

# DE NUEVO SOBRE LOS REGLAMENTOS AUTONOMOS EN DERECHO ESPAÑOL \*

POR

JAVIER SALAS HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: *Breves reflexiones de carácter metodológico.*—II. *Reserva reglamentaria y Reglamentos autónomos en el Estado franquista: una cuestión sin sentido.*—III. *El tema en el proyecto de Constitución: otro «trasplante incongruente».*

I. Por una serie de razones sobre las que aquí no puedo extenderme, la ciencia jurídico-administrativa española contemporánea —es decir, y a los efectos que aquí interesan, la que se elabora desde el final de la guerra civil hasta la actualidad (1)— ha solido construir los principios básicos del ordenamiento administrativo desde una perspectiva constitucional normalmente ajena al entramado político-jurídico de lo que oficialmente se dio en llamar «Nuevo Estado Español».

Sin negar, evidentemente, la perfección técnica y la altura científica de la disciplina en cuestión —en especial, desde la renovación metodológica que supuso la generación creadora de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2)— cabe achacar a nuestra doctrina, en términos generales —y sin olvidar las necesarias excepciones, más bien recientes y escasas— una cierta marginación de las verdaderas raíces constitucionales del Derecho administrativo durante el régimen fran-

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado a partir de uno de los temas incluidos en el libro en curso de redacción definitiva titulado *Mitología y realidad del Derecho administrativo español (1939-1975)*. Agradezco al Centro de Estudios Constitucionales (sucesor del extinto Instituto de Estudios Administrativos) la autorización para su publicación, ya que el segundo apartado del artículo que ahora ve la luz —en homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, a cuyo magisterio tanto debo— forma parte de una obra para cuya realización recibí el año 1976 una «Ayuda de investigación» del mencionado Instituto.

(1) Para ser más precisos habría que decir hasta el mes de noviembre de 1975 o, mejor aún, hasta la aprobación de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977.

(2) Sobre este punto me remitió al Prólogo de A. NIETO a los *Índices de los años 1950-1973 de la REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA*, Madrid, 1974, VII y ss.

quista (3). Especialmente, en las construcciones globales, de síntesis o sobre aspectos básicos del ordenamiento administrativo español vigente en el período citado, daba la impresión de que nuestros autores no habían reparado debidamente en la radical diferencia que nos separaba de otros sistemas positivos cuyos modelos, tantas veces, consciente o inconscientemente, se tomaban como base de partida para deducir consecuencias jurídicas en mayor o menor medida extrañas a nuestro Derecho.

Tal enfoque, por muy brillantes resultados que en ocasiones haya dado, ha conducido a una deformación de la verdadera realidad de nuestras instituciones administrativas (y constitucionales, por supuesto). Y es que una cosa es elaborar *desiderata* más o menos fundadas, incluso razonables por su contenido o finalidad progresivos o de mejora de la realidad jurídica analizada, y otra muy distinta—pero, a mi modo de ver, genuinamente científica—, representar cabalmente esa realidad, sea o no del agrado del que la estudia, lo que no tiene por qué impedir que, en una fase ulterior de la investigación, venga a ser criticada, ofreciéndose, incluso, en su caso, la alternativa correspondiente sobre la base de los respectivos presupuestos jurídico-constitucionales.

Lo que no parece, en cambio, correcto es mezclar de tal modo el enfoque que el resultado no sea otro que la mixtificación de la realidad estudiada, cuando no una auténtica manipulación de la misma, por muy atendibles que sean los objetivos—de carácter ético o político, en general; o, más en concreto, conseguir que la Administración actúe o los Tribunales, en particular, los contenciosos, se pronuncien de modo más ajustado a los ideales de «justicia material» propugnados por el autor de que se trate—que intenten alcanzarse con ello (4). La tarea del jurista, en nuestro caso, del estudioso del Dere-

---

(3) Este término será empleado reiteradamente en las páginas que siguen para calificar al sistema o régimen político vigente en España desde 1938-39 a 1975. A pesar de lo novedoso de su utilización (por razones en cierto modo obvias) en trabajo de corte exclusivamente jurídico, me parece ineludible utilizarlo, tanto por su expresividad como por su capacidad de síntesis frente a circunloquios más o menos precisos «técnicamente», pero en todo caso incómodos de emplear por su extensión. No debe, pues, verse en ello el más mínimo matiz peyorativo y, menos aún, demagógico. Se trata, simplemente, de recoger en una fórmula sintética con validez jurídico-política lo que se acepta ya plenamente con normalidad desde una perspectiva sociológica o política, cualquiera que sea la posición ideológica que se adopte.

(4) Buena parte de la doctrina jurídico-administrativa española, bien por censura, autocensura o propio convencimiento, no ha podido, querido o sabido realizar el debido contraste entre los principios genuinos del Estado de Derecho y los efectivamente vigentes en España a partir de las bases suministradas por las Leyes

cho administrativo consiste en analizar la verdadera realidad del Derecho administrativo *español en la etapa histórica concreta* a que se haga referencia. Todo lo contrario, pues, de una consideración abstracta, atemporal y aespacial—como tantas veces parece haberse realizado—sobre un ordenamiento que no podía, sin más, identificarse, en sus líneas básicas, con otros contemporáneos que respondían—y responden—a principios muy distintos, a veces, incluso, radicalmente diferentes.

Este planteamiento supone, como es obvio, una clara toma de conciencia de que es preciso dar un giro radical a los tratamientos habituales que de determinadas cuestiones básicas han venido haciéndose entre nosotros. Sin negar—insisto en ello una vez más para que no se me tache de simplista ni de iconoclasta sin fundamento—los méritos de buen número de estudios *específicos* publicados en estos últimos años, cuando la reflexión se ha realizado en términos más amplios y generales—léase construcciones globales sobre lo que es el Derecho administrativo—o sobre los principios o las cuestiones básicas de tal ordenamiento—ligados, obviamente, a la peculiar conformación política y jurídica del Estado franquista—, no siempre se ha tenido presente que de lo que se trataba primariamente era de analizar, no una institución jurídico-administrativa, sin más adjetivos, espacial o temporalmente indeterminada (en el supuesto de que ello fuera científicamente posible...), sino una institución *española* (5).

Tras esta breve exposición, creo que han quedado claros los motivos que me han inducido a replantear, desde una nueva óptica, una serie de temas que considero básicos para la comprensión más real y acabada del ordenamiento administrativo durante el régimen franquista, uno sólo de los cuales, sin embargo, va a ser abordado aquí.

---

Fundamentales, el ordenamiento jurídico ordinario y la aplicación práctica de éste por la Administración. Es más, la mayoría de la doctrina ha dado por supuesto que en España durante el franquismo existía un Estado de Derecho. Por otro lado, toda una corriente «progresista», a fuerza de «voluntarismo», ha tratado de demostrar que, sin modificar necesariamente los presupuestos políticos y constitucionales, nuestro ordenamiento administrativo podía responder a los postulados del Estado de Derecho, con tal de hacer una *aplicación distinta del Derecho positivo* de como lo hacían normalmente la Administración y los Tribunales contenciosos o, en su caso, de *modificar determinados preceptos legales sin alterar las bases políticas fundamentales*.

(5) Desde una perspectiva paralela a la que se apunta en el texto, pero sin poner énfasis en el ligamen ordenamiento constitucional-ordenamiento administrativo, han insistido sobre la necesidad de «españolizar» el estudio del Derecho administrativo distintos autores, especialmente VILLAR PALASÍ, MEILÁN, T. R. FERNÁNDEZ, SANTAMARÍA PASTOR, GALLEGO ANABITARTE y ARIÑO. El no haber tenido en cuenta el dato apuntado ha llevado a alguno de ellos, como luego veremos, a notables equívocos, en relación precisamente con el tema central del presente trabajo.

La oportunidad de un estudio como el presente—en parte, «histórico»; en parte, «de lege ferenda», cuando estas líneas se escriben, me parece, no obstante, evidente, en la medida en que puede contribuir a enfocar más correctamente un sistema—básicamente coherente con los principios ideológico-políticos que lo han inspirado—que no va a desaparecer de un «plumazo» y en bloque por el hecho de que, como consecuencia de la aprobación de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 (6), y, especialmente, de la Constitución actualmente en trámite de discusión parlamentaria, se impongan unos nuevos principios jurídico-políticos. Ello será así en relación con determinadas instituciones, pero no lo será a propósito de otras, que irán desapareciendo o transformándose más lentamente. En cualquier caso, frente al nominalismo de la pura supervivencia en unos términos estrictamente formales, conviene no olvidar nunca el muy distinto sentido que una institución puede tener en sistemas político-constitucionales diversos (7), e, incluso, la posibilidad de cuestionar la propia existencia de aquélla en uno de esos sistemas. No vaya a ser que—como podría ocurrir con el tema de que vamos a ocuparnos, los reglamentos autónomos—pretendan verse unos «antecedentes» (en el Estado franquista) donde realmente no los hay en absoluto por las razones que habremos de ver.

II. Como es sabido, al poco tiempo de publicarse la Ley Orgánica del Estado aparecieron una serie de estudios en los que se sostenía, en términos más o menos amplios y matizados, que en Derecho español las materias reservadas a la Ley comprendían un campo estrictamente limitado y que, en consecuencia, cabía afirmar la existencia de un principio correlativo, el de *materias reservadas al reglamento*, que vendría determinado, expansivamente, por el ámbito residual no atribuido expresamente a la Ley. De donde se deducía la posibilidad de existencia de reglamentos *autónomos* (8).

---

(6) Sobre la misma, me remito a las obras de LUCAS VERDÚ: *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suárez*, Madrid, 1976, y GONZÁLEZ NAVARRO: *La nueva Ley Fundamental para la Reforma política*, Madrid, 1977.

(7) Sobre este punto, *vid.*, por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Administración y Constitución*, publicado en el núm. 53 de esta REVISTA, 1967, 9 y ss.

(8) *Vid.*, en tal sentido, los conocidos trabajos de GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento en España*, publicado en el núm. 57 de esta REVISTA, 1968, 82 y ss., 110 y ss., y 118 y ss.; FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España*, publicado en el núm. 69 de esta REVISTA, 1970, 169-170, y CLAVERO ARÉVALO: *¿Existen Reglamentos autónomos en el Derecho español?*, publicado en el núm. 62 de esta REVISTA, 1970, 9 y ss. En términos similares se refieren,

Del concepto *material* de Ley, que, según tales autores, existía en las Leyes Fundamentales —que venían a continuar, en este punto, la línea consagrada por las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939—, se dedujo el carácter *estricto y limitado* de la *reserva de Ley* y la correlativa consagración de una *reserva reglamentaria* a favor del Gobierno.

Ahora bien, eso sería correcto, aun sin formulación expresa en tales textos fundamentales de la citada reserva reglamentaria, si el concepto *material* de Ley en el Derecho español (durante el período franquista) hubiese sido *absoluto*. Pero el caso es que no lo fue por la siguiente razón. El concepto material de Ley, que era, desde luego —y muy explicablemente—, el único existente inicialmente —en la Ley de 30 de enero de 1938 (9)—, fue modificado *en parte* con la Ley de Cortes de 1942, que lo hizo *relativo*, en la medida en que, junto al criterio inicial (10), introdujo otro, de carácter *flexible*, al permitir ampliar el ámbito de la Ley a voluntad tanto del Gobierno y, en definitiva, del jefe del Estado, como de las propias Cortes, previo dicta-

---

de pasada, al tema, ARIÑO: *Principio de legalidad y función de Gobiernos (El tema de los créditos extraordinarios)*, «Hac. Públ. Esp.», 1970, 3, 124, y GARRIDO FALLA: *La fiscalización de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, publicado en el núm. 60 de esta REVISTA, 1969, 120 y ss., y *Los funcionarios públicos y el derecho de libre expresión*, publicado en el núm. 63 de esta REVISTA, 1970, 175, en nota. Por lo que se refiere a los Tratados y Manuales de Derecho administrativo más recientes, hay que señalar que, salvo el de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ —que se refieren al tema con una cierta extensión, pronunciándose en sentido abiertamente negativo en cuanto a la existencia de materias reservadas al Reglamento y crítica en cuanto al significado de su simple posibilidad: *vid.* las pp. 154 y ss. del I vol., 2.ª edic.—, apenas le dedican su atención GARCÍA-TREVIJANO (*Tratado*, I, 3.ª edic., Madrid, 1974, 287 y ss.) —que no se muestra decidido al respecto— y VILLAR PALASÍ (*Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, 295, y *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, 1977, I, 424 ss.), en un tono un tanto ambiguo. Ni GARRIDO FALLA, en su *Tratado*, I, 6.ª edic., Madrid, 1973, ni BOQUERA OLIVER, en su *Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1972, se refieren en absoluto al tema en cuestión, mientras que ENTRENA CUESTA, en su *Curso*, 5.ª edición, Madrid, 1976, 94 y nota, parece equiparar, de pasada, Reglamentos autónomos y Reglamentos independientes. Para una clara distinción entre unos y otros, me remito al *Curso*, I, citado, de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 127 y ss. y 154 y ss., de la 2.ª edic.

(9) Así, el artículo 17.2 de esta Ley establecía con toda claridad que: «Las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno y a propuesta del Ministro del ramo, adoptarán la forma de *Leyes*, cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país, y *Decretos*, en los demás casos...». Tanto las Leyes como los Decretos podían ser dictados por el Jefe del Estado. Su diferenciación se establecía, pues, únicamente, en base a un criterio *material*, por el contenido de tales manifestaciones de voluntad: organización estatal y normas principales del ordenamiento, por un lado; todas las demás materias, por otro.

(10) Al que responden también toda una serie de preceptos del Fuero de los Españoles: artículos 7.º a 9.º, 15, 16, 18 a 20 y 32.

men, en tal sentido, de la Comisión de competencia legislativa. Este es, sin duda, el significado que tienen tanto la letra *m*) del artículo 10 (11) como el primer párrafo del artículo 12 (12) de la Ley de Cortes. De ahí que, tras la aprobación de ésta no me parece fundado sostener—como se hizo, en cambio por algunos de los autores citados—que el *único* criterio para establecer el concepto de Ley en el periodo histórico en cuestión fuese el *material* (por el objeto), sino que, junto a éste, que seguía siendo el principal, existía otro, determinado por la *voluntad* expresada por el Gobierno o la Comisión de competencia legislativa de las Cortes (13).

Si esto ha sido así, como creo, el campo de la Ley en el sistema franquista no quedaba reducido exclusivamente a las *materias* señaladas *explícitamente* en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes y en otra serie de preceptos del Fuero de los Españoles (14), dado que siempre le era posible al Gobierno o a las Cortes elaborar un proyecto o una proposición de Ley (15) sobre una materia *distinta* de las recogidas explícitamente en los preceptos señalados. No es otro, en efec-

---

(11) «Las demás Leyes que el Gobierno, por sí o a propuesta de la Comisión correspondiente, decida someter al pleno de las Cortes.»

(12) «Son de la competencia de las Comisiones de las Cortes todas las disposiciones que no estén comprendidas en el artículo 10 y que deban revestir forma de Ley, bien porque así se establezca en alguna posterior a la presente o bien porque se dictamine en dicho sentido por una Comisión compuesta por (...). Esta Comisión emitirá dictamen a requerimiento del Gobierno o de la Comisión permanente de las Cortes.»

(13) Lo que, en definitiva, fuerza a sostener como más fundado que el verdadero concepto de Ley en el sistema franquista era de carácter *orgánico* y *formal*.

(14) Y aun en otras Leyes Fundamentales, si se comparte la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, I, 157 y ss., que catalogan un extenso número de supuestos. En cualquier caso, no debe olvidarse que las materias reservadas a la Ley en el sistema franquista no tenían el mismo significado y alcance que en los Regímenes constitucionales. Tales materias, en efecto, no equivalían a materias reservadas a las Cortes, en la medida en que, por un lado, el Jefe del Estado podía dictar por sí mismo Leyes (las llamadas de prerrogativa) sin contar con aquéllas y, por otro, la defensa que de su competencia en tales materias podían hacer las Cortes frente al Gobierno—a través del mecanismo del artículo 100 del Reglamento de las Cortes de 1971 y del recurso de contrafuero—era más que relativa. Recuérdese que, entre otros trámites, la inserción del tema en el orden del día de la Comisión de Competencia Legislativa requería la *conformidad del Gobierno* (art. 15.1 de la Ley de Cortes y 18.5 del Reglamento) y que el órgano que decidía el recurso de contrafuero era el propio *Jefe del Estado*, y si éste no modificaba su actitud, la materia sería, en último término, regulada por Decreto y no por Ley votada en Cortes.

(15) No se olvide, sin embargo, la limitación de la iniciativa de los Procuradores en Cortes, tanto por el número de firmas exigido para presentar la correspondiente Proposición de Ley como por la necesidad de obtener el acuerdo del Gobierno para incluirla en el orden del día de la Comisión respectiva. Vid. los artículos 15 de la Ley de Cortes y 64 y 65 del Reglamento de las mismas de 1971.

tó, a mi modo de ver, el sentido que tienen los artículos 10, *m*), y 12, *l*, de la Ley de Cortes (16).

Las materias reservadas a la Ley en el sistema franquista no podían ser objeto de regulación por Decreto en vía primaria o principal, pero ello no implicaba, en modo alguno, que sólo esas materias podían ser objeto de regulación por Ley y que todas las demás habían de serlo mediante Reglamento. No había lugar, pues, a mi modo de ver, en el ordenamiento en cuestión a una pretendida reserva reglamentaria de la que derivara la posibilidad de existencia de reglamentos autónomos.

En este orden de consideraciones conviene destacar, en primer lugar, la dificultad —prácticamente insalvable (17)— que para reconocer la existencia de Reglamentos autónomos supone la ausencia de *deslegalización* a nivel constitucional (18). Deslegalización que es el complemento obvio y el requisito indispensable para que la reserva reglamentaria pueda efectivamente funcionar en la práctica. Algo que se ha hecho en la Constitución francesa de 1958 y no, en cambio, en nuestras Leyes Fundamentales. No deja de ser sorprendente, por lo demás, la afirmación, hecha por algún autor (19), de que tal reserva reglamentaria aproximaría el Derecho español (léase, del Régimen franquista) al modelo institucional francés, establecido por la Constitución gaullista de 1958 (20). Parece, en efecto, que se ha olvidado tener en cuenta la muy diferente configuración político-constitucional de uno y otro sistema. En Francia, a pesar de la indudable enemiga antiparlamentaria que subyace a la Constitución vigente, existía y existe un Parlamento, titular de la soberanía nacional (artículos 3 y 24 ss), perfectamente diferenciado jurídico-constitucionalmente de la Administración y de la Presidencia de la República. Un dato éste que debió ser tenido en cuenta antes de intentar cualquier

---

(16) De ahí que la conclusión sea la de que no existía limitación de lo que podía ser objeto de Ley. En este sentido, *vid.*, explícitamente HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico*, Madrid, 1972, 42 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, I, 154 y ss.

(17) Como nota, incluso, el propio CLAVERO ARÉVALO, *op. cit.*, 19.

(18) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, I, 156.

(19) Concretamente, GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1971, 103.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, 156, manifiestan igualmente su sorpresa por la pretendida «relectura gaullista» de nuestras Leyes Fundamentales.

precipitada analogía con el sistema franquista, donde la soberanía no residía en las Cortes, sino en el Jefe del Estado (21). De ahí que lo que podía tener un sentido, tanto jurídico como político, en Francia (22), no lo tuviera en absoluto entre nosotros. Porque, en definitiva, ¿qué sentido podía tener una reserva reglamentaria, si resultaba que el titular supremo de ésta era el mismo que el de la potestad legislativa, es decir, el Jefe del Estado? (23).

Por otro lado, no existía —por innecesario— en nuestro Derecho un mecanismo semejante al que la Constitución francesa (art. 41) pone a disposición del Gobierno para defender su competencia en las materias reservadas al Reglamento: un verdadero recurso (24) ante un Consejo Constitucional, independiente tanto del Parlamento como de la Administración y de la Presidencia de la República (25).

---

(21) Dado que éste, incluso tras la aprobación de la Ley Orgánica del Estado, conservaba la «suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general», de acuerdo con lo establecido en las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 (mantenidas en vigor por la disposición transitoria primera, II, de aquélla).

(22) Sobre el significado de la reserva reglamentaria en la Constitución francesa de 1958 y las consiguientes relaciones entre Ley y Reglamento, en base a los artículos 34 y 37 de la misma, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, 68 y ss., y bibliografía francesa allí citada, así como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, I, 155 y ss.

(23) Lo que se dice en el texto es válido, incluso, para el período que media entre el cumplimiento de las llamadas «previsiones sucesorias» y la aprobación de la Ley para la Reforma política. Aunque el Rey no puede dictar ya «Leyes de prerrogativa», la Jefatura del Estado sigue configurada como centro del «poder político» y sede de la «soberanía», que en el período indicado no ha sido transferida todavía, en modo alguno, al «pueblo». No recae, pues, en éste la soberanía, ni ésta se ejerce a través de sus presuntos representantes en las Cortes. Estas siguen sin ejercer la soberanía. Simplemente «comparten» con el Rey determinados poderes —concretamente, el legislativo—, pero la preeminencia corresponde al Jefe del Estado, es decir, al Rey. Y ello por varias razones: continúa vigente la limitación de la iniciativa legislativa de los Procuradores en Cortes; el Jefe del Estado puede «reenviar» una Ley a las Cortes para nuevo estudio indefinidamente, sin que la ratificación por parte de aquéllas le obligue jurídicamente; la potestad de dictar Decretos-leyes sigue sin estar sometida al control de las Cortes; éstas no controlan políticamente al Gobierno, ni éste responde políticamente ante aquéllas, sino sólo ante el Jefe del Estado, etc.

(24) Bien que de naturaleza especial, ya que no se trata, propiamente, de un recurso de inconstitucionalidad.

(25) En general, sobre el citado Consejo, *vid.*, últimamente, DUPUIS, GEORGE y MOREAU: *Le Conseil constitutionnel*, París, 1970. Una recopilación de sus resoluciones más importantes puede verse en FAVOREU y PHILIP: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1975. *Vid.*, igualmente, el interesantísimo balance —que su autor modestamente define como provisional— de los dieciséis años de funcionamiento del procedimiento de deslegalización ante el Consejo constitucional (en total, han sido 86 las decisiones adoptadas por éste en aplicación del artículo 37,2 de la Constitución, desde el 27 de noviembre de 1959 al 19 de noviembre de 1975), publicado por L. FAVOREU en la «RDSP», 1976, 240 y ss.



Pues bien, no puede en absoluto equipararse a tal recurso el instrumento previsto en el párrafo II del artículo 12 de la Ley de Cortes (añadido por la Ley Orgánica del Estado y recogido literalmente en el artículo 101 del Reglamento de las Cortes de 1971). Según tal precepto:

«Si alguna Comisión de las Cortes plantease, con ocasión del estudio de un proyecto, proposición de Ley o moción independiente alguna cuestión que no fuese de la competencia de las Cortes, el Presidente de éstas, por propia iniciativa o a petición del Gobierno, podrá requerir el dictamen de la Comisión a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el dictamen estimara no ser la cuestión de la competencia de las Cortes, el asunto será retirado del orden del día de la Comisión.»

Parece claro que sólo a base de forzar la interpretación del artículo transcrito, para acomodarlo al mecanismo de la Constitución francesa de 1958, puede verse en él una técnica de defensa de la pretendida reserva reglamentaria (26). Si se lee con atención tal precepto, se verá que no se trata, en absoluto, de impugnar la materia objeto del proyecto (27) o de la proposición de Ley que se está debatiendo o de la moción que se hubiera presentado por un procurador con independencia de aquéllos, lo que no se discute (28), sino la cuestión que con ocasión de ello se hubiera podido plantear. Algo, pues, *marginal* al objeto del proyecto, proposición o moción independiente. De ahí que, consiguientemente con la finalidad que persigue, el artículo 12, II, de la Ley de Cortes termine diciendo que «en caso

(26) Como hace GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento en España*, 117 y ss., que considera tal precepto como un *control* para que las Cortes (o sus Comisiones) respeten su propia competencia, así como un *arma* de que las Cortes disponen con el recurso de contrafuero. En sentido análogo, *vid.*, también, CLAVERO ARÉVALO: *¿Existen Reglamentos autónomos...?*, 17. GARRIDO FALLA: *La fiscalización*, 120, parece inclinarse por la misma tesis, aunque un tanto ambiguamente. Más explícitamente, se pronuncia este autor en *Los funcionarios públicos*, 175, en nota, cuando dice, refiriéndose a la modificación del artículo 50 del Reglamento de las Cortes de 1967, que, a su juicio, «este precepto da por supuesta la reserva reglamentaria, es decir, el reglamento autónomo, según la terminología empleada por CLAVERO». Por último, GARCÍA-TREVIJANO: *Tratado*, I, 290, entiende, más tímidamente, que del artículo 12,2 de la Ley de Cortes cabe deducir «un atisbo de dominio reservado al reglamento» (la cursiva es mía).

(27) Lo que resultaría realmente absurdo, ya que es el Gobierno el autor de éste.

(28) No deja de ser sintomático que el precepto en cuestión no se limitara —como parece que debería haber hecho, de tener el sentido que ha querido dársele— a las proposiciones de Ley.

de que el dictamen estimara no ser la *cuestión* de la competencia de las Cortes, el *asunto* será retirado del orden del día de la Comisión». Lo que se retira no es, por tanto, el proyecto o la proposición de Ley, sino el *asunto* que *marginalmente* a la discusión de aquéllos en la correspondiente Comisión se ha planteado.

Imagínese una *moción de censura* al Gobierno o a un ministro determinado o una iniciativa que se saliese de las atribuciones conferidas a las Cortes por su Ley reguladora y Reglamento interno en orden a un posible *control político* sobre la actividad gubernamental (por ejemplo, la tentativa de creación de una *Comisión de investigación o de encuesta*, etc.), atribuciones todas ellas normales en los Regímenes parlamentarios y cuyo ejercicio, además, en éstos es perfectamente habitual, pero que estaban absolutamente excluidos en el sistema franquista, en el que las Cortes tenían unas facultades tasadas y muy concretas: limitadas, prácticamente—aparte de algunas técnicas de pura «solicitud de información» al Gobierno (29)—, a la labor estrictamente legislativa y a la autorización o aprobación de actos, que, sin tal carácter, les venían específicamente encomendados (30).

No aparece, pues, por ningún lado, un mecanismo semejante al existente en el sistema francés. Ni tendría, insisto, ninguna razón de ser en el ordenamiento franquista, donde, aparte de que la iniciativa legislativa, estaba de hecho monopolizada por el Gobierno, que no iba a acudir a las Cortes si sabía que podía regular por Decreto una materia, de tan limitado alcance—por los requisitos necesarios para su ejercicio—, era la facultad de formular proposiciones de Ley por parte de los procuradores.

Debe señalarse también que, coherentemente con la configuración que la potestad legislativa y reglamentaria asumen en el sistema franquista, no le era posible tampoco al Gobierno utilizar el recurso de contrafuero para defender la pretendida reserva reglamentaria (31), sencillamente porque aquél no estaba legitimado para interponerlo

---

(29) Cfr. los artículos 108 a 124 del Reglamento de las Cortes de 1971 sobre el régimen de mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas.

(30) Vid. los artículos 9 y 50 de la Ley Orgánica del Estado; 10 de la Ley de Cortes; 6, 13 y 14 de la Ley de Sucesión, así como el trabajo de GALLEGO ANABITARTE, *Clases de Leyes y actos del Estado*, en «Actas del I Symposium de Historia de la Administración», Madrid, 1970, 541 y ss.

(31) A diferencia de las Cortes, que, para defender su competencia en materia legislativa, sí podían promover recurso de contrafuero (independientemente del posible éxito o no del mismo).

según la Ley Orgánica del Estado (32). Una diferencia bien notoria con respecto al sistema francés, en el que es precisamente el Gobierno el que puede interponer recurso ante el Consejo Constitucional cuando sobre una materia que aquél considera como de reserva reglamentaria pretende conocer el Parlamento, y éste no se atiene al previo requerimiento de inhibición.

De cuanto se ha expuesto, creo que puede fácilmente concluirse que ni la reserva reglamentaria ni los reglamentos autónomos han tenido lugar en el sistema institucional franquista. Y no han existido porque realmente no tenían razón de ser—hubieran sido, en otro caso, dos instituciones completamente superfluas—, habida cuenta de los presupuestos mismos de tal tipo de Régimen, en el que el poder político estaba asentado primordialmente en un jefe del Estado que no sólo ostentaba la potestad legislativa, sino también la suprema potestad reglamentaria. ¿Qué utilidad tenía, entonces, acotar campos reservados exclusivamente a la Ley y al Reglamento, si resultaba que el órgano supremo titular de las funciones legislativas y reglamentarias era *el mismo*?

III. El «fantasma» de la reserva reglamentaria planea de nuevo sobre el Derecho español. Esta vez, nótese bien, al filo de la transformación radical que de sus bases jurídico-políticas supone la elaboración de una Constitución propiamente tal.

En efecto, tal como se desprende del proyecto constitucional (artículo 79.1), «corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno la regulación de las materias no reservadas a la Ley, sin perjuicio de lo previsto en el título VIII» (33). Si se tiene en cuenta que las «materias propias de la Ley» vienen delimitadas en el artículo 72, puede llegarse a la conclusión de que en tal proyecto se ha tratado de establecer una reserva reglamentaria a favor de la Administración.

Que tal reserva no puede considerarse como la sucesora de la existente en el sistema franquista me parece obvio, una vez demostrado que en ésta semejante institución no ha existido, lisa y llanamente. ¿Podrá, al fin, conectarse con la propia de la Constitución de

---

(32) Cfr. el artículo 60 de la Ley Orgánica del Estado, que sólo legitimaba a la Comisión permanente de las Cortes y al Consejo Nacional del Movimiento, lo que CLAVERO, *op. cit.*, 30, califica de «curioso».

(33) Relativo a los denominados «territorios autónomos». *Vid.*, especialmente, los artículos 137 a 139, sobre reparto de competencias entre el Estado y tales entes.

la V República francesa? La respuesta parece que, en principio, podría ser positiva. Así se desprende, en líneas generales, de un rápido co-tejo de los artículos 34, 37 y 41 de la Constitución gaullista con los artículos 72, 79, 152.1, *d*), y disposición transitoria primera del proyecto constitucional español.

Dos observaciones deben ser tenidas en cuenta, sin embargo. En primer lugar, que, quizá como consecuencia de las críticas que buena parte de la doctrina ha formulado a la reserva reglamentaria y a su funcionamiento en la práctica constitucional francesa (34), la ponencia que ha elaborado el proyecto ha configurado una reserva reglamentaria *relativa* y a *precario*, en la medida en que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado o) del artículo 72 de aquél, el Congreso, por *mayoría absoluta*, puede acordar regular por Ley una materia excluida del ámbito específico de ésta, y comprendida, por tanto, residualmente, en el ámbito reglamentario (35). Lo que ocurre es que no por ello el Congreso decide soberanamente, a la vista de lo que establece, tanto el artículo 79.2 (36) como la disposición transitoria primera (37). A pesar de la ambigüedad con que están redactados

(34) *Vid.*, por todos, el reciente y esclarecedor estudio de L. FAVOREU: «Les règlements autonomes existent-ils?», en *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. «Le Pouvoir», París, 1977, 405 y ss., donde se llega a cuestionar, incluso, la existencia misma en el *Derecho Francés* de tales Reglamentos. Nótese que el título del trabajo citado es prácticamente idéntico al de CLAVERO ARÉVALO, dándose la paradoja de que mientras el primero niega la existencia real de una institución expresamente prevista en la Constitución, el segundo afirma la posibilidad de la misma en un sistema donde no se da tal circunstancia. FAVOREU, en efecto, llega a las siguientes conclusiones: a) de la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como del Consejo constitucional puede deducirse que no existen ámbitos claramente separados y distintos de la Ley y del Reglamento, siendo sus fronteras permeables; b) que la distinción de tales ámbitos es prácticamente imposible de hacer, no llegándose a identificar realmente los Reglamentos autónomos sino a través de elementos formales no siempre determinantes, y c) que no sirve para nada reconocer a un Reglamento el carácter de «autónomo», ya que su régimen jurídico no difiere fundamentalmente del de los demás Reglamentos.

(35) El párrafo citado del artículo 72 del proyecto establece que: «Son materias propias de la Ley: ... o) cualquier otra materia cuya regulación legal sea acordada por la mayoría absoluta del Congreso. Dicho acuerdo podrá comprender la suspensión de disposiciones reglamentarias sin perjuicio de tercero, en los términos que una Ley establezca.»

(36) «En caso de duda sobre el carácter legislativo o reglamentario de una norma, y previo dictamen de la Comisión de Competencia Legislativa del Congreso y del Consejo de Estado, resolverá el Tribunal Constitucional.»

(37) «1. La legislación vigente, que con arreglo al artículo 72 de la presente Constitución regule materias de carácter reglamentario, será objeto de catalogación por el Gobierno, previo informe del Consejo de Estado.

2. El Gobierno podrá modificar o derogar cada una de estas Leyes por Decreto, previa consulta al Congreso durante el plazo de dos meses, en el cual éste podrá ejercer la facultad prevista en el apartado o) del artículo 72, salvo siempre la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional.»

tales preceptos, parece que el árbitro de la cuestión es el Tribunal Constitucional. En otras palabras, no basta con que el Congreso decida por mayoría absoluta regular por Ley una materia determinada, en principio perteneciente al ámbito reglamentario; si a ello se opone el Gobierno, el conflicto habrá de resolverse por el Tribunal Constitucional (38). Con lo cual la relativización y precariedad de la reserva parlamentaria no contribuye en absoluto a resolver los graves problemas que se han planteado en Francia a propósito de la institución a la que nos estamos refiriendo. Con la agravante, además, que distraerá previsiblemente la atención del Tribunal Constitucional de otras cuestiones más relevantes que en el proyecto tiene encomendadas (39), haciéndole gastar unas energías y un tiempo que bien podría dedicar a ellas.

La segunda observación que quería hacer es la siguiente. Que si bien es cierto que el sistema institucional previsto en el proyecto de Constitución presenta cierta analogía con el ordenamiento francés y, en general, con todos aquellos que se reclaman del principio democrático, parlamentario o de soberanía nacional, ello no comporta, evidentemente, que un trasplante indiscriminado de instituciones de una de tales Constituciones—en el caso, la francesa de la V República— a otra—la española, concretamente— pueda considerarse siempre ortodoxo y coherente con los *específicos presupuestos básicos de uno y otro texto*.

Porque lo que no debe, en absoluto, olvidarse—aparte de las específicas circunstancias en que durante la III y IV República francesas se plantearon las relaciones Ley-Reglamento, o, lo que es lo mismo, Parlamento-Gobierno, a propósito de las delegaciones legislativas y el abuso de la atribución de plenos poderes, situación frente a la que tratará de reaccionarse con la técnica de la reserva reglamentaria (40)— es que en Francia existe un Régimen político mixto, parlamentario y presidencialista (41), mientras que en España, según decla-

---

(38) Este es, en mi opinión, el sentido que tiene el último inciso de la disposición transitoria primera, 2: *salvo siempre la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional*. Si, a pesar de que el Congreso decida por *mayoría absoluta* «ejercer la facultad prevista en el apartado o) del artículo 72», el Gobierno puede recurrir ante el citado Tribunal, parece que está claro que, en último término, no es el Congreso sino el Tribunal en cuestión el que resuelve si una materia sobre la que existe polémica entre la Cámara y el Gobierno ha de ser regulada por Ley o por Decreto.

(39) Vid. el artículo 152 del proyecto.

(40) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, I, 155.

(41) O—si se prefiere—parlamentario con tendencia presidencialista.

ra el propio proyecto de Constitución, en su artículo 1.3, trata de establecerse una «Monarquía parlamentaria». ¿Qué sentido tiene, pues, cercenar la soberanía parlamentaria si no se instaura ni una Monarquía simplemente limitada (42) ni una República con tendencia presidencialista?

Lo que no deja de ser paradójico, además de gravemente equivoco, es pretender importar una institución que, ciertamente, confiere al Gobierno un poder paralelo al del Parlamento en determinadas materias, sin que, al mismo tiempo, el órgano, que en cierto modo *manda* sobre el Gobierno—el Rey—, sea periódicamente elegido por el pueblo, como ocurre en cambio en Francia con el presidente de la República.

Aquí es donde está, sin duda, la coherencia interna de un proyecto constitucional aparentemente incongruente con sus declaraciones formales. Y es que el Rey no es un simple árbitro, un órgano moderador entre los diversos Poderes del Estado; en suma, un Monarca constitucional típico de las modernas Monarquías parlamentarias. El citado proyecto le atribuye poderes incompatibles con esta forma de Gobierno: uno, el de nombrar al presidente del Gobierno a través del sistema previsto en el artículo 97, sistema claramente atentatorio del principio de soberanía parlamentaria; otro, el de presidir el Consejo de Ministros, aunque pretenda minimizarse con la ambigua expresión «cuando ello sea necesario» [art. 54, *í*].

Dos potestades que corresponden —¡qué casualidad!— al presidente de la República francesa (arts. 8 y 9 de la Constitución), que se explican dentro de su peculiar sistema y que, en todo caso, tienen como contrapartida el que, como he dicho, el presidente de la citada República es *elegido por sufragio universal directo por un plazo de tiempo limitado* (siete años) (art. 6), cosa que evidentemente no ocurre en las Monarquías, ni, por supuesto, en la que configura el proyecto constitucional español, que, como todas, tiene carácter hereditario (art. 49).

El equívoco en que incurre el proyecto en cuestión al sancionar una institución como la reserva reglamentaria no radica tanto en el trasplante, en sí mismo considerado, de un sistema como el francés, cuanto en hacerlo *sin asumir, al mismo tiempo, todas las consecuencias*

---

(42) Como la prevista por la Ley Orgánica del Estado. Cfr., en este sentido, la interpretación que de la misma hiciera HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico, in totum*.

y los *elementos definitorios básicos de aquél*. Una vez más, puede comprobarse cómo la importación de una institución aislada puede ser, a más de perturbadora, gravemente incoherente con los principios jurídico-políticos básicos del sistema en el que se inserta (43).

No parece lógico jurídicamente, ni serio políticamente, tratar de plagiar una institución procedente de una República—bien que con tendencia presidencialista—, en que el jefe del Estado es elegido democráticamente, en provecho de una Monarquía—que, a pesar de su ferviente declaración formal, no es genuinamente parlamentaria—, cuya Corona, lógicamente, se cubre de manera hereditaria.

---

(43) *Vid.*, en el mismo sentido, J. L. CARRO: *El poder normativo del Gobierno en el borrador constitucional*, «El País», 8 de diciembre de 1977. Este autor se muestra decididamente crítico a propósito de la introducción de la reserva reglamentaria en el nuevo sistema constitucional español, aduciendo una serie de razones que comparto plenamente. Es de notar, igualmente, que en sendos votos particulares al proyecto constitucional, publicados conjuntamente con éste en el «Boletín Oficial de las Cortes» núm. 44, de 5 de enero de 1978, los Ponentes representantes de los grupos parlamentarios comunista y socialista del Congreso proponen la *supresión* de los artículos 72 y 79 del proyecto. El del grupo comunista propone además la *supresión* (que es consecuente con la de los preceptos citados) de la disposición transitoria primera. Por su parte, el Ponente del grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático propone únicamente la *supresión* del segundo periodo del apartado o) del artículo 72. (Es decir, lo siguiente: «Dicho acuerdo podrá comprender la suspensión de disposiciones reglamentarias sin perjuicio de tercero en los términos que una Ley establezca».)

