pretende que la Constitución es un todo, respondiendo a una cosmovisión; equipara Constitución y Régimen. Nace lógicamente en las horas siguientes a una revolución, y no se plantea el problema —de todas suertes algo bizantino— entre rigidez y flexibilidad, normas constitucionales y ordinarias. La defensa política de la Constitución significa la supremacía del orden establecido, al que ha de subordinarse toda acción ulterior. «Leyes constitucionales —escribe Salas— son las que están contenidas o deben contenerse en una Constitución política.» Se llaman también fundamentales porque son el fundamento del edificio social y deben estar en armonía con ellas las secundarias, si no «el gobierno no puede

---

(3) Limitado este trabajillo a un comentario apresurado sobre una parte de la Ley Orgánica parece innecesario hacer referencia a la extensísima bibliografía sobre los temas.

ser liberal más que en el nombre». Deben ser «las consecuencias naturales de las leyes primarias fundamentales o constitucionales» (4).

Lo anteriormente escrito servirá para comprender la actitud de nuestros primeros constitucionalistas, los hombres que lucharon entre 1808 y 1837. Sufrían por el dilema terrible entre su innegable monarquismo, del cual es buena expresión la Constitución de Cádiz, y la lógica desconfianza hacia Fernando VII. Conscientes de la importancia que el poder militar tiene en la conservación de los regímenes políticos, se manifiestan muy preocupados por la organización de las Fuerzas Armadas y quién ha de mandarlas, ya que ellas tienen en su mano la salvaguardia del orden.

Con este sentimiento van a crear un Ejército revolucionario. Lo fue por su composición y origen el de la guerra de la Independencia, porque la supresión de pruebas de nobleza para el ingreso y el sentimiento liberal que le dominó así lo configuraron. Faltaba dotarle de un Derecho militar auténticamente revolucionario, en una línea que mantendrá su coherencia hasta la Ley Orgánica del actual Régimen español. En un principio se atiende a la finalidad y disciplina. Se adjudica como primera la defensa del orden constitucional, y la segunda queda condicionada por la fidelidad de quien manda, respecto de la Constitución. En ciertos casos la desobediencia se impone. Preocupó a la Comisión, escribe la de 1820, el gran problema todavía por resolver «de dar a los Ejércitos permanentes una forma protectora de los derechos del pueblo», «y la unión de la fuerza y la libertad, de la obediencia absoluta y de la fortaleza contra los abusos de la autoridad, de la subordinación sin límites al Poder ejecutivo y de la resistencia a la tiranía». El orden interior que debe proteger el Rey (art. 170, Constitución 1812) «es necesariamente el orden constitucional; de otro modo el objeto de la Fuerza Armada no sería proteger, sino oprimir, y por eso se ha desenvuelto este principio en el artículo 6.º del proyecto para fijar del modo más terminante los únicos casos en que la Ley autoriza y prescribe como un deber la desobediencia del militar a sus jefes» (5).

Este sentido perdura con el liberalismo. El famoso proyecto Cassola lo recoge. «El Ejército, decía el artículo 1.º, constituye una institución nacional regida por leyes y disposiciones esenciales, cuyo fin principal es mantener la independencia e integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y las leyes.» «El Rey, dice el artículo 2.º, con arreglo a la Constitución del

---

(4) R. SALAS: *Lecciones de Derecho Político constitucional para las Escuelas de España*, Madrid, 1821, I, págs. 4-6.

(5) Dictamen de la Comisión para la Ley Ordenadora del Ejército, D. S. 25-10-1820, páginas 1896-1897. El artículo 6.º decía: «La nación española establece la Fuerza Armada para defender al Estado de los enemigos exteriores y para asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes.»

Estado, tiene el mando supremo del Ejército y de la Armada, dispone de las Fuerzas de Mar y Tierra y concede los ascensos y recompensas militares» (6).

Razones de diversa índole, entre las que no fue la menor que el Rey era jefe del Ejército, contribuyeron al nacimiento de una fuerza «ciudadana», más politizada que el Ejército regular: la Milicia, con sus diversos grados y organización. «Baluarte de nuestra libertad, decían los constituyentes del 12, sería contrario a los principios que ha seguido la Comisión en la formación de este proyecto el dejar de prevenir que se convirtiese en perjuicio de ella una institución creada para su defensa y conservación. El Rey, como jefe del Ejército permanente, no debe disponer a su arbitrio de fuerzas destinadas a contrarrestar, si por desgracia ocurriere, los fatales efectos de un mal consejo. Por lo mismo no debe estar autorizado para reunir Cuerpos de milicia nacional sin otorgamiento expreso de las Cortes. En punto tan grave y trascendental toda precaución parece poco, y el menor descuido será fatal a la nación» (7). Extremando la postura, el conde de Toreno pretendió eliminar hasta la posibilidad del mando regio. Si el Ejército, dijo, tiene la misión de defender al Estado contra el enemigo, la Milicia «a conservar el orden interior y mantener en toda su integridad la Constitución siempre que se quiera destruirla violentamente» (8).

Prescindiré de los proyectos de ordenación miliciana más o menos logrado para fijarme tan sólo en la definitiva, aunque fuera de breve aplicación. Obra de Martínez de la Rosa, al presentarla a las Cortes (23-3-1822), no parece que fuese muy bien recibida. Comentando las reflexiones del Gobierno, escribe la Comisión que «entre las diferentes exposiciones dirigidas al Congreso, ninguna halla esté de acuerdo con las miras del Gobierno; antes, por el contrario, todas impugnan más o menos el proyecto propuesto, y la mayor parte de ellas lo atacan en sus principios». «La Comisión ha mirado la existencia de la Milicia como unos de los apoyos más fuertes de las nuevas instituciones». y, consecuentemente, preveía la inspección de las Cortes en una Comisión análoga a la que establecieron para el crédito público (9).

---

(6) El proyecto en D. S. C. 2-12-1887, apéndice 79. Su debate fue larguísimo y no se concluyó bajo el ministerio de Cassola. Fue ley en 17-7-1889.

(7) Discurso Preliminar, en Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812, reimpresión Cádiz, 1820, págs. 112-113.

(8) D. S. C. 16-I-1812, pág. 2633. «En caso necesario, decía el artículo 365 de la Constitución, podrá el Rey disponer de esta Fuerza —la Milicia Nacional— dentro de la respectiva provincia, pero no podrá emplearla fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes.»

(9) Se refieren al Decreto 5-6-1821 sobre Comisión para el examen del Crédito Público.

El sentido radical del dictamen queda claro en algunos artículos. «La Milicia Nacional local, decía el 62 —que se aprobó sin discusión—. tiene por principal objeto sostener la Constitución política de la Monarquía, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812 y restaurada en Las Cabezas de San Juan en 1 de enero de 1820.» «Las Cortes, decía el art. 166, nombrarán en cada Legislatura, principiando en la actual, una Comisión, compuesta de cinco diputados, para velar sobre la ejecución de todos los Decretos relativos a la Milicia Nacional local y proponer a las Cortes las medidas conducentes a la mejor organización y servicio de estos Cuerpos.»

El último artículo motivó una seria oposición. A la presentación del dictamen, José Taboada y Ramón Lamas, diputados por Galicia, se le opusieron en voto particular; Bernardo Falcó, de Valencia, en discurso que alegaba el artículo 171 de la Constitución, y Argüelles, porque, según dijo, en todas partes la Fuerza Armada estaba siempre en manos del Ejecutivo (10). Cuando se discutió el articulado, Antonio González Aguirre, de Sevilla, llegó a decir que la Milicia Nacional podría revolverse contra el Ejecutivo, alegando los párrafos transcritos del discurso preliminar, a lo que Argüelles replicó que eran sólo opiniones de la Comisión. Pese a la defensa de Alcalá Galiano, el artículo fue rechazado por 71 votos contra 68 (11).

Este triunfo de la unidad de mando en las Fuerzas Armadas a favor del Ejecutivo señala el fin de una etapa política. Poco después, su profesionalización y centralización, al crearse la Guardia Civil, y sobre todo porque la Milicia Nacional se desvía del cauce burgués para convertirse en centinela avanzada de un orden futuro —incendios de Castilla de 1856— la enajenan el efecto de sus bravos defensores progresistas. Comprenden que la desconfianza hacia el Rey les ha llevado demasiado lejos, hasta el extremo de entregar la defensa de su orden en quienes ya no creían en ese orden. «El constitucionalismo, escribe agudamente Pi y Margall, conviene desengañarse, ya que no sea la guerra civil continua, es por lo menos el continuo temor y la continua desconfianza. Cuando no lo confirmasen los hechos, bastaría para probarlo la creación de la Milicia. La Milicia Nacional, vedlo como queráis, es la desconfianza armada. Suprimidla, sin embargo, y tenéis la Constitución poco menos que a merced de los pretorianos» (12).

En la tremenda conmoción del siglo XIX, pretendiendo establecer un nuevo orden, faltó entre nosotros —dejemos de lado lo sucedido en otros lugares— el acierto para ordenar jurídicamente la realidad social, estableciendo las debidas y necesarias coincidencias. Falta de generosidad, por un lado, y

(10) D. S. C. 9-6-1822, págs. 1803-1808.

(11) D. S. C. 23-6-1822, págs. 2098-2106.

(12) F. PI Y MARGALL: *La reacción y la revolución*, Barcelona, s. a., pág. 114.

desconfianza perpetua, en otro, habrían de conducir a un dislocamiento de las fuerzas políticas. Comprendiendo, como tantos otros, la falsedad de la división de poderes, advertía Pacheco que la forma mixta de gobierno no supone igualdad, sino concurrencia para una conveniente ordenación política. «La observación nos dice que en todo país, que en toda época ha habido algún elemento cuyo poder ha excedido al de los otros; la razón nos dice también que la igualdad de preponderancia de las fuerzas sociales es un absurdo, como lo es la igualdad de las personas» (13).

Una de las consecuencias de esta empobrecida visión había de producir la incomprensión de las funciones que el poder militar tiene en toda sociedad. Esta locución, que suele asustar a los fariseos, goza de predilecta consideración entre los grandes estadistas del pasado, vistieran uniforme o levita, bastando señalar a Canalejas como uno relativamente cercano y buen tratador de la cuestión, que ve en el Ejército algo más, mucho más, que eso del brazo armado de la Patria con que suele definirse de ordinario (14). Esta incomprensión ha sido una de las causas más notorias que produjeron la actitud colectiva —y no sólo del Ejército— en los momentos de crisis nacional.

#### LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL HASTA LA LEY ORGÁNICA

La defensa total de la Constitución encomendaba al Poder ejecutivo, en última instancia quien dirige la Fuerza Armada, se coordina en los primeros años de régimen liberal con otra acción más individualizada y legal. Se trata del examen y corrección de las infracciones de la Constitución, una de las primeras cuestiones que habrían de conocer las Cortes apenas se constituyeran (artículo 372).

Del curioso instituto se quiere hallar precedente en cierta interpretación mitificada de la Historia, con clara referencia a la Diputación del General o Generalitat al Justicia Mayor de Aragón y a la Diputación de Castilla. Si la citada opinión permite la controversia, me parece indudable que el precedente real se encuentra en la «Diputación celadora de la observancia del Reglamento y de los derechos de la nación», que figura en el proyecto de Reglamento para

(13) J. F. PACHECO: *Lecciones de Derecho Político constitucional*, Madrid, 1845, página 43.

(14) Sobre el tema concreto de Canalejas, vid. mi *Canalejas*, Barcelona, 1956, páginas 134 y sig. Las referencias que allí se hacen y otras muchas de literatura de nuestro siglo XIX permitirían una consideración más objetiva sobre el fenómeno del Ejército en la vida política española, semejantes a las de otros países, pues no es singular en esto como en tantas otras cosas la Historia de España aunque sí lo sean los historiadores españoles.

la Suprema Regencia firmado por Jovellanos y Garay (29-I-1810). «Esta Diputación celará la observancia del presente Reglamento, y reclamará ante el Consejo de regencia cualquiera providencia que estimare contraria a sus artículos. Reclamará, igualmente, cualquiera providencia que estimase contraria a las Leyes Fundamentales, del reino o a los derechos de la nación. Si la reclamación no fuere atendida, ni satisfecha, la Diputación protestará renovarla en las primeras Cortes, y la imprimirá y publicará. La Diputación celadora tendrá también a su cargo verificar la celebración de las Cortes, ya sea en el día y lugar señalado, si las circunstancias lo permitieren, o sino en el primer día y lugar que fuere oportuno» (15).

El carácter transitorio de la Diputación así proyectada, que habría de vigilar el comportamiento de la Regencia con relación al Reglamento, especie de constitución de la misma, influye en la creada por las Cortes, cuya ordenación (16) sirvió de trampolín para un intento de justicia constitucional a cargo de este órgano. «Las Cortes —decía el Discurso preliminar—, como encargadas de la inspección y vigilancia de la Constitución, deberán examinar en sus primeras sesiones si se halla o no en observancia en todas sus partes. A este fin nada puede conspirar mejor que el que todo español pueda representar a las Cortes o al Rey sobre la inobservancia o infracción de la Ley Fundamental. El libre uso de este derecho es el primero de todos en un Estado libre. Sin él no puede haber patria, y los españoles llegarían bien pronto a ser propiedad de un señor absoluto en lugar de súbditos de un Rey noble y generoso» (17). A tal fin el artículo 373 de la Constitución concedía a los ciudadanos el derecho a dirigirse al Rey o las Cortes «para reclamar la observancia de la Constitución». La Diputación permanente tenía la facultad, entre otras, de «velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que haya notado».

En la discusión de esta parte de la Constitución, Argüelles aseguró que era invención española, sin que se pareciese a la antigua que sólo se toleraba por su escasa importancia e ineficacia (18). Si Vascongadas y Navarra han conservado su Constitución se debe a la existencia de la Diputación, dijo Giraldo. Se opusieron Argüelles y Aner a que la Diputación tuviera facultad para denunciar como la navarra. Sólo debía, dijo Zorraquín, «convocar las Cortes extraordinarias y velar al mismo tiempo por las infracciones de la Constitución, pero sin mezclarse en los negocios gubernativos». Se ha dicho, afirmó Campamy, que es un centinela, pero ha de precisarse más. «Debe consti-

(15) G. M. JOVELLANOS: *Obras*, Madrid, 1846, V, pág. 504.

(16) Vid. A. DE ARGÜELLES: *Examen histórico de la reforma constitucional*, Londres, 1835, II, págs. 78 y sig.

(17) Discurso Preliminar, *loc. cit.*, págs. 115-116.

(18) D. S. C. 7-10-1811, pág. 2013.

tuirse la Diputación para representar un poder invisible que no existe en aquel interregno (se refiere a la vacación de Cortes). Esta Diputación es una emanación permanente de las Cortes que existe, no para estatuir leyes, no para alterarlas ni derogarlas, sino para hacerlas observar» (19).

Las denuncias por infracciones constitucionales fueron harto frecuentes. El primer caso de que tengo noticia es el de don Gregorio Antonio Fitzgerald, maestro de viveres en la Armada y vecino de León. El dictamen de la Comisión de justicia resuelve que si la infracción de la ley constitucional es «un delito de la propia clase que el de la infracción de otras leyes del Código civil y criminal, con la sola diferencia de su mayor gravedad, por el mayor respeto que merecen aquéllas sobre éstas» no quiere decir que haya de sancionarlos las Cortes, porque se opondría al artículo 243 de la Constitución (20). Sin embargo, las Cortes, continúa, deben en tales casos excitar al Gobierno para que sean sometidos a juicio los infractores, y «velar sobre si se hace así o no; deberán pedir que se les instruya y de cuenta del resultado de los procesos de esta clase, y, por último, si fuere necesario, deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda» (21). Así se plantea el problema de la posibilidad de que las Cortes enjuicien a los infractores de la Constitución.

Estos delitos, dice el primer proyecto, sólo pueden ser juzgados por los Tribunales. «Requieren, sin duda, que los infractores sean siempre juzgados por la jurisdicción ordinaria. Los privilegios de fuero, embarazoso y generalmente perjudiciales para el castigo de los delitos comunes, no deben extenderse al quebrantamiento de la Ley Fundamental del Estado.» «Conviene mucho que las Cortes mismas —al denunciarseles una infracción— como conservadoras de las Leyes Fundamentales, sean las que declaren si hay o no verdadera infracción en el hecho denunciado, quedando a los jueces y Tribunales competentes la calificación de las pruebas contra la persona acusada, la graduación de su delito y la imposición de la pena que merezca según las leyes.» Con ello no infringen la Constitución, «ni ejercen funciones judiciales», «porque no declaran que tal persona cometió aquel hecho, ni gradúan el crimen, ni le aplican la pena determinada por la Ley, que son las funciones propias de los jueces». «Este encargo de poner remedio conveniente en las infracciones de la Constitución autoriza a las Cortes, en tal caso, aún para más que la simple declaración de haber sido infringida; y es indisputable que la

---

(19) D. S. C. 8-10-1811, págs. 2016-2019.

(20) «Ni las Cortes ni el Rey, dice el artículo 243, podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos.»

(21) D. S. 5-8-1812, pág. 3503. El deseo de que funcionase la Diputación Permanente dio motivo a intervenciones de Vera Pantoja (29-12-1811) y Argüelles (30-12-1811) antes de su institución. Más tarde por los temores del traslado a Madrid se reprodujo la preocupación en 10-8, 13-8, 15-8 y 16-8-1813.

facultad de hacer semejante declaración es uno de los remedios más oportunos para que las Cortes contengan esta clase de delitos, y hagan efectiva la responsabilidad de los que lleguen a cometerlos» (22).

Ni las Cortes del 13 ni las siguientes dieron cima al encargo de establecer un procedimiento para sancionar las infracciones constitucionales. En el Trienio volvió a discutirse la cuestión, aprovechando el proyecto de 1813. Las Cortes, dice la Comisión de Legislación, «son, y deben ser, las conservadoras de la Constitución, como queda dicho; y en sentir de la Comisión no pueden serlo de una manera efectiva, si en ciertos casos graves y extraordinarios no pueden ligar de tal manera a los jueces, que no esté en su arbitrio el dejar de aplicar la Ley a los delitos que resulten ciertos». Hay el peligro de que los Tribunales dejen sin sancionar delitos que las Cortes consideren como tales. «Dejándose a las Cortes la graduación de los casos graves y extraordinarios en que la salud del Estado exija que ellas hagan la declaración propuesta, parece que se precaven todos los inconvenientes. La Comisión repite que tiene por indispensable que la ejerzan en estos casos, y cree que ésta será una de las salvaguardias más seguras de la Constitución» (23).

El proyecto, que sería ley en 17 de abril de 1821, contiene en la parte sustantiva un complejo y enmarañado sistema de delitos típicamente políticos, o simplemente de garantía individual, como los referentes a las detenciones arbitrarias, pero a los efectos de la observancia constitucional aquí especificada, son interesantes dos artículos muy significativos. «Las Cortes en este último caso, decía el artículo 36, harán efectiva la responsabilidad de los infractores conforme a su Reglamento de Régimen Interior y a la ley de 24 de marzo de 1813, pero si las circunstancias de la infracción fuesen tan graves y extraordinarias que las mismas Cortes vean interesada la salud del Estado, nombrarán una Comisión de su seno, ampliamente autorizada, para que instruya el expediente a fin de apurar la certeza del hecho, y resultando éste en debida forma, con audiencia del acusado, declararán oída la Comisión, que en haberse hecho tal cosa se ha infringido tal artículo de la Constitución, o que no hay o no resulta infracción, si así fuese.» «Art. 37. Declarada la infracción mandaràn las Cortes reponer todo lo obrado contra la Constitución, y dictarán los demás remedios oportunos; el acusado quedará suspenso y se pasará certificación del acta de declaración, con el expediente original, al juez o Tribunal competente, a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quién es el reo, el grado de su delito y los perjuicios que haya causado, se impongan al delincuente la pena que merezca

---

(22) Proyecto de ley sobre responsabilidad de los infractores de la Constitución (12-7-1813), D. S. C. 13-7-1813, pág. 5698.

(23) D. S. C. 2-9-1820, pág. 772.

por el hecho ya declarado, según las circunstancias más o menos agravantes con que aparezca del juicio, dándose cuenta de las resultas a las Cortes y al Gobierno» (24).

Esta invasión de las Cortes en la función judicial fue causa de grave oposición. Martínez de la Rosa consideró que iba contra la división de poderes, oponiéndosele por el Presidente Calatrava que la función judicial no es declarar la infracción, porque ello no es aplicar las leyes, pues no sanciona a la persona que ha cometido el delito. «Las Cortes, más bien que ninguna otra autoridad, deben ser las conservadoras de la Constitución», porque si lo dejan todo a los Tribunales, sucederá lo que se ha visto: que nos han escarnecido (25). Más afortunado Garelli, en 1821 consiguió la supresión de los artículos que dotaban de tan extraordinario y anormal poder a las Cortes (26).

Los sucesos que determinaron el fin del primer período constitucional marcan el comienzo de un concepto de orden político semejante al inglés, y no volverán a plantearse los problemas del control constitucional ni la presencia de la Diputación Permanente hasta la revolución de julio. En el proyecto de bases de la Constitución de 1856 se inscribió una, la catorce, resucitando la Diputación Permanente. «Habrá una Diputación Permanente de Cortes, decía, compuesta de cuatro Senadores y siete Diputados, que cuando las Cortes no estén reunidas velará por la observancia de la Constitución y por la garantía de la seguridad individual, y convocará a las Cortes en los casos que la misma ley previene, y en el que se mande exigir alguna contribución o préstamo que no esté aprobado por la ley de Presupuestos o por otra especial.» Frente a la Comisión, un voto particular de Manuel Lasala y Cristóbal Valera solicitaba también pudiera convocar las Cortes cuando se infringiese abiertamente la Constitución «por el Gobierno o por sus delegados». Ríos Rosas, por contra, y también en voto particular, hablaba de que las leyes no pueden prever los casos límite, y abogando por la supresión de la Diputación, recordó que un orador francés, a propósito de la de 1848, decía que estos Organismos, «o tocan a rebato muy temprano, y entonces crean la revolución en lugar de precaverla, o tocan a rebato muy tarde, y entonces concitan el golpe de Estado» (27).

---

(24) Los artículos se refieren a que el hecho se denuncie a las Cortes de acuerdo con el artículo 373 de la Constitución. La ley de 24-3-1813 es la de responsabilidad de los funcionarios públicos.

(25) D. S. C. 24-10-1820, pág. 1890.

(26) D. S. C. 12-4-1821, pág. 1019.

(27) Apéndice 2.º al núm. 57, D. C. C. 1854-1856; la discusión en fd. 25-5-1855: «Habrá una diputación permanente de Cortes, decía el proyecto de Constitución, compuesta de cinco diputados y cuatro senadores que, cuando las Cortes no estén reunidas,

No resucitó la Diputación Permanente ni siquiera con las Cortes del 69, que se limitaron en el artículo 92 a ordenar a los Tribunales que no aplicasen los Reglamentos que no estuviesen conforme a las leyes; garantía más que control constitucional (28). En el proyecto federal de 1873 se establecía un Senado sin iniciativa legal, que examinaría lo que podríamos calificar de constitucionalidad de las leyes, con posible veto hasta el tercer año (29); ley fundamental que, como es sabido, no tuvo otro valor que el de su inserción en el *Diario de la Asamblea Nacional*.

Primo de Rivera dedicó el Título XI de su proyecto constitucional a las «garantías jurisdiccionales» de la Constitución. La infracción constitucional realizada individualmente «por ministros, autoridades, representantes o funcionarios de cualquier especie, o colectivamente por los órganos o Asambleas en que radiquen los diferentes poderes», daba lugar a varios recursos, entre los que se enumeraban los de inconstitucionalidad de leyes o Reglamentos, si bien los primeros sólo podían ser interpuestos «en casos individuales y concretos de infracción» (art. 102). El Consejo del Reino, «con jurisdicción delegada del Rey», fallaba (art. 44) (30).

---

velará por la observancia de la Constitución y por la seguridad individual, y convocará a las Cortes sólo en los casos siguientes: 1.º Cuando vacare la Corona. 2.º Cuando el Rey se imposibilitare para el Gobierno. 3.º Cuando se mande exigir alguna contribución o préstamo que no esté aprobado por la ley de presupuestos u otra especial. 4.º Cuando suspendidas en una o más provincias las garantías establecidas en el artículo 8.º dejare el Rey de convocarlas.»

(28) «Los Tribunales, dice el art. 92 de la C. de 1869, no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes.»

(29) El Senado no tiene la iniciativa de las leyes. Corresponde al Senado exclusivamente examinar si las leyes del Congreso desconocen los derechos de la personalidad humana o los poderes de los organismos políticos o las facultades de la Federación, o el Código fundamental. Si el Senado, después de madura deliberación, declara que no, la ley se promulgará en toda la nación. Cuando el Senado declare que hay lesión de algún derecho o de algún poder, o de algún artículo constitucional, se nombrará una Comisión mixta que someterá su parecer al Congreso. Si después de examinada de nuevo la ley el Senado persiste en su acuerdo, se suspenderá la promulgación por aquel año. Si al año siguiente reproduce el Congreso la ley, se remitirá al Poder ejecutivo para su promulgación, pero si éste hiciera objeciones al Congreso, se volverá la ley al Senado, y si el Senado insiste nuevamente, se suspenderá también la promulgación. Por último, si al tercer año se reproduce la ley, se promulgará en el acto por el Presidente y será ley en toda la Federación. Sin embargo, al Poder judicial, representado por el Tribunal Supremo de la Federación le queda la facultad siempre de declarar en su aplicación si la ley es o no constitucional», artículo 70, proyecto federal.

(30) El proyecto de Constitución de la Dictadura y las leyes que le acompañaban es técnicamente de cuidadosa redacción. El título XI relativo a «las garantías jurisdiccionales de la Constitución y del procedimiento para su reforma» tienen un aire kel-seniano indiscutible.

Si el intento de Primo de Rivera no mereció siquiera —por pasión absurda— comentario notable, la ordenación de inconstitucionalidad de la II República, excesivamente politizada, sólo exige una leve mención. Instituida por la Constitución de diciembre del 31 (art. 121), acumuló, a más del recurso de inconstitucionalidad, el de amparo de las garantías individuales, resolver los conflictos entre el Estado y las regiones autónomas y de éstas entre sí, el examen de poderes de los compromisarios para la elección de Presidente de la República y el juicio por responsabilidad criminal de ciertos altos cargos. Con esto creo reseñado lo que de precedentes ofrece interés (31).

### EL ARTÍCULO 6.º DE LA LEY ORGÁNICA

La Ley Orgánica busca la garantía de la Constitución por dos medios: la defensa, a cargo del Jefe del Estado, cuyo germen se encuentra en el artículo 3.º de la ley de 17 de mayo de 1958, y se concreta en el artículo 6.º, y el recurso del contrafuero, desarrollado en el Título X.

La primera se explicita claramente en el artículo 6.º: El Jefe del Estado, dice, «ostenta la Jefatura Nacional del Movimiento y cuida de la más exacta observancia de los Principios del mismo y demás Leyes Fundamentales del Reino, así como de la continuidad del Estado y del Movimiento Nacional; garantiza y asegura el regular funcionamiento de los altos órganos del Estado y la debida coordinación entre los mismos».

La fórmula combina o realiza una simbiosis entre los caracteres del caudillaje político, bien claro en cuanto hace referencia a la continuidad doctrinal o ideológica, y las líneas maestras del Poder moderador, en el sentido y alcance de que luego hablaré. En el primer supuesto avala la interpretación su condición de Jefe Nacional del Movimiento, cuidador de la observancia de sus Principios. La función moderadora posee los caracteres del Ejecutivo, fuerte de nuestro tiempo. Nos encontramos ante una verdadera prerrogativa en el sentido de Locke. «El poder de obrar, dice, de *motu proprio*, para el bien público, cuando las leyes están indeterminadas sobre ciertos casos que se pueden presentar, o cuando hubieran prescrito lo que se debiera hacer en ellos, mas que no puede ejecutar en algunas coyunturas sin dañar al Estado, es lo que se llama prerrogativa... (y) se ha dado una grande libertad al Poder ejecutivo, y se ha abandonado a la prudencia de los que la ejercen muchas cosas sobre que las leyes callan» (32).

(31) Para el estudio del Tribunal de Garantías en relación con la Constitución del 31. vid. N. PÉREZ SERRANO: *La Constitución española*, Madrid, 1932, págs. 324 y sig.

(32) J. LOCKE: *Tratado del Gobierno civil*, traducido de la 7.ª edición francesa publicada en París, Madrid, 1821, págs. 248-249. La calificación o nomenclatura que haya

Indagar los orígenes del artículo 6.º no deja de ser interesante. Suele venir a la memoria inmediatamente, por ese afán hispánico de buscar siempre fuera lo que se puede conocer dentro, el artículo 5.º de la Constitución francesa del 58. El texto degaullista tiene un preciso antecedente, diríamos un claro mimetismo, en el artículo 10 del proyecto Pétain, y responde a una vieja tradición de «cuarto poder» de los artículos 9.º y 98 de la Constitución imperial brasileña y 71 de la Carta portuguesa de 1826, de tan larga influencia y duración (33).

Yo creo en la existencia de una teoría política netamente española, adaptación o reelaboración de instituciones propias o ajenas, pero original; fenómeno que se da lógicamente en otros países. El precedente de una ordenación puede encontrarse en texto preciso, en talante interpretativo o en cierta tradición difusa, incluso extraña a la ley y a los técnicos del Derecho público. En este caso, y sin remontarnos más allá de los orígenes del constitucionalismo español, sin ahondar en sutilezas o en abundantes testimonios, podemos hallar claros precedentes.

El sentido tradicional moderno de la función ejecutiva halla su expresión señera en Jovellanos. «Aunque las naciones —escribe— se gobiernen según sus leyes, más que por ellas se gobiernan por una continua, incesante serie de órdenes y providencias, que se refieren no sólo a la ejecución de las mismas leyes y a su habitual observancia, sino a la dirección de la fuerza y a la administración de la renta del Estado; a proveer a las ocurrencias eventuales que la conservación del orden y sosiego interior y la comunicación y seguridad exterior exigen; al nombramiento, dirección y conducta de los agentes que sirven al desempeño de sus funciones, y en fin, a la constante vigilancia sobre la conducta pública de los ciudadanos, cuya protección y defensa está confiada a su inmediata acción. Así es que mientras el Poder legislativo de una nación delibera tranquilamente sobre las leyes y Reglamentos que conviene establecer para el bien de la sociedad y los decreta en los períodos y ocasiones señalados por la Constitución (pues que una vez establecida la legislación nacional, la necesidad de hacer nuevas leyes no puede ser ni diaria ni frecuentemente), la vigilancia y acción del Poder ejecutivo son continuas, diarias, incesantes, en la persona o Cuerpo que

---

de darse a la potestad conferida por la ley de 30-1-38 y disposiciones que en el texto se aluden es difícil. Si se atiende a la personalísima atribución indelegable por las propias manifestaciones del Caudillo (Vid. Discurso ante el Consejo Nacional de 9-4-64) y disposiciones de la Ley Orgánica parece un privilegio. Contemplada su función no en beneficio del sujeto, sino en servicio de un orden revolucionario parece prerrogativa. En la exposición se emplea esta última palabra aún conscientes de su relativa impropiedad.

(33) Para estos temas me permito referirme a mi *Personalización del Poder político*, Valencia, 1964.

lo ejerce y en sus agentes. Y como para todas ellas sean necesarios mando e imperio superior e independiente, de aquí que al Poder que ejecuta estas funciones se da y conviene el concepto y título y se adjudican los atributos de la soberanía» (34). A esta extensa, pero utilísima cita, de gran sabor locuquiano, se pueden añadir otras dos.

«El Rey, dice el artículo 12 del proyecto «isabelino», mantiene la ponderación y el equilibrio entre los diversos poderes del Estado y ejerce su poder neutro, disolviendo las Cortes y usando de la sanción suspensiva; exonerando a los ministros y nombrando otros, conmutando penas o haciendo gracias en las providencias de los Juzgados Criminales, disolviendo las Juntas y Corporaciones municipales, o revocando sus actas» (35). El artículo 43 del proyecto constitucional de Primo de Rivera dice: «Al Rey está atribuída la función moderadora, y en virtud de ella ejercerá las prerrogativas que requiera el mantenimiento de la independencia y armonía de todos los poderes con arreglo al texto constitucional.»

Quiero llamar la atención, aunque sea de pasada, sobre la influencia de la teoría del Poder neutro o moderador que se produce abiertamente a partir de 1836, sustituyendo a la del Monarca como cabeza de la nación, tan cara a los doceañistas (36). Transferir este concepto a la realidad y sustancia de la Ley Orgánica no lo creo acertado. Si estimamos al Poder neutro o moderador como el que se limita a regular la vigencia de unas reglas previamente establecidas, no puede servirnos. La Ley Orgánica asigna el Jefe del Estado la función de salvaguardar unos Principios, con exigencia de fidelidad en la conducta propia y de los órganos subordinados. Tiene carácter de agente, como en el artículo 170 de la Constitución de Cádiz, uno de los preceptos de mayor resonancia de nuestra historia. «La potestad de hacer ejecutar las leyes, dice, reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en el interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.» «El Rey, como jefe de Gobierno, dice el discurso preliminar, y primer magistrado de la nación, necesita estar revestido de una

---

(34) En JOVELLANOS: *Obras Completas*, Madrid, 1845, V, pág. 579.

(35) Como es sabido, este proyecto, llamado «la isabelina», fue redactado por Juan Olaverria y, según Pirala, que da detalles de todo el proceso, fue copiado por los liberales belgas. Vid. A. PIRALA: *Historia de la guerra civil y de los partidos liberal y carlista*, Madrid, 1889, I, pág. 402 y 1076.

(36) El giro producido en la Constituyente de 1836 venía preparado por la labor de Joaquín María López, Salustiano Olózaga y Agustín de Argüelles, verdaderos transformadores de nuestro sistema constitucional en el estilo de soberanía parlamentaria a la inglesa. En «El Poder constituyente en España de 1800 a 1868», *R. del I. de C. S.*, Barcelona, 1964, me he ocupado del tema.

autoridad verdaderamente poderosa para que al paso que sea querido y venerado dentro de su reino, sea respetado y temido fuera de él de las naciones amigas y enemigas. Toda la potestad ejecutiva la deposita la nación por medio de la Constitución en sus manos para que el orden y la justicia reinen en todas partes y para que la libertad y seguridad de los ciudadanos pueda ser protegida a cada instante contra la violencia o las malas artes de los enemigos del bien público» (37).

Las referencias a la Constitución de Cádiz tienen mayor objeto que el de la erudición. No creo exagerar advirtiendo profunda analogía no ya entre la situación sociológica, sino en la misma estructura de la Ley Fundamental y en ciertos aspectos de la situación política —piénsese en la provisionalidad del Ejecutivo—, que hacen muy útil volver sobre aquella experiencia más denostada que conocida. Basta referirme al Ejecutivo fuerte allí considerado: la separación tajante entre las Cortes y el Jefe del Estado, y especialmente en el asesoramiento planteado con el llamado Consejo de Estado y en la Ley Orgánica del Reino. En ambos casos es de exclusiva consulta del Jefe del Estado, que a él acudirá, dice el artículo 236 de la Constitución del 12, para oír su dictamen «en los asuntos graves gubernamentales, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los Tratados».

Negocio grave es el de la aplicación del artículo 6.º de la Ley Orgánica, y su único cauce es el 10 d), que pone en movimiento un proceso bien definido. En primer término, el aviso del Consejo del Reino con la firma de refrendo de su Presidente (art. 8, II), y luego, el refrendo del Consejo de Ministros (art. 52). Aquél tiene la introducción; el de Ministros, las medidas concretas. En ningún caso el aviso contrario puede impedir el refrendo ni obligar a que se acepte por el Jefe del Estado el criterio contrario. La naturaleza propia de la prerrogativa conduce indiscutiblemente a este resultado (38).

---

(37) *Loc. cit.*, pág. 45. El éxito del artículo es sensacional. Aparte de las Constituciones españolas se encuentra en el 81 de la chilena de 1833 y en el 168, 1.º de la reciente uruguaya.

(38) No es posible abordar en una nota, y sería extravagante el trabajillo, la naturaleza del refrendo o los actos del Jefe del Estado según la Ley Orgánica, aunque el tema es de extraordinario interés. Piénsese en la peculiaridad no sólo del refrendo del Presidente del Consejo del Reino o de las Cortes, sino de que los ministros no responden políticamente ante nadie. No es necesariamente una responsabilidad la de la remoción por incapacidad o por decisión del Jefe del Estado para el Presidente del Consejo de Ministros (art. 15 e y d, de la Ley Orgánica) o la declarada en el de las Cortes (artículo 7.º, III, c y d, d la L. de C.). Como es sabido, la responsabilidad ministerial ha evolucionado de tener naturaleza penal a serlo política y en este sentido se habla

Más adelante abordaré la cuestión de si estas disposiciones pueden ser materia de contrafuero. Ahora debemos señalar su contenido posible, que, a mi juicio, debe desenvolverse dentro del orden jurídico existente, sin arbitrar otros medios que los previstos en las leyes, pues se trata de tornar a la armonía y evitar el peligro para la independencia de la nación. Es, por propia naturaleza, una defensa constitucional que debe estar limitada a la supresión de los excesos, los abusos de poderes y garantías; incluso la creación de nuevas normas constitucionales que no estén en contradicción, como es lógico, con las anteriores, no puede encontrar apoyo en estos preceptos, cuanto menos la violación de normas ya establecidas (39).

*El contrafuero.*—La excelente innovación que nos ha brindado la Ley Orgánica exige un estudio cuidadoso para deslindar el objeto material, el alcance y el resultado. Veamos las cosas por su orden:

a) «Es contrafuero todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino», así dice el párrafo primero del artículo 59 de la Ley Orgánica.

El concepto de «acto legislativo» ha de establecerse con precisión y referencia concreta a nuestro ordenamiento jurídico. Conviene iniciar el estudio con el examen histórico de la progresiva concreción y determinación de lo que se ha llamado por Federico de Castro «norma estatal primordial» (40), aludiendo a la «suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general», a que alude la ley de 30 de enero de 1938. Es el proceso que tiene por límites iniciales la ley de 1 de octubre y el Reglamento aprobado por el Jefe del Estado de 19 de noviembre, ambos de 1936, y se remata con la Ley Orgánica. En su enumeración podrá contemplarse la variedad de órganos que pueden dictar leyes, tanto en sentido material como formal. En este examen parecen como leyes:

1.º «Las disposiciones que nazcan de la Administración Central, dice el

---

de ella, con relación al refrendo, precisamente inventado para poderes irresponsables. Por otro lado el Jefe del Estado no puede prescindir de quienes han de refrendar sus actos, sino es con el asenso del Consejo del Reino. Ante esta situación, y pensando que el artículo 6.º de la Ley Orgánica no puede ser frenado por obstáculos de esta naturaleza sin gravísimas consecuencias, puede pensarse que este refrendo sería puramente formulario, o quizá en que hubiera sido más lógico suprimirlo para estos casos, o declararlo legalmente obligatorio. No me pronuncio por ninguna solución sino que lo dejo en interrogante. El tema de todas suertes es trascendental. Entre la escasa bibliografía española destaca, como algo todavía insuperado, G. CÁCERES CROSA: «El refrendo ministerial», *R. C. J. S.*, 1933, págs. 608-679, y 1934, págs. 114-226.

(39) Me refiero a que no sería jurídicamente correcto crear una nueva legalidad con las leyes de prerrogativa.

(40) *Derecho civil de España*, Madrid, 1959, I, págs. 358 y sig.

Reglamento de 19 de noviembre de 1936, han de adoptar una de las siguientes formas: a) Leyes: Cuando se trate de regular materias que afecten a la Constitución del Estado. b) Decretos-leyes: En los casos que deba ser modificada la legislación anteriormente establecida por una ley. En los nombramientos, ceses y concesión de honores, recompensas, etc., que precisen de una ley con arreglo a la legislación vigente.»

El criterio rígido afecta tan sólo a las leyes que podríamos denominar fundamentales, o a la seguridad jurídica de una normativa derogatoria, con cierto oire de rebajamiento de la categoría de la ley. No ha perdido su interés este precepto, de imprescindible referencia en la glosa al artículo 17 de la ley de 30 de enero de 1938, vigente hasta que se cumplan las previsiones sucesorias, si bien es cierto que en esta última disposición las leyes se definen por su contenido cuando «afectan a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país», desapareciendo los Decretos-leyes. Como estas disposiciones se refieren solamente al Jefe del Estado actual no debo insistir más.

2.º Los disposiciones comprendidas en los artículos 10 y 12 de la ley de Cortes. Se ha de advertir que en la enumeración del artículo 10, y por señalarlo el mismo artículo, ciertas resoluciones son actos de las Cortes y no legislativos. Nuestras Cortes, por su ley, no son simplemente legisladoras, sino que deliberan sobre materias —y dejo de lado los temas sucesorios— no calificadas de ley. Señalaré tan sólo, a guisa de ejemplo, «las grandes operaciones de carácter económico o financiero» —apartado b)— y la facultad concedida al Gobierno de «someter al Pleno materias o acuerdos que no tengan carácter de ley» (41). Con este artículo, el campo de la ley es ilimitado, tiene carácter residual. El mecanismo que establece permite se deban regular legislativamente materias que no lo estuviesen, y si ello se puede hacer por iniciativa de la Comisión Permanente o del Gobierno, creo que sin este procedimiento puede hacerlo cualquier Comisión de Cortes en materia de su cometido. Así parece deducirse cuando el ar-

---

(41) Bastaría referirnos a las leyes llamadas de aprobación, de medida, de autorización, planes de desarrollo, etc. Una muy característica es la aprobación del presupuesto del que se ha hecho eco una sentencia del Tribunal Supremo de 27-4-1965 (Ar. número 2.358) retocando las características que como simple ley cabría imputarle, refiriéndose para ello al artículo 37 de la Ley de Contabilidad de 1911. Este precepto, y la observación es importante por emanar del Parlamento, pasó íntegramente al Reglamento del Congreso de los Diputados por la reforma de 14 de mayo de 1918 en el artículo 130 y más tarde al de la República, artículo 74.2. Las leyes de presupuesto son, realmente, una simple reminiscencia del control anticipado de la acción del Ejecutivo, como la de Reclutamiento, sirve para limitar la fuerza armada de que puede disponer. Ambas son una supervivencia de situaciones pasadas.

título 12 habla de «alguna (ley) posterior a la presente» que establezca esta forma de regular cierta materia.

3.º Los Decretos-leyes dictados por razones de urgencia a que se refiere el artículo 13 de la ley de Cortes, y cuyo órgano es el Gobierno; y

4.º Las disposiciones a que alude el artículo 52 de la Ley Orgánica, que incluye las del 51, constitucionalización de un precepto anterior (art. 10, 4, ley de Régimen jurídico) y las del artículo 10, d) de la misma, sobre las que habrá que hacer alguna reflexión.

El planteamiento actual se ha simplificado. Con el nombre exclusivo de leyes, sólo el Jefe del Estado, en la prerrogativa transitoria que el actual posee, y las Cortes pueden elaborar disposiciones que de tal se califiquen. Así se deduce, sin necesidad de grandes razonamientos, de los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica, que dice de las delegaciones —que llama autorizaciones, sin duda para evitar hasta el recuerdo de la división de poderes— como de disposiciones con fuerza de ley, y a los comprendido en el 52, ya se sabe que sólo pueden considerar con fuerza, pero no con el nombre reservado a la norma suprema.

En la recurribilidad por contrafuero de las disposiciones del Gobierno dictadas en virtud del artículo 51 de la Ley Orgánica no ofrece duda en los casos de delegación correcta y normal; sin embargo, conviene precisar algo los términos y la realidad.

Es muy frecuente que en leyes que no son de autorización, de delegación o de bases se conceda al Gobierno la facultad de dictar disposiciones complementarias. Si se opina que ello es una innecesaria alusión a la potestad reglamentaria, habremos de anotar que por el contexto de muchas disposiciones de este género no es así, porque es amplísima, de tal suerte que puede exceder impunemente y no concordar siquiera con el articulado de la ley. El problema se agudiza por la reforma introducida por la Ley Orgánica con referencia al precepto que ha venido a constitucionalizar, *grosso modo* el art. 10, 4, ley de Régimen jurídico, que hablaba de «expresa delegación» y «previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno», mientras que ahora sólo se habla de autorización.

Gramatical, jurídica e históricamente la delegación es más restringida que la autorización. En el constitucionalismo español el proceso, muy curioso, iniciado antes de Mendizábal, nos permite concluir en la diferente situación que tiene el Gobierno según que en él se delegue, con ley de Bases o sin ella, o se le autorice. Indudablemente, la Ley Orgánica deroga por sustancial modificación el artículo pertinente de la ley de Régimen jurídico, pues al tiempo que eludiendo cualquier referencia, aunque fuese latente, a la división de poderes, implícita siempre en la palabra delegación, concede más agilidad al Gobierno, puesto que la autorización puede ser amplísima, como

de hecho lo ha sido, sin que en este caso, como en tantos otros, haya necesidad de recurrir a precedentes extranjeros (42).

No todos los actos legislativos pueden ser objeto de recurso. Deben quedar excluidas las leyes de prerrogativa, o sea las que se dicten por el actual Jefe del Estado —ya que sólo rige durante su jefatura— de acuerdo con la Ley de 30 de enero de 1938 y disposiciones concordantes. La razón está en la propia naturaleza del derecho de carácter personalísimo, auténtico privilegio de Franco, con limitación temporal ya determinada en las transitorias de la Ley Orgánica. No creo puedan tampoco ser objeto de contrafuero las disposiciones en el ejercicio del estado que autoriza el artículo 10, d) de la Ley Orgánica. La iniciación del proceso excepcional no tiene carácter legislativo ni de Gobierno pues asiste al Jefe del Estado el Consejo del Reino. Las siguientes, aunque provistas de refrendo ministerial, éste opera como pura fórmula, sin que pueda tampoco calificarse a estos actos nacidos de una prerrogativa del Jefe del Estado de actos de Gobierno (43).

Debemos ahora estudiar que sea el Gobierno y el concepto de «disposición general» los dos términos del otro objeto de recurso. Pensemos que Gobierno tiene en nuestro Derecho el significado de alta dirección, y ha adquirido para permitir una mayor fiscalización judicial —artículo 2.º b), L. J. C. A.— un carácter restringido en beneficio de la libertad individual (44).

Con el mismo interés llegó, en el contrafuero a un resultado distinto. El deseo de reducir lo más posible el número de actos gubernativos sin control, me impele a buscar en la ley de Régimen jurídico la delimitación del Gobierno, que comprende en este caso, y por su orden legal, el Consejo de Ministros, las Comisiones delegadas y los ministros bien obren con potestad

(42) Sobre autorización y delegación en nuestra Patria, vid. mi «La función legislativa en España, 1800-1868», en *R. del I. C. S.*, Barcelona, 1965. El problema no es de laboratorio. En nuestras Cortes se da con frecuencia el caso de una amplísima delegación, en leyes que no tienen este sentido ni alcance. El Tribunal Supremo en sentencia de 29-12-1964 (Art. núm. 5.797) aludiendo a la disposición transitoria núm. 15 de la Ley de Ordenación Universitaria se ha hecho cargo del problema. El texto de la disposición autoriza «al Ministerio de Educación Nacional para aclarar e interpretar la referida ley así como para dictar cuantas disposiciones complementarias sean precisas para su mejor aplicación». El Tribunal Supremo opina que esto es una autorización. Evidentemente ni es una pura delegación legislativa ni una cesión reglamentaria. La naturaleza de las disposiciones a que puede dar lugar esta autorización —a mi juicio perfectamente correcta— es variada y no es posible desconectarlas de su origen, y por tanto gracias a esta conexión cabrá el recurso de contrafuero por su naturaleza legislativa.

(43) Naturalmente que es una decisión política la que aquí se formula

(44) Vid., entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 18-2-1963 (Ar. núm. 1.336) y sus referencias.

originaria o delegada, ya que es sabido —artículo 22, d) de la ley de Régimen jurídico— no puede delegarse la de dictar disposiciones con carácter general.

«Disposición —dice el preámbulo de L. J. C. A.— equivale a precepto de carácter general con categoría inferior a ley.» La ley de Régimen jurídico en su artículo 23 indica la forma que han de revestir estas disposiciones, cuya elaboración se encuentra cuidadosamente determinada. Pero como no sería suficiente la definición, la jurisprudencia aclara lo que significa generalidad. «Los actos administrativos, dice el Tribunal Supremo, sometidos a una eventual revisión jurisdiccional se divide en dos categorías: disposiciones inferiores a la ley *strictu sensu* y resoluciones; incluyendo en la primera a todas las normas de carácter general que se dirigen o afectan a una pluralidad de sujetos y objetos de Derecho, determinada tan sólo por la concurrencia de las calidades o circunstancias que la propia norma especifique» (45). Así queda limitada la norma, tanto por el sujeto cuanto por el contenido, materia posible de contrafuero.

No ignoro el aire atrevido que se puede señalar a mi actitud fijando un amplio concepto de Gobierno. Afirmar que es incorrecta, y las referencias que luego haré, son hechos que nunca debieron suceder; es criterio que no debe mantener un jurista cuya función ha de ser la de partir de la realidad por monstruosa que parezca —y sin renegar a la crítica y a la oposición— buscar el resquicio que juridice la acción del Gobierno, y haga posible la defensa del ciudadano. Porque el hecho cierto es que las Comisiones delegadas pueden recibir delegación amplísima, ya en la ley 194/63, la del Plan de Desarrollo, la han recibido en los artículos 3.º, 7.º, 16 y 22, sin perjuicio de otras más dispersas. Un ministro —como el de Educación en la L. de O. Universitaria— recibe posibilidades de acción acomodaticia de disposiciones legales. Y dado que todo esto tiene estrecha relación con una disposición que sería objeto de contrafuero si con el rígido criterio selectivo hubiera nacido en el Gobierno, no veo razón útil para dejarla fuera, facilitando así una evasión de control.

La calificación en todos los órdenes del acto impugnado puede conducir al Consejo a rechazar sin otra manifestación el recurso, lo que puede ser un argumento para las otras partes que intervienen en el proceso. Me refiero al Consejo Nacional o la Comisión permanente de Cortes, sin que sea necesario para estos plantearse el problema de admisibilidad.

b) La alternativa si el acto impugnado ha de violar la letra o el espíritu de los «Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales

(45) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 16-3-1960 (Ar. núm. 1-318).

del Reino» ha de resolverse por la afirmativa. Basta con que vulnere uno de los dos. El vocablo vulnerar tiene en nuestro lenguaje un claro sentido de lesión física o moral, que aquí pudiera traducirse por violación de la letra o del espíritu. Su referencia a un concepto amplio es notoria y suele emplearse como ataque al orden jurídico en su totalidad.

La misma letra de las Leyes Fundamentales nos pone en el camino de la obligatoriedad de aceptar la vulneración del espíritu como motivo de contrafuero. El artículo 3.º de la de Principios Fundamentales a la que expresamente se refiere el artículo 59 de la Ley Orgánica declara la nulidad de cualquier disposición o ley «que vulnere o menoscabe» los principios allí declarados. La equivalencia aquí afirmada, entre vulneración y menoscabo refuerza lo anteriormente escrito. La obligada consulta al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* me ratifica en la opinión. Menoscabar es «disminuir las cosas, quitándoles una parte, acortarlas, reducir las a menos». «Deteriorar o deslustrar una cosa, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía». Resulta muy difícil concretar a la sola letra de la ley el menoscabo.

No es intrascendente recordar que nuestro orden político descansa en principios y afirmaciones programáticas muy corrientes en la actualidad en todos los climas, pero que por su misma naturaleza imponen una mayor vigilancia en la actuación de los órganos estatales, para que frente a la ausencia de norma explícita o procurando no rozar la letra de los preceptos se dé por tierra con el espíritu constitucional. He aquí una de las ventajas que tiene la creación de un órgano mixto, marcadamente político, es verdad, para la resolución del recurso de contrafuero.

c) La declaración de que una disposición viola el orden constitucional, y, por consiguiente, se puede dar lugar al contrafuero, tiene en la Ley Orgánica un cauce expreso, con trámite procesal preciso. Antes de hablar de él es conveniente aludir a otros instrumentos de contrafuero y prevención de la legalidad constitucional.

El instrumento de contrafuero a que me acabo de referir corresponde a ese órgano de defensa constitucional que es el Jefe del Estado y su medio es el veto absoluto del artículo 16 de la ley de Cortes o la devolución a las Cortes para nueva deliberación, del artículo 10, b) de la Ley Orgánica.

Aquí el Jefe del Estado tiene ocasión de ejercer su función de garante de la legalidad constitucional tanto por lo que se refiere a la letra cuanto al espíritu del orden político español (46).

(46) Los problemas del veto absoluto que aquí se plantean y que en España rigieron desde 1834 a la venida de la República, se eluden. Por la lectura del artículo 65 de la Ley Orgánica parece que la comunicación con el Consejo no necesita refrendo alguno.

La prevención de la inconstitucionalidad se desarrolla en dos frentes. En el primero, tiene el carácter de cautelar y corresponde al Jefe del Estado la consulta al Consejo Nacional sólo en leyes que haya decidido someter a referéndum, lo que supone una «asistencia» previa del Consejo del Reino (artículo 10, e) sometiéndose el Jefe del Estado a lo que decida el Consejo Nacional recurriendo, y el del Reino admitiendo o rechazando el recurso de contrafuero que se formule. La interpretación correcta del artículo asegura que sólo podrá ser sometido a referéndum el proyecto, si la resolución es favorable a su constitucionalidad, y que, aprobado por el referéndum, no puede ser objeto de recurso, cosa perfectamente acorde con la significación que en nuestro derecho constitucional tiene el referéndum, y, por tanto, que en el caso de afirmación de inconstitucionalidad no puede el Jefe del Estado sancionar la propuesta aprobada por las Cortes.

El contrafuero puede ser iniciado por la Comisión permanente de Cortes (artículo 63) dirigiéndose a la Comisión de ella que haya emitido dictamen en que se crea existe materia de contrafuero. En esta ocasión peca de tímida y claramente de incompleta la ordenación. Porque si la Comisión insiste en su dictamen, no queda recurso alguno, contrariamente a lo que se determina para el Jefe del Estado, que ha de pasar obligatoriamente por la declaración de contrafuero en las leyes que piense someter a referéndum. Estimo que debiera arbitrarse una solución. No sería inconstitucional que, por ser materia que afecta a la vida de las Cortes y, por tanto, típicamente reglamentaria, en el Reglamento se incluyese una. La más lógica sería repetir el proceso de los proyectos o proposiciones de ley (47) en que ha decidido el Jefe del Estado remitir al referéndum, o someter al Pleno como enmienda a la totalidad, que se votaría previamente la calificación de inconstitucional, aunque esta última fórmula tiene el inconveniente de un futuro recurso.

El auténtico proceso de contrafuero se desarrolla en el seno del Consejo del Reino: La ponencia dictaminadora se compone de cinco miembros de los que sólo dos, consejero nacional y procurador, pertenecen a las Cortes. Los otros son un presidente de Sala, un magistrado del Tribunal Supremo y un consejero permanente de Estado. El Consejo del Reino, presidido por el pre-

---

(47) En nuestro ordenamiento se usan variedad de términos para las resoluciones de las Cortes. El artículo 10 habla de ley elaborada (apartado b) y de proyecto de ley (apartado e) aunque se podría distinguir el interesante matiz. Igualmente se habla de proyecto o proposición de ley en el artículo 65: el artículo 16 de la L. de C. habla de leyes. Apunto la variedad que tiene su significado o al menos puede dársele claramente. Tampoco me hago cargo de un interesante tema. Si el recurso de contrafuero anula otros de la jurisdicción ordinaria o contenciosa. A mi juicio no, por la propia naturaleza de uno y otro recurso, la mayor amplitud del último y su carácter marcadamente político.

sidente del Tribunal Supremo, a estos efectos, conoce del dictamen y propone al Jefe del Estado la resolución que proceda. Estimo que la propuesta ha de ser ratificada por el Jefe del Estado. La razón de ello es analógica con referencia al trámite de los proyectos que vayan a someterse a referéndum, en que indeclinablemente el Jefe del Estado ha de aceptar el resultado del recurso, y no sería congruente establecer diferentes soluciones para un mismo tipo de consulta.

La determinación de que las deliberaciones del Consejo del Reino al estar presididas por el presidente del Tribunal Supremo, supone que el Jefe del Estado no puede hacerlo en este caso y, por tanto, tampoco asistir, lo que debiera haberse explicitado en la Ley Orgánica. No veo inconveniente para que a la sesión concurra el presidente de las Cortes con voz y voto como miembro que es del Consejo, ni para que la Ley provea la posible asistencia de alguno o algunos de los miembros de la ponencia que informen a los consejeros, como la presencia del defensor del acto impugnado cuya función, es de esperar, se aclare oportunamente pues queda muy imprecisa en la Ley.

Por último, es necesario abordar la cuestión del alcance de la nulidad a lo que se refiere el art. 64 de la Ley Orgánica. Hemos de concluir en que el éxito del recurso de contrafuero elimina para siempre del ordenamiento jurídico español lo impugnado. Para ello basta recurrir a los inmediatos precedentes y a la misma doctrina de la Ley Orgánica en lo que hace referencia a esto.

La ley de 17 de mayo de 1958 es rotunda en su artículo 3.º, y si entonces lo era, parece más lógico que la nulidad se consolide con el instituto creado para el examen de la inconstitucionalidad. En segundo lugar, que deduciéndose la imposibilidad de ser sometida a referéndum, ni sancionadas por el Jefe del Estado las disposiciones que se declaren inconstitucionales en el caso del artículo 65 de la Ley Orgánica es lógico que se siga igual criterio para todos los demás.

Quando la Ley habla de la significación del «alcance que en cada caso proceda», en la declaración de nulidad hace referencia a la continuidad, desaparición o simple anulación de las situaciones jurídicas producidas al amparo del acto inconstitucional. La prudencia de conceder a la declaración final el alcance que respecto de estas situaciones haya de darse, me parece loable. Debiera, en algún caso, recurrirse a los Tribunales, al menos en aquellos que la disposición anulada hubiese servido de fundamento para una sentencia, en cuya hipótesis sería muy acertado considerarla revisable tal como para este caso propugnaba el artículo 103 del proyecto de Constitución de la Dictadura.

\* \* \*

Difícil resulta pronosticar el futuro de una ordenación profundamente política, máxime si todavía no se halla totalmente reglamentada. La prueba del

fuego de su aplicación es la única que puede alentar un juicio sobre cualquier instituto político, y más si es de índole constitucional, y se intenta por vez primera después de un largo período de paz y orden. Indudablemente el calor de los españoles —el popular y el erudito— ha de servir de mucho, para bien o para mal, en este Instituto de nombre añejo, pero de ordenación realmente moderna, que se enlaza en cuanto de participación predominantemente política, supone, con los tres intentos de examen de inconstitucionalidad: el de Cádiz, el de 1873, y el de la República del 31.

Que sea un buen deseo no significa haya conseguido la perfecta estructuración, y que hayamos prescindido de elogios y críticas no supone más que, habiendo lugar para las unas y los otros, hemos preferido la exposición un tanto atrevida de lo que la simple lectura de la Ley nos sugiere. Pero sería injusto no destacar que pese a la carga de judicialidad existente en la ponencia, confiar a un Tribunal predominantemente político el juicio de una ley siempre ha de parecer loable y progresivo. No voy a andar exponiendo argumentos o ejemplificaciones, sino a recordar simplemente la distinta naturaleza del acto judicial y del político, y la necesidad de un enjuiciamiento diferente. Tras un examen dilatado de lo que llama judicialización de la política, concluye Loewenstein negativamente. «Si se otorga el derecho a los Tribunales de frustrar una decisión política del Gobierno y del Parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del Tribunal no sea respetada —con perjuicio para el Estado de derecho—, o bien que la decisión política del Gobierno sea sustituida por un acto judicial que aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es en el fondo sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función» (48).

DIEGO SEVILLA ANDRÉS

## R É S U M É

*L'auteur se réclame de l'idée que la défense constitutionnelle peut se rapporter à une attitude politique ou à une autre attitude ayant un certain air judiciaire en raison de son rattachement à des cas concrets. A l'égard de l'Espagne, l'auteur examine en tant que précédents de la systématisation actuelle, la défense antérieure exercée par l'armée, les milices ou le roi et celle à caractère judiciaire attribuée aux Députations permanentes des Cortes ou au Tribunal de Garanties de la République de 1931.*

*L'étude de la situation contemporaine ferait apparaître le rôle de défenseur*

(48) K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, pág. 325.

*de la Constitution conféré au chef de l'Etat en sa qualité de chef du "Mouvement" et les pouvoirs reconnus par l'article 6 de la Loi Organique qui se rattacherait à la tradition hispanique. Quant au recours de "Contrafuero" il en délimite la portée eu égard aux organes visés, pour se montrer partisan d'une extension du droit à l'exercer, tant par rapport aux dispositions attaquées que par rapport aux organes qui les auraient prises.*

#### S U M M A R Y

The author starts off from the consideration that the Constitutional defense can refer to a political attitude or to another which on account on its relation with the particular cases, has a certain judicial air. With reference to Spain, he examines, as precedents of the actual systematization, the former defense centered in the arm, the militias, or the king; and that of the judicial character corresponding to the Permanent Deputations in Parliament of the Guarantees Tribunal of the 1931 Republic.

In the study of the contemporary situation, he reflects the character of defender of the Constitution, which the Head of State has, on account of his position as Head of the Movement and the powers of art. 6 of the Organic Law which are derived from Hispanic Traditions. In the counter privilege appeal, he delimits the field of the dispositions which can be the object of such an appeal and its relation with the organs from which it proceeds, showing himself in pro of an extension to the possibility of appealing, both with regard to the nature of the disposition, as well as the organ from which it emanates.

