

M. Asunción de la Iglesia Chamorro

COLECCION
DE LOS DECRETOS Y ORDENES
DE LAS CORTES
GENERALES Y EXTRAORDINARIAS.

DECRETO I.

DE 24 DE SETIEMBRE DE 1810.

Declaración de la legítima constitución de las Cortes y de su soberanía: nuevo reconocimiento del Rey Don Fernando VII, y anulación de su renuncia á la corona: división de Poderes, reservándose las Cortes el legislativo: responsabilidad del ejecutivo, y habilitación de la Regencia actual, con la obligación de prestar el juramento á las Cortes: fórmula de este: con- firmación interina de los tribunales, justicias y de- mas autoridades: inviolabilidad de los diputados.

Los diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran le- gítimamente constituidos en Cortes generales y ex- traordinarias, y que reside en ellas la soberanía na- cional.

EL GOBIERNO POR DECRETO

28977 ORDEN de 28 de diciembre de 1994 por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1994, por el que se hacen públicos los índices de precios de consumo, a los efectos previstos en la disposición final tercera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

El Consejo de Ministros, en su reunión del 23 de diciembre de 1994, ha aprobado un acuerdo por el que se hacen públicos los índices de precios de consumo en el período comprendido desde 1954 hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, a los efectos previstos en la disposición final tercera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

PAMPLONA 1997

JEFATURA DEL ESTADO

5915

REAL DECRETO-LEY 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bienes y otras Sociedades que componen el grupo «Bumasa, S. A.»

Artículo 1.º Se decreta la expropiación forzosa, por causa de utilidad pública e interés social, de la totalidad de las acciones representativas del capital de las Sociedades incluidas en el anexo del presente Real Decreto-ley.

Art. 2.º El Estado, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, tomará posesión inmediata de las Socie-

6

Profesor Inductivo
19/11/1989

Du 4 Novembre 1789.

LOUIS, PAR LA GRÂCE DE DIEU, ROI DE FRANCE
ET DE NAVARRE: A tous ceux qui ces présentes Lettres verront; SALUT.
L'Assemblée Nationale nous a fait présenter le Décret dont la teneur suit:

EXTRAIT du Procès-verbal de l'Assemblée Nationale.
Du Mois de Octobre 1789.

L'ASSEMBLÉE NATIONALE a décrété que les articles du 4 août & pour suivre dans le Roi a ordonné la publication, ainsi que tous les articles & Décrets qui ont été adoptés par Sa Majesté, soient, sans aucun addition, changement, acceptés ou facultés par Sa Majesté, soient, sans aucun addition, changement, ni observations arrivés aux Tribunaux, Municipalités & autres Corps administratifs, ni observations arrivés sur leurs registres, sans modification ni délai, & être lus, publiés & exécutés sur leurs registres, sans modification ni délai, & être lus, publiés & exécutés. Signé F. BRETHER, Président.

Collationné conforme à l'original, par nous Président & Secrétaire de l'Assemblée Nationale.
A Paris, le vingt-neuf Octobre mil sept cent quatre-vingt-neuf. Signé F. BRETHER, Président.
LAFITE, Trésorier, Louis de Boulogne, & ALEXANDRE DE LAUNAY, Secrétaire.

Suit la teneur d'icelles Décrets.

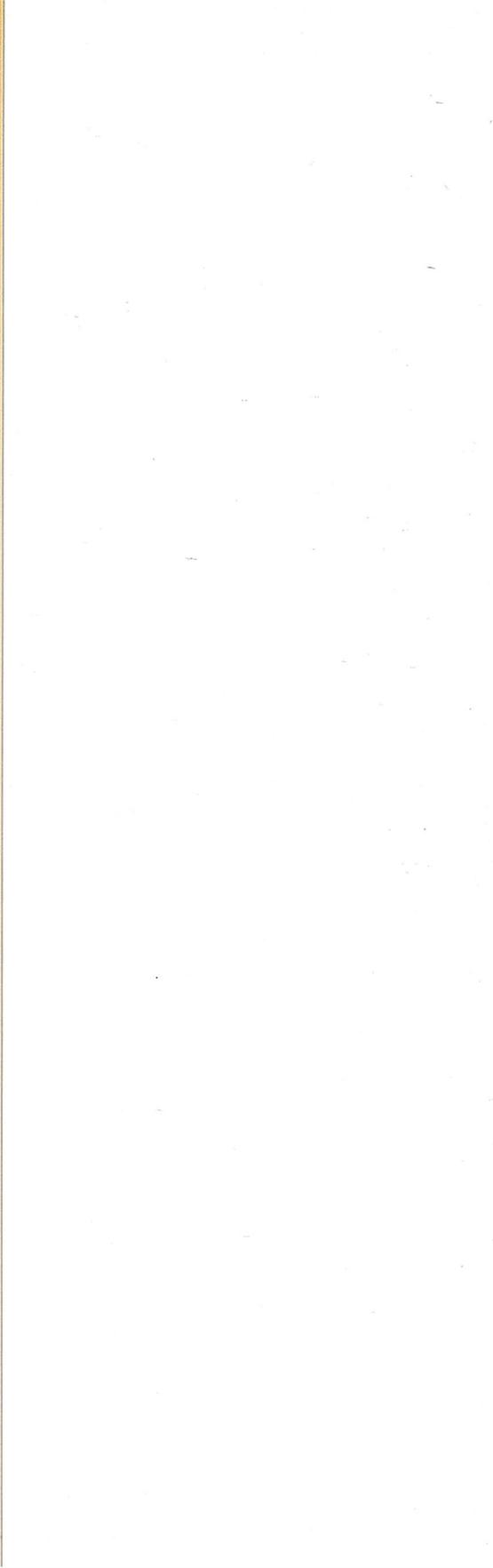
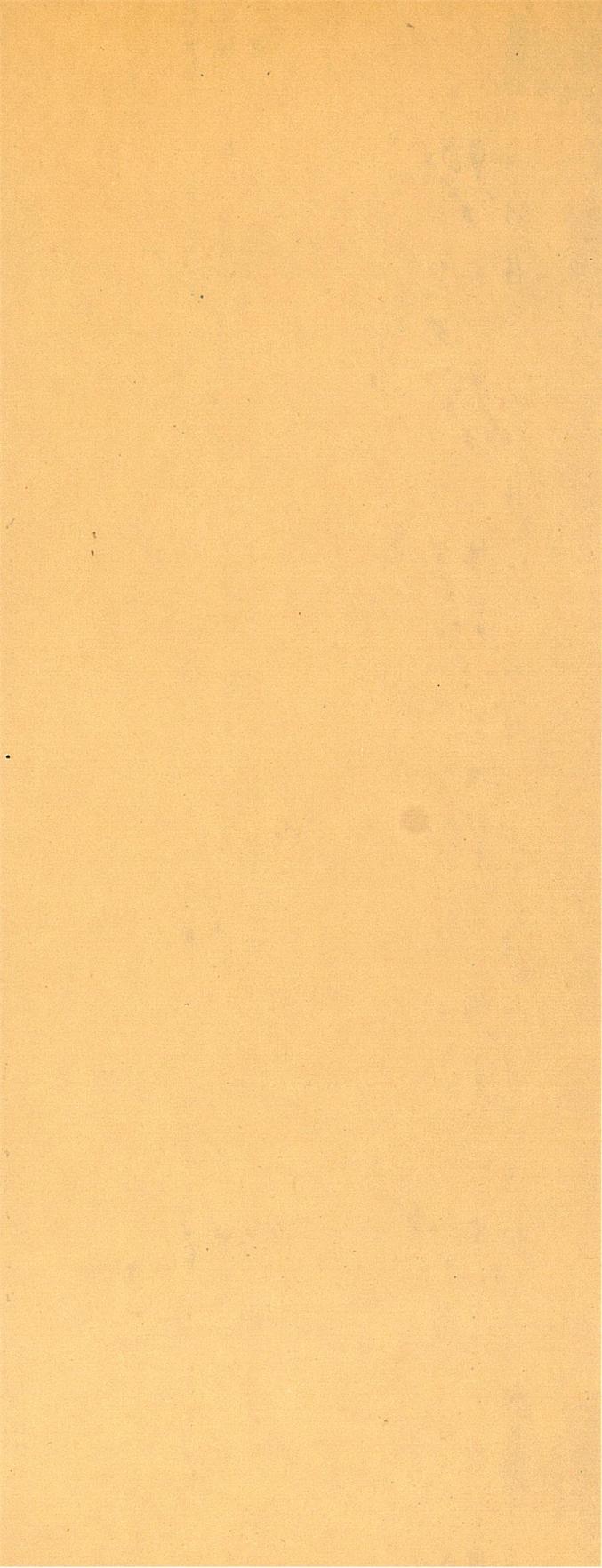
EXTRAIT des Procès-verbaux de l'Assemblée Nationale.
DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN.
PREAMBULE.

Les Représentants du peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme, sont les seules causes des maux publics & de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables & sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs devoirs & leurs droits; afin que les actes du pouvoir législatif & ceux du pouvoir exécutif, en étant plus respectés; afin que comparés avec le but de toute institution publique, en fissent plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples & incontestables, fussent toujours en aide à la Commission & au bonbeur de tous.

En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnoît & déclare, en présence & sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'homme & du citoyen.

ARTICLE PREMIER.

Les hommes naissent & demeurent libres & égaux en droits: les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.



El gobierno por decreto

M. ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO

Doctora en Derecho
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

**EL GOBIERNO
POR DECRETO**

1997

Es propiedad
© 1997. Asunción de la Iglesia Chamarro

ISBN: 84-605-7305-2
Depósito Legal: NA 135/1998

Impreso en España. Printed in Spain

Fotocomposición: Larraona.
Imprime: Navaprint.

A mi maestro

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
ANE	Acuerdo Nacional sobre el Empleo
Ar.	Colección Aranzadi
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCFFC	Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol
CE	Constitución Española
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEE	Comunidad Económica Europea
CF	Constitución de Francia
CP	Código Penal
DA	Documentación Administrativa
DD	Disposición derogatoria
DF	Disposición final
DL	Decreto ley
DLeg.	Decreto legislativo
DT	Disposición transitoria
Dr.Pros.	Droit Prospectif
GM	Gaceta de Madrid
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LOE	Ley Orgánica del Estado

LOP	Ley de Orden Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo
LPAC	Ley de Procedimiento Administrativo común
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
Pol. Ext.	Revista de Política Exterior
PS	Political Studies
RAP	Revista de la Administración Pública
RC	Reglamento del Congreso
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RCG	Revista de las Cortes Generales
RCJS	Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales
RD	Real Decreto
RDAF	Revista de Derecho Administrativo y Fiscal
RDCE	Revista de Derecho Constitucional Español
RDL	Real Decreto ley
RDLeg.	Real Decreto legislativo
RDP	Revista de Derecho Político de la UNED
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REP	Revista de Estudios Políticos
RFDUC	Rev. de la Facultad de Der. de la Univ. Complutense
RO	Real Orden
RS	Reglamento del Senado
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TR	Texto refundido
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Es objeto del presente trabajo el decreto en España como instrumento para la emisión de disposiciones jurídicas. En él se consideran fundamentalmente los orígenes remotos del concepto, la evolución histórica de la institución y sus características en el contexto del sistema político actual.

Adelantado el objeto, es costumbre en toda presentación de una obra referirse a la oportunidad del tema. Para ello propongo volver la vista al Boletín Oficial del Estado, cuyas páginas dan testimonio diario del estado que atraviesa la creación y emisión de disposiciones jurídicas, así como de la utilización y aplicación de los instrumentos dispositivos del Gobierno y de la Administración Central del Estado. Y, concretamente, en cuanto al decreto, el Boletín Oficial del Estado se nos presenta como soporte de tres irregularidades frecuentes: el no uso del decreto en casos que lo habrían requerido por razón del autor de la decisión o de la materia regulada; su empleo innecesario para abordar materias de entidad secundaria; y, por último, su nada infrecuente utilización abusiva o desmesurada. Parece oportuno ilustrar estas afirmaciones con unos ejemplos elegidos de entre los muchos del repertorio.

El 20 de febrero de 1987 se publica en el BOE *una Orden ministerial disponiendo la publicación de un acuerdo del Consejo de Ministros* por el que se aprueba el Plan de Disposición de Fondos del Tesoro Público. *Prima facie*, el tema es de notable trascendencia, y extraña que una cosa así

se publique por virtud de orden ministerial. Más aún cuando el texto difundido es un Acuerdo del Consejo de Ministros, y, por tanto, es éste último y no el ministro de Economía y Hacienda quien debió ordenar la publicación. Por eso, lo correcto habría sido que el acuerdo en cuestión, como tal acto deliberativo y decisorio del Consejo de Ministros, para su exteriorización o proyección exterior hubiera revestido la forma típica del «decreto» como acto propio del Gobierno, y que, consiguientemente, apareciera firmado por el Jefe del Estado, conforme a lo que hoy es todavía el modelo habitual de decretación.

Lo grave de tan anómala figura –orden ministerial por la que se ordena la publicación de un acuerdo del Consejo de Ministros– es que, aparte eludirse la firma del Jefe del Estado, se desvirtúa la institución del decreto y a la vez, el concepto de orden ministerial, como instrumento dispositivo a través del cual se articula jurídicamente la voluntad de un ministro.

De parecido calado es la «resolución del Secretario de Estado para las Administraciones Públicas» de 19 de septiembre de 1994 por la que se ordena publicar un acuerdo del Consejo de Ministros por el que a su vez se aprueba un acuerdo sobre medidas salariales firmado previamente entre la Administración pública y los sindicatos de funcionarios. Ante esto, y más aún tras comprobar que esta «resolución» ha condicionado el texto nada más y nada menos que el Decreto-Ley de Presupuestos para 1996¹, nos preguntamos con asombro por dónde discurre ahora la famosa jerarquía normativa, o cuál es la real eficacia de un acuerdo del Consejo de Ministros en relación con el anterior acuerdo Administración-sindicatos de funcionarios, y, finalmente, qué valor tiene respecto a uno y otro la resolución del secretario de Estado.

Insisto en destacar ese desafortunado empleo de la orden ministerial o de la resolución para la emisión de acuerdos del Consejo de Ministros. Pienso que estas prácticas ponen de manifiesto la carencia de un instrumento dispositivo propio para cierto tipo acuerdos del Consejo de Ministros, al que –adelanto ya– podría darse el nombre de «decreto presidencial» como por otra parte se ha hecho ya en varios países de nuestro entorno. Pero dejémos las propuestas para más adelante.

Si esos casos de órdenes y resoluciones promulgatorias de acuerdos

1. En la Exposición de Motivos del DL 12/1995, de 28 de diciembre, dictado ante la devolución del proyecto de la Ley de Presupuestos se dice hablando de las retribuciones del sector público que las medidas se justifican por «la necesidad de dar cumplimiento a los acuerdos con los sindicatos sobre dicha materia».

del Consejo de Ministros son de por sí criticables, y ponen al descubierto la superación del modelo clásico de decretación, las razones de dicha crítica se refuerzan cuando en las mismas páginas del Boletín Oficial del Estado aparecen disposiciones del Consejo de Ministros que se formalizan como «decretos», y consiguientemente se firman por el Jefe del Estado, y, sin embargo versan sobre materias que –incluso en comparación con los casos anteriores– pueden considerarse de entidad muy secundaria. Y aunque esto es hoy así por virtud del modelo clásico de decretación heredado, –o mal trasladado por las razones que veremos– de épocas muy pasadas, no deja de ser cuanto menos chocante ver cómo en estos casos de disposiciones de entidad secundaria los acuerdos del Consejo de Ministros se promulgan por el Jefe del Estado, contribuyendo escasamente a dar realce y valor a su firma, mientras se elude en las otras ocasiones, por razones que desconocemos. Baste por todos con citar el Real decreto 126/1989, de 3 de febrero, en el que la suprema magistratura del Estado rubrica la disposición que define y concreta las condiciones de elaboración de los principales productos de aperitivo.

Pero junto a la elusión del decreto y su uso para materias de importancia secundaria cabe también destacar la utilización expansiva que de él se viene haciendo en detrimento de la ley parlamentaria. Son diversas las manifestaciones de este dilatado empleo.

Una, la más conocida, es el desmesurado recurso al decreto-ley, que ha llegado hasta el punto de producirse una auténtica mutación constitucional de la decretación legislativa de urgencia en el sistema político de la Constitución de 1978. Y si los usos perfectivos son buenos y convenientes, también es cierto que, como dice el adagio, «*abusus non est usus sed corruptela*».

Otras manifestaciones de la expansión del ámbito del decreto son los cada vez más numerosos decretos legislativos independientes que, aunque en apariencia se presentan como de rango subordinado, en realidad proyectan sobre la ciudadanía una auténtica eficacia legislativa, creando derechos y obligaciones con carácter general sin apoyatura en una ley previa a la que desarrolen. Es el caso de lo que también se viene designando como expansión del ámbito reglamentario en detrimento del dominio de la ley. Dentro de esta categoría merece mención aparte una modalidad novedosa, que se da desde la incorporación de España a la Comunidad Europea, y que supone una ampliación interesante del ámbito del decreto en nuestros días. Son aquellos casos en los que se articula como decreto del Gobierno la llamada transposición de directivas comunitarias al ordenamiento jurídico español.

Una vez más, los hechos dejan en entredicho la generalizada concepción del decreto como disposición subordinada y de rango secundario que desarrolla y ejecuta la ley, pues, en muchísimas ocasiones el decreto es cauce para la emisión de disposiciones que establecen *ab initio* mandatos generales, sin apoyatura en una ley previa que se desarrolla o, si se prefiere, se «ejecuta», y, en otras, por decreto se articulan jurídicamente disposiciones de importancia constitucional. Ejemplo de esto último son los decretos de disolución de Cortes, de nombramiento de Presidente del Gobierno, o, en el plano de las disposiciones generales, el RD 1455/1995 que establece la regla a seguir para la suplencia del Presidente del Gobierno en los casos de vacancia de la Vicepresidencia².

Como se verá en la obra, la hipertrofia del Gobierno, en el esquema de los órganos estatales, ha llegado hasta el extremo, en el plano de la producción dispositiva, del resurgimiento del decreto de soberanía, acercándose así a su configuración más típica de épocas pasadas.

Pues bien, llama la atención que, a pesar de la importancia primerísima de este instrumento dispositivo, el concepto mismo de decreto es víctima de una lamentable desatención entre los estudiosos, y, tal vez, eso explica parcialmente su incorrecto manejo en la práctica de gobierno, o, al menos, la ausencia de reacción ante esas anomalías a que he hecho mención más arriba. Así, mientras se encuentran definiciones doctrinales más o menos acertadas de ley parlamentaria, o de orden ministerial, no se puede decir lo mismo del decreto, al que comúnmente se define como «acuerdo del Consejo de Ministros de valor reglamentario». Curiosa definición para un instrumento dispositivo que, si consiste, ciertamente, muchas veces en el acto de emisión de un reglamento acordado en el Consejo de Ministros, en otras ocasiones se sitúa en el plano de la ley, y, en otras el autor del decreto no es el Consejo de Ministros, sino su Presidente o el Jefe del Estado. O ¿es qué no son decretos, y además decretos de los de mayor tradición en la historia de España, los de disolución y convocatoria de Cortes o de nuevas elecciones, o aquél por el que se nombra al Presidente del Gobierno? Avanzo ya que para quien esto escribe, decir «decreto» es mencionar un *instrumento dispositivo que puede servir de fuente o de cauce para la emisión de disposiciones muy diversas en razón de la eficacia jurídica*.

Llegados a este punto, parece ya obligada cierta puntualización terminológica, pues habrá advertido el lector que se viene evitando la ex-

2. Esta materia que en 1995 se regulara por Real decreto se aborda ahora en el proyecto de ley del Gobierno, que a la fecha se tramita ante las Cortes Generales.

presión «fuente del Derecho». La razón es que esta locución, a pesar de su uso generalizado, adolece de cierta ambigüedad y con frecuencia se confunde con la idea de disposición o norma³. Por eso, aquí, para salvar desde el principio los riesgos y peligros que acarrea toda imprecisión en el campo terminológico, al hablar de creación del Derecho se distingue lo siguiente: de una parte, *el cauce* a través del cual se crea el Derecho, y, de otra, *la fuerza jurídica que se transmite* y en que el Derecho consiste: el mandato, el precepto, o, en fin los diversos tipos de influjos de vinculación o de atribución que se ejercen o comunican. A estos segundos llamamos *disposiciones jurídicas*. A lo primero *instrumentos dispositivos*.

Es, pues, instrumento dispositivo *el cauce que sirve para emitir disposiciones jurídicas, así como a la exteriorización típica con que se expresa el contenido intelectual de estas disposiciones*. En tal sentido se dice «forma de ley», decreto, orden, resolución, sentencia judicial o instrumento notarial. Son los elementos que caracterizan a cada instrumento dispositivo los siguientes: el autor, el procedimiento de elaboración y los rasgos típicos con que habitualmente se exterioriza y que lo identifican frente a otros.

Importa subrayar que esta forma de comprender el decreto como instrumento dispositivo es matricial en el trabajo que se presenta, y, con toda probabilidad suscitará posiciones de contraste. Entiendo que esa es la grandeza del quehacer universitario. Por su parte, la idea de disposición jurídica no es nueva y está bien asentada en nuestro acervo jurídico como muestra la misma nomenclatura del Boletín Oficial del Estado.

En cuanto a la estructura del trabajo, este consta de dos partes, una histórica y otra analítica. La primera está formada por tres capítulos en los que se estudia la figura del decreto desde sus orígenes más remotos

3. La equivocidad de la locución «fuentes del Derecho» es señalada con frecuencia por los tratadistas. Destaca de entre ellos BALAGUER CASTEJÓN, quien se ha ocupado en profundidad de los aspectos relativos a los modos de creación del Derecho: «la expresión “fuentes del Derecho” no designa un contenido claro, inequívoco, sino que contiene múltiples significados. Con este concepto se designan tanto la fuente última del Derecho (el fundamento del Derecho positivo), como las fuerzas sociales y las causas sociales de producción de las normas, como las categorías normativas a través de las cuales el Derecho se manifiesta. A esta equivocidad interna del término se une la dificultad para establecer con claridad los límites de los actos o hechos productores de Derecho: los principios generales, la Jurisprudencia, y el negocio jurídico. Por otra parte no siempre se distingue entre la fuente del Derecho y el Derecho mismo. Si ya es muy común identificar las normas con los textos legales y con las disposiciones jurídicas, también resulta frecuente confundir la norma con la fuente en la que está contenida...», BALAGUER CASTEJÓN, FRANCISCO, *Fuentes del Derecho*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 54 y ss.

hasta los albores del actual régimen constitucional. En este estudio histórico se puede contemplar el surgimiento y la degradación de la idea de decreto, que va emparejada a la evolución de los sistemas políticos y, en particular, al vaciamiento progresivo de atribuciones del Jefe del Estado, con el consiguiente desplazamiento de la facultad decisoria hacia el Consejo de Ministros, y más en particular, hacia su Presidente. La parte analítica tiene por objeto el estudio del decreto en el actual régimen constitucional de España.

Finalmente, a la luz de los orígenes y la trayectoria histórica del decreto –paralela a la del sistema político español– se somete a crítica el actual modelo de decretación. Y brevísimamente avanzo que, en buena medida, las causas de esas anomalías citadas al principio de esta exposición tienen que ver con el desfase o falta de correspondencia que se da en nuestros días entre el sistema de los instrumentos dispositivos y el modelo de relaciones interorgánicas diseñado por la Constitución de 1978. Y es que, en la España actual, a pesar de haberse consumado con el actual sistema constitucional el desgajamiento de la Jefatura del Estado y del Gobierno, se sigue funcionando, en lo que a los instrumentos de creación del Derecho se refiere, conforme al modelo decimonónico, donde el monarca era cabeza del llamado Ejecutivo.

Consecuentemente, termina el trabajo con una propuesta dirigida a la adaptar el sistema de instrumentos dispositivos al sistema político nacido de la Constitución de 1978. Consiste en la configuración de un instrumento dispositivo propio del Gobierno y de su Presidente para el ejercicio de aquellas facultades que la Constitución y las leyes les encomienda como propias. Nótese que este instrumento está siendo demandado en la práctica, y en la mayoría de los casos aunque formalmente se hable de «real decreto», que es decir lo mismo que «decreto del rey», se sabe que es «decreto del Presidente del Gobierno» o de su Gobierno emitido en el ejercicio de las facultades que les conciernen. La propuesta que aquí se defiende, y que muy sintéticamente avanzamos en esta introducción, es la del «decreto presidencial o del Presidente del Gobierno».

Sería un decreto firmado por el Presidente del Gobierno como cabeza y portavoz nato del órgano colegiado de dirección política general, y estaría previsto para todas las decisiones *ad extra* del Gobierno como complejo formado por el Presidente con sus ministros, según establece el artículo 97 de la CE. En consecuencia, sería el Presidente quien con su firma se hiciese directamente responsable de las disposiciones con que el Gobierno ejerce las facultades que tiene constitucionalmente atribuidas –por ejemplo, la potestad reglamentaria– y aquellas otras que le sean conferidas mediante ley parlamentaria. Por su parte, la firma del jefe del Es-

tado y la institución del «real decreto» adquirirían mayor realce, al reservarse para aquellas disposiciones en las que la intervención regia conserva todavía suficiente sentido, y que, por otra parte, aparecen específicamente previstas en la Constitución Española como atribuciones del Rey. Como en su momento se verá, esta figura cuenta con precedentes fuera de nuestras fronteras, tanto en formas de gobierno monárquicas, como republicanas. Así, Suecia, Marruecos, Francia o Alemania son países en los que se encuentra configurado el decreto presidencial.

Creo que la presente obra tiene interés, no sólo por consideraciones relativas al buen manejo de los tecnicismos propios de la Teoría jurídica, sino porque conduce a las entrañas mismas del sistema político español tal como realmente funciona. Ello es así porque, los que llamamos instrumentos dispositivos son las vías ordinarias de la acción política de gobierno. De modo tal que, por ejemplo, una dilatación abusiva del ámbito del decreto en detrimento, como suele suceder, del campo propio de la ley, es algo más que una manifestación de preferencias a la hora de elegir el cauce de emisión de las disposiciones. Se nos descubre la dinámica real del sistema político al conocer los pesos específicos respectivos de los comúnmente llamados «Poderes del Estado». A propósito de esto, hace unos años señalaba el profesor PÉREZ ROYO cómo «el estudio de las fuentes del Derecho es una de las mejores formas de entender el Régimen político que se ha impuesto en un país, ya que dicho sistema viene a reflejar, por un lado, las relaciones entre las fuerzas sociales y políticamente organizadas que dan vida a un sistema constitucional, y por otro, el equilibrio entre los distintos órganos dotados de capacidad normativa constitucionalmente reconocidos...⁴».

Para terminar lo que es propiamente la presentación de la obra, y una vez que me he referido a lo que es, destino este lugar para advertir al lector de lo que no es. No es una enciclopedia del decreto donde uno pueda encontrar todo lo dicho sobre esta figura a lo largo de la historia de España. En este caso, cede la pretensión de exhaustividad ante la de presentar una obra sugerente, con una visión del decreto novedosa. No extrañe, pues, que muchos temas de conectados de alguna forma con la institución del decreto no hayan sido abordados aquí. Es el caso de cuestio-

4. PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 14. En el mismo sentido, las palabras del profesor ÁLVAREZ CONDE, quien nos dice que «la vinculación entre las fuentes del derecho y el sistema político aparece a todas luces evidente (...). Cuestiones tales como la forma de Estado o la forma de gobierno aparecen íntimamente relacionadas con la problemática de las fuentes del Derecho.» En ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, Tecnos, 4ª edición, Madrid, 1990, pág. 266.

nes de indudable interés como las relativas a la fiscalización de los decretos o los decretos-leyes, la reserva de ley o reserva reglamentaria. En unos casos entiendo que son cuestiones harto abundadas por la doctrina y sobre las que poco más cabe añadir. Por eso, oportunamente me remito a aquellas obras de las que he aprendido y que, a mi juicio, con más tino tratan los mencionados aspectos. Para los otros casos, me reconozco en las palabras del maestro PÉREZ SERRANO, quien decía presentando una de sus obras lo siguiente: «*Hemos querido evitar ese peligro, a que propende todo el que, enamorado de una idea, la desarrolla con extensión desmesurada. (...). Pero, aún así y todo, sabido es que, cuando nos encariñamos con un tema, sentimos la tentación de abordar cuantas facetas pueda presentar, y ello desemboca en prolijidad fatigosa. Discúlpese, pues, si prevenidos contra ese riesgo hemos caído en el pecado opuesto, y no se tome a mal que en ocasiones queden meramente esbozados problemas que merecerían tratamiento más completo y puntual...*»⁵.

Concluyo dando noticia del origen de este trabajo, que fue tesis doctoral, defendida en el mes de mayo de 1996 en el Aula Magna de la Universidad de Navarra ante el ilustre Tribunal formado por los profesores Alvaro D'Ors Pérez-Peix, Francisco González Navarro, Francisco Fernández Segado, Nicolás Pérez Serrano y Antonio García Cuadrado. A todos ellos mi agradecimiento por sus generosas observaciones y sugerencias.

Párrafo de honor para expresar, con brevedad de palabras, pero con intensidad de corazón, mi gratitud al maestro ejemplar.

Pamplona, enero de 1997

5. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Humoradas, doloras y greguerías, jurídicas (Rapsodia intrascendente)*, Madrid, 1962, pág. 15.

PARTE HISTORICA

CAPITULO PRIMERO

ETIMOLOGIA Y ANTIGUOS ORIGENES DEL DECRETO

I. RASTREO ETIMOLOGICO

Si cualquier investigación sobre naturaleza, límites y eficacia de una institución jurídica debe comenzar con una referencia a sus orígenes e incluso a su nombre, en el presente caso es absolutamente necesario. La imprecisión a que con el tiempo se ha llegado en el uso del término «decreto» aconseja que este trabajo comience con una referencia a los orígenes más remotos de la voz. Por eso, este primer capítulo tiene por objeto rastrear la etimología de la palabra, así como sus primeras aplicaciones para designar actos intelectuales y volitivos de significación jurídica e incluso política.

1. Indicios de una riqueza semántica

Contrasta la vaguedad de las definiciones, más o menos académicas, que de «decreto» dan hoy los diccionarios, con ciertos usos de esta voz que revelan una rica funcionalidad semántica. Así, en el Diccionario de la Real Academia, se dice con no poca laxitud que «decreto» equivale a «resolución, decisión o determinación del Jefe del Estado, de su Gobierno o de un tribunal o juez sobre cualquier materia o negocio ¹».

1. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 20ª edición, 1984, voz «decreto».

Mientras tanto, y en contraste con esa vaguedad e indeterminación de la idea académica de «decreto», algunos datos sugieren la existencia de rasgos típicos que históricamente estarían ligados al término. Uno es el recurso a este nombre para calificar al instrumento dispositivo que se emplea en acontecimientos históricos especialmente significativos; otro, algo tan sencillo como el sentido preciso con que el término se emplea hoy por el común de la gente. Y, por último, también cabe citar la pervivencia en nuestro acervo cultural de algunas expresiones donde el sustantivo «decreto» o términos emparentados con él resultan particularmente evocativos.

En cuanto a lo primero, llama la atención cómo, tradicionalmente, se ha recurrido al término para singularizar determinadas decisiones políticas adoptadas en momentos de la historia críticos en extremo, que guardan en común ser situaciones de encrucijada o disyuntiva en la vida política de un pueblo. Son numerosos los ejemplos, así la Convención Francesa proclama la República por decreto de 21 de septiembre de 1792; por decreto, Napoleón nombra «Rey de las Españas» a su hermano José; igualmente por decreto, las Cortes de Cádiz declaran la soberanía nacional; el Comité de Fuerzas Coaligadas proclama por decreto de 14 de abril de 1931 la Segunda República Española; y, para guardar paralelismo, por decreto de 24 de julio de 1936 se constituye la Junta de Defensa Nacional.

Lo anterior es indicativo de que con «decreto» se designa históricamente algo más que una mera decisión de autoridad, una resolución o una determinación sobre cualquier materia o negocio que dicen vagamente los diccionarios. La utilización en los casos mencionados reviste de especial contundencia y energía la exteriorización del acto de discernimiento y de voluntad de que se trate, y la palabra misma indica la decisión de voluntad especialmente enérgica que, ante una encrucijada histórica, dirime la disyuntiva optando con firmeza por una de las soluciones posibles. Por ello, en algunas ocasiones, el recurso al término «decreto» sugiere con claridad una voluntad de ruptura con el orden político existente, y el decreto sirve para acentuar dicha voluntad de cesura entre dos épocas históricas –es, por ejemplo, el caso de la cesura monarquía-república en la España de 1931–.

Esto es indiciario de que la voz en cuestión vendría históricamente ligada a las notas de acto de voluntad dirigido a zanjar o dirimir una situación de disyuntiva. Por eso, lo veremos en su momento, si puede hablarse de alguna manifestación del decreto por antonomasia, esa es la del decreto de crisis, el acto de discernimiento con que se resuelve ante una situación de crisis –encrucijada– histórica.

Otro aspecto también sorprendente en el empleo del término y que corresponde perfectamente a su sentido más genuino es su precisa utilización en el lenguaje de la calle, donde la voz «decreto», o el verbo derivado «decretar», tal y como se emplean por el común de la gente, encierran ciertas notas características que parecen escaparse en las definiciones académicas. Su empleo más generalizado en el habla popular es para designar la decisión especialmente enérgica que zanja una situación controvertida ². Enlaza así la palabra con cierta idea de «acto judicial».

Por último, y en el mismo sentido, también resultan sugerentes dos expresiones que forman parte de nuestro depósito cultural: «día decretorio» y «hora decretoria» ³. Como en los casos anteriores, en ellas se acogen las notas de *momento decisivo o crítico y juicio de discernimiento*.

Así, la primera, *día decretorio* es una expresión empleada desde la antigüedad en la ciencia médica para señalar «los días o término en que se puede hacer juicio de una enfermedad ⁴». Se indica con ella el momento en que los signos de una enfermedad permiten ya formar un juicio seguro

2. Un ejemplo servirá para ilustrar esta idea. Situémonos en el marco un enfrentamiento entre dos equipos de fútbol. En determinado momento, un jugador avanza con el balón en clara ocasión de gol. Al traspasar la línea que delimita el área de la portería, un defensor del equipo contrario extiende la pierna derecha e intercepta la carrera del atacante, que pierde el equilibrio y rueda por el suelo. De inmediato, un sector de los aficionados grita desde las gradas reclamando *penalty* mientras el portero mantiene entre sus manos el balón. Los jugadores de uno y otro equipo se empeñan en convencer al colegiado de sus opuestas visiones de la jugada, y este último recaba información de sus jueces de línea. Segundos después, y una vez que ha sonado el silbato, el narrador de la contienda cuenta a los oyentes que el árbitro *ha decretado* la pena máxima, o bien saque de puerta.

Tan singular es aquí el sentido con que se dice «decretar», que el término no sería sustituible por otros a los que en los diccionarios se lo equipara al definirlo. Así, sonarían incorrectas expresiones tales como las siguientes: el árbitro *ha determinado penalty*, *ha resuelto penalty* o *ha decidido penalty*. Ni «resolver», ni «decidir» expresan con tanta precisión la idea que se enuncia diciendo «decretar».

3. El adjetivo latino *«decretorius»* se corresponde con el griego «crítico». Ambos se refieren al momento decisivo para la formación de un juicio. Como veremos, la explicación de esta correspondencia es que comparten las mismas raíces etimológicas. Adelantemos ya que el vocablo «crítico» se forma a partir del verbo griego *krino*, que significa «juzgar» en el sentido amplio de distinguir o discernir intelectualmente; y que de *«krino»* deriva también la voz «crisis», que es la encrucijada, el momento en que la decisión o el juicio es inaplazable. Las palabras «crisis», «*krino*», «crítico» y «*kerno*» –a partir del cual se forma *decernere* y después *decretum*–, se hallan todas emparentadas por provenir de un tronco común. Todo ello lo analizaremos en páginas siguientes, pero adelantamos ya esa conexión etimológica entre «decreto» y «crisis.»

4. *Diccionario de Autoridades*, 1732, Madrid, vol. II, ed. facsímil de la Real Academia Española, Madrid, 1963, voz «decretorio»; y también STEPHANUS, Henrico, *Thesaurus Graecae Linguae*, vol. VI, Akademischer Druck, Graz, 1955, págs. 1968 y ss.

acerca de su tendencia a la curación, o su agravamiento hasta el desenlace más o menos fatal. *Día decretorio* o momento decretorio es, por tanto, aquél en que una enfermedad «hace crisis», como se suele hoy decir, y los médicos pueden emitir «sentencia» facultativa sobre la suerte del paciente. Es la hora de la encrucijada, la del decreto, la del juicio del médico.

Pero aún es más sugerente la segunda expresión. *Hora decretoria* es una de tantas formas con las que a lo largo de la Historia se ha designado un instante de especial significación: la hora de la muerte. Como es sabido, los nombres que recibe están casi siempre ligados a una visión religiosa y trascendente de la vida. Por ejemplo, se ha llamado a la de la muerte «hora de la verdad» o «del juicio». En realidad «hora decretoria» se utiliza en sentido similar a el de esas otras expresiones, y es curioso que con ella se aluda también al juicio que habrá de recaer sobre la vida de una persona. Nuevamente, las ideas de *decreto* y de *juicio* aparecen conectadas.

A la vista de todo lo anterior, puede aventurarse que el término «decreto», tanto históricamente como en el depósito cultural de nuestro pueblo, se relaciona con las notas de acto de voluntad que dirime una situación controvertida, o lo que es lo mismo, de crisis. En tal sentido decimos que evoca la idea del acto judicial que corta o que resuelve en la encrucijada.

2. Etimología

«Decreto» procede de castellanizar el adjetivo sustantivado *decretum*, que significa justamente juicio deliberativo, sentencia calificativa y acto decisorio consiguiente. Se forma a partir del verbo latino *decerno*, *-ere*, *-crevi*, *-cretum*⁵.

Con ese verbo *decernere* se designaba, entre otras cosas, la acción de *resolver o dirimir un conflicto de intereses*, y sirvió para singularizar el acto de voluntad dictado para zanjar una cuestión controvertida. Así, en la Roma clásica, se dió el nombre de *decretum*⁶ a la decisión de potestad del magistrado *cum iurisdictione* que resuelve los problemas surgidos en el curso de un litigio. Habrá ocasión de comprobarlo más adelante al estudiar las primeras aplicaciones del término⁷.

5. Sobre los orígenes etimológicos de «decreto», BARCÍA, Roque, *Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*, vol. II, Madrid, 1881, voz «decreto», y COROMINAS, J. y PASCUAL, J.A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispano*, Gredos, Madrid, 1980, voz «cerner»,

6. *Thesaurus Linguae Latinae*, Euber, Akademischer Druck, Graz, 1934, voz «*decerno*».

7. BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Nueva York, 1953, voz «*decreta magistratum*».

Además, el verbo latino está formado por el prefijo *de* y el lexema *cernere*, siendo este último el que aporta al término el significado principal. *Cernere* es a su vez un verbo independiente, que significa «separar», indistintamente en sentido material o intelectual –discernir–. Así, antiguamente, lo mismo se decía *cernere* a separar con el cedazo lo grueso de lo fino, el metal de la tierra, o la harina del salvado ⁸, que a la actividad mental de distinguir. Y es que, si nos fijamos, existe cierto paralelismo entre ambas actividades: entre el acto de quien separa con el cedazo lo que sirve y lo desechable, y toda operación intelectual de diferenciación. Es esta última acepción de *cernere*, ya más espiritualizada, la que conecta con la idea de «acto judicial» o de discernimiento. En realidad, toda operación mental de quien juzga o enjuicia no consiste en otra cosa que separar en sus distintos elementos la situación de duda o incertidumbre que se le presenta.

Pero además de las raíces latinas también otras más remotas nos sugieren igualmente la conexión entre «decreto» y juicio. *Cerno -ere* se relaciona etimológicamente con el griego *krinia* ⁹, que significa juicio en el sentido amplio de discernimiento o distinción intelectual. Así, emparentadas con este último verbo están palabras como «crítico» que es el que juzga, o «crisis» que significa encrucijada o momento del juicio.

No quedaría completo este sondeo etimológico del término sin destacar especialmente su conexión lingüística y semántica con un vocablo al que está frecuentemente ligado en la práctica: *crisis* ¹⁰, que hace referencia a específicas situaciones de conflicto.

Venimos refiriéndonos con distintas palabras al objeto que es zanjado con ese acto decisorio en que hemos dicho que consiste el decreto: disyuntiva, encrucijada, situación conflictual. En realidad, el vocablo más preciso sería «crisis», que es el que aparece conectado no sólo semántica sino etimológicamente con «decreto».

8. COROMINAS, J. y PASCUAL, J.A., *op. cit.*, voz «cerner».

9. El lector podrá incluso comprobar la proximidad fonética existente entre los vocablos griego y latino al pronunciar las palabras *krino* y *cernere* (antiguamente pronunciado *kernere*). Ambas parecen derivar de la misma raíz sánscrita: *k(e)r*. El significado de *krino* se encuentra minuciosamente detallado en STEPHANUS, Henrico, *Thesaurus Graecae Linguae*, vol. VI, Akademischer Druck, Graz, 1954, págs. 1968 y siguientes. Sobre las etimologías de las palabras latinas puede consultarse la obra de COURT DE GEBELIN, M., *Monde primitif analysé et comparé avec le monde moderne considéré dans les origines latines, ou dictionnaire étimologique de la langue latine*, París, 1779, vol. IV-1, págs. 448 a 450; y MALTBY, Robert, *A Lexicon of ancient Latin Etymologies*, Wiltshire, 1991, voz «*decernere*».

10. BOISACQ, Emile, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, París, 1916, págs. 392 y 393.

Con esto vemos cómo en la práctica la figura del decreto resurge con especial intensidad en los momentos de crisis. Pero como decimos, «decreto» y «crisis» no sólo se hallan emparentados en la práctica actual, sino que ello responde en el fondo a razones etimológicas.

Primigeniamente «crisis» debió de tener un significado puramente gráfico, de forma que, la palabra representaba una realidad física perceptible a través de los sentidos. Así, habría designado la encrucijada de caminos.

Con el tiempo, y como ha ocurrido con tantas otras voces, habría seguido un proceso de espiritualización. Así, en Grecia el término ya se aplica con un significado simbólico para indicar el momento crucial o punto de inflexión o ruptura en el curso de una enfermedad¹¹. Los textos del griego Galeno son buena prueba de ello: denomina «crisis» al instante donde «está sellada la suerte del paciente». Ahí se dilucida el futuro del enfermo: la recuperación o el empeoramiento¹². Curiosamente, desde los antiguos, ese momento crucial ha sido llamado «del juicio» o «decretorio» a que ya nos hemos referido. Aquí tenemos otra muestra más de la conexión que existe entre las ideas de «decreto», «juicio» y «crisis». Tal conexión también puede encontrarse recogida en aquella expresión con que, según veíamos con anterioridad, se designa desde antaño al momento mismo de la muerte: *hora decretoria*¹³.

Con el correr del tiempo, el uso del término «crisis» se extenderá –sobre todo en los siglos XIX y XX– a los ámbitos de la política y la economía¹⁴. Son sobradamente conocidas las expresiones «crisis ministerial» o la más compleja de «crisis económica». En cualquiera de los casos, se trata de situaciones conflictuales o problemáticas que generan incertidumbre en una comunidad¹⁵, y que exigen la

11. Se extractan algunos textos de Galeno en *Thesaurus Graecae Linguae*, Akademische Druck, Graz, 1954, vol. IV, voz «*krisis*». En COROMINAS, J. y PASCUAL, J.A., *op. cit.*, voz «crisis», se define como «mutación grave que sobreviene a una enfermedad para mejoría o empeoramiento» y también como «momento decisivo en un asunto de importancia».

12. Cfr. «crisis», *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*, T. XVI, Espasa-Calpe, Madrid, 1968.

13. Por eso se explica que desde antaño, las ideas de crisis y juicio aparezcan enlazadas e incluso confundidas. Así, puede verse cómo, en 1726 crisis se define como «el juicio que se hace sobre una cosa, en fuerza de lo que se ha observado y reconocido acerca de ella...» en *Diccionario de Autoridades*, ed. facsímil de la Real Academia Española, Madrid, 1963, voz «crisis».

14. Sobre los distintos sentidos de crisis puede consultarse el *Diccionario de las Ciencias Sociales*, Tomo I, Madrid, 1975, págs. 587 y siguientes.

15. «Por este motivo suele entenderse por *crisis* una fase peligrosa de la cual puede resultar algo beneficioso o algo pernicioso para la entidad que la experimenta. En general, no puede, pues, valorarse *a priori* una crisis positiva ni negativamente, ya que ofrece por igual posibilidades de bien y de mal (...) el ingreso en la fase crítica equivale a la penetración

adopción de decisiones que permitan salir con acierto de la «encrucijada»¹⁶.

Ahora, y como conclusión de todos los datos extraídos del estudio etimológico, nos encontramos en condiciones de proponer de manera fundamentada un primer concepto-guía de decreto, que nos sirva como hilo conductor a lo largo del estudio.

Tal concepto de orientación podría ser el siguiente: *acto deliberativo y resolutorio con que se discierne y se decide ante una disyuntiva*.

II. ORIGENES DE LA INSTITUCION

Concluido el rastreo etimológico de «decreto» nos ocupamos sucintamente de las primeras aplicaciones del término para designar actos intelectuales y volitivos de significación jurídica.

1. El decreto en Roma

En la Roma clásica, se denominaba «*decretum*» a un tipo peculiar de decisiones adoptadas por los magistrados *cum iurisdictione*¹⁷. Concretamente, este nombre se reservaba para ciertas determinaciones deliberativas y volitivas emitidas por el magistrado con ocasión de un proceso litigioso entre particulares. En cambio, cuando ese mismo magistrado dictaba disposiciones de eficacia general se singularizaban con el nombre de *edicta*.

Según se sabe, en la época clásica la *iurisdictione* era el poder del magistrado para intervenir con decisiones vinculantes en las controversias entre particulares. Esto no significa que actuara como juez¹⁸. El juez (*iudex privatus*) no era un magistrado, ni un funcionario, sino un parti-

en un ámbito en el cual reinan, según los casos, la desorientación, la desconfianza o la desesperación.» En FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, vol. I, voz «crisis».

16. La aplicación del término «crisis» en el contexto político es relativamente reciente. Así, es significativo que la expresión «crisis ministerial» no se recoja hasta la edición de 1884 del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

17. BERGER, Adolf, *op. cit.*, voz «*decreta magistratum*».

18. «Hubiese sido un grave insulto a la libertad del *civis Romanus* el que un organismo oficial se le impusiera como *iudex* en un litigio privado. El magistrado, el Pretor de Roma, instruía la instancia, autorizaba el proceso, lo prejuzgaba en cierto modo; a eso se llamaba el *ius dicere*; y *iurisdictione* es la función del magistrado que administra justicia. Formalizado el litigio en el contrato procesal llamado *litis contestatio*, el asunto pasaba al juez privado, que las partes habían nombrado libremente. El juez tenía que recibir las pruebas dispuestas por las partes, si bien conservaba libertad para valorarlas sin tasas ni presunciones

cular al que, por su prudencia y autoridad, se encargaba el dictamen sobre lo justo¹⁹. Por eso su acuerdo –*sententia*– era un simple parecer, una opinión²⁰. Incluso la etimología de la palabra evoca esa idea: *sententia* deriva de *sentire*, verbo que, desde luego, no sugiere vinculatoriedad. Por el contrario, las decisiones que el magistrado adoptaba en relación al litigio –*decreta*– sí tenían carácter definitivo²¹ y fuerza vinculante, y podía hacerlas efectivas recurriendo incluso a mecanismos de coacción física²².

De esta forma, en el ámbito jurisdiccional, se llamaba *decretum* a las siguientes decisiones del magistrado: la que concedía acción al particular (*decretum de dare actionem*)²³; la que creaba una nueva acción cuando, no estando prevista en el edicto, el magistrado lo estimaba razonable²⁴; la que acordaba la *litis contestatio*²⁵; o también la que establecía en embargo de bienes: decreto de *missio in possessionem*. Por último, se llamaba *decreta* a los actos decisorios de los magistrados dictados en el marco de la jurisdicción voluntaria: aquéllos que otorgaban la *possessio bonorum*, nombran tutores o curadores, concedían la *restitutio in integrum*, autorizaban a los menores de veinticinco años para enajenar bienes, acordaban manumisiones o emancipaciones, etcétera²⁶.

fijas, y, finalmente, declaraba su opinión con toda llaneza, sin necesidad de formalidades especiales. Con su opinión, son su *sententia*, las *res*, quedaba *iudicata*, y el Pretor podía conceder la ejecución. La función del juez se llamaba *iudicatio*». En D'ORS, Alvaro, «De la «prudencia iuris» a la «jurisprudencia del Tribunal Supremo» y al Derecho Foral», en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, nº 24, Roma-Madrid, 1973, pág. 58.

19. D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, EUNSA, 8ª edición, Pamplona, 1991, págs. 110 y siguientes.

20. D'ORS, Alvaro, «Las declaraciones jurídicas en el Derecho Romano», AHDE, 1964, pág. 572.

21. Se deduce también esa fuerza de los decretos de los magistrados, de las palabras de D'ORS, cuando dice que la *denegatio actionis* no se daba mediante un decreto, y carecía de efectos decisorios, ya que el demandado podía volver a *postulare* ante el mismo u otro magistrado. D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado...*, pág. 139.

22. DE RUGGIERO, Ettore, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, vol. II, Spoleto, 1910, voz «*decretum*». Sobre los decretos de los magistrados romanos vease también DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Tomo IV, París, 1861, voz «*edictum-decretum*»; y *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertunswissenschaft*, Vol. IV.II, Stuttgart, 1901, voz «*decretum*».

23. Cfr. KASER, Max, *Das römische Zivilprozessrecht*, vol. 3.4, Munich, 1966, pág. 179.

24. Estas acciones, al crearse *ex novo* por el decreto del magistrado recibieron el nombre de «acciones decretales». Obsérvese la eficacia legislativa de tales decretos.

25. Es el decreto por el que el Pretor fija definitivamente la fórmula, que se hace constar en unas tablillas que aquél cede al *iudex*. En D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado...*, págs. 144 y 145.

26. DE RUGGIERO, Ettore, *op. cit.*, vol. II, voz «*decretum*». Además, para lograr la paz y la seguridad en las relaciones privadas y, en especial, para hacer respetar las situaciones

También en el ámbito municipal el nombre se aplicó a otras determinaciones resolutorias del magistrado que, aunque no eran emitidas con ocasión de un proceso litigioso, tenían carácter de determinaciones prudenciales ante situaciones problemáticas. Así, se llamó *decretum* a aquellas decisiones que resolvían cuestiones de gestión ordinaria o buen gobierno de la comunidad: salud u orden público, entre otras materias. Son ejemplo de estos últimos los decretos de imposición de multas.

Por extensión, en la época de la República se utilizó la voz en cuestión para singularizar las determinaciones volitivas de otras autoridades que guardaban cierta analogía con esas decisiones prudenciales de los magistrados. Es el caso de los acuerdos adoptados previa cuidadosa deliberación por el Senado romano ²⁷, los senados municipales ²⁸, las corporaciones privadas ²⁹, los colegios pontificales o los de augures. Como

de apariencia jurídica, el magistrado dispone de un instrumento: el interdicto, orden decretada que puede consistir en prohibición, restitución o exhibición. En un principio se llamaba propiamente *interdicto* a los prohibitorios, y los otros interdictos eran designados como *decreta*. D'ORS, Alvaro, *Derecho privado...*, págs. 130 y 131. Véase también KASER, Max, *op. cit.*, págs. 137 y 138.

27. Sólo genéricamente se aplicó el término *decretum* a los acuerdos del Senado Romano. Es de suponer que la razón era la analogía que guardaban con la actividad de discernimiento prudencial. Técnicamente sus decisiones se llamaron *senatus consulta*. Es especialmente recomendable consultar la obra de Pierre WILLEMS, quien nos dice acerca de la función consultiva del Senado y el valor de sus pronunciamientos que «era un principio admitido por el pueblo romano que toda medida importante, sea en la esfera privada, sea en la esfera administrativa, debía ser discutida antes de la ejecución en un consejo de padres, de amigos o de hombres competentes. El padre que quiere castigar a su hijo, el marido que juzga a su mujer cuando tiene la intención de repudiarla, antes de tomar una decisión requiere el consejo de un grupo de amigos o de padres. El juez o el árbitro, designado por el magistrado con jurisdicción, se asiste de un *consilium* de hombres de ley...» Cfr. WILLEMS, Pierre, *Le Sénat de la République romaine*, reproducción de la edición de 1883-1885 (Lovaina), Aalen, 1968, vol. II, págs. 121 y siguientes; idem., *Le droit public romain*, Lovaina, 1874, pág. 208. Para una mayor información WOLFF, Hans Julius, *Introducción Histórica al Derecho Romano*, traducción al castellano de José M^a Fernández Pomar, Santiago de Compostela, 1953; *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1901, Vol. IV.II, págs. 2294 y 2295; MOMMSEN, Theodor, *Compendio del Derecho Público romano*, trad. al castellano por Pedro Dorado Montero, Madrid, 1893, págs. 558 y ss. Sobre el término «*decretum*» para las decisiones del Senado ver también MARTINO, Francesco de, *Storia de la Costituzione Romana*, II, 2^a edición, Nápoles, 1973, págs. 192 y ss.

28. BERGER, Adolf, *op. cit.*, voz «*decreta decuriorum*».

29. Las corporaciones de artesanos, funerarias y en general las privadas modelan su ordenamiento interno al igual que la constitución del municipio, y por eso denominan también *decreta* a algunas de sus decisiones. En relación a los senados municipales, se habla de *decretum decuriorum*, *decretum ordinis decuriorum*, *decretum decuriorum et populi* o *decretum decuriorum et plebis*. Valga como ejemplo de esos decretos de las corporaciones privadas aquél por el que la *gens fabia* estableció el celibato para sus miembros; o aquél de la *gens cornelia* imponiendo el modelo de sepultura para los miembros de la *gens*. En RUGGIERO, Ettore, *Dizionario epigrafico...*, voz «*decretum*».

ejemplo de *decretum* del colegio augural, puede citarse aquella determinación dictada con ocasión de una calamidad o peligro prodigiosamente anunciada para imponer los sacrificios y las expiaciones que habían de oficiarse en previsión del infortunio ³⁰.

En fin, como se ve, en sus primeras aplicaciones el término *decretum* servía para indicar las determinaciones prudenciales dictadas por una autoridad para resolver un problema o una situación conflictual. Obsérvese cómo en esas antiguas utilizaciones de la voz se hallan presentes aquellos rasgos que deducíamos a partir del rastreo etimológico, y con base en los cuales aventurábamos un primer concepto de decreto: *acto deliberativo y resolutorio con que el que se discierne y se decide ante una disyuntiva problemática*.

Más tarde, en la etapa constitucional conocida como el Principado, el término *decretum* adquiere una particular importancia al utilizarse para indicar un tipo concreto de actos dispositivos del Príncipe: concretamente, aquellas determinaciones emitidas por quien ostenta la suma autoridad y potestad en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales ³¹.

Como es sabido, Augusto, en el año 27 a. de C., reúne en sí la autoridad y la potestad, y asume las competencias que, hasta entonces, venían correspondiendo de forma temporal a los magistrados ³². Asistimos, pues –en palabras de Hans J. WOLFF– a una concentración radical del poder político ³³. A partir de ahora *decretum* servirá para indicar una de las cuatro especies de constituciones o instrumentos dispositivos de quien ocupa la posición más elevada en la organización política ³⁴: *edicta, mandata, decreta* y

30. En RUGGIERO, Ettore, *op. cit.*, voz «*decretum*»; y D'AREMBERG ET SAGLIO, *op. cit.*, voz «*edictum-decretum*».

31. GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto romano*, Editore Jovene Napoli, 10ª edición, Nápoles, 1994, págs. 443 y 444.

32. Sobre el contexto y la organización política romana hemos manejado las obras siguientes: GAUDEMET, Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Ed. Montchrestien, París, 1982, págs. 155 y ss.; CARPENTIER, J. y LEBRUN, F., *Breve historia de Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 4 y ss.; LOEWENSTEIN, Karl, *The Governance of Rome*, La Haya, 1973; TORRENT, Armando, *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982; WOLFF, Hans Julius, *Introducción...*; y MOMMSEM, Theodor, *Compendio del Derecho...*

33. «La posición constitucional del *Princeps* era la propia de una monarquía. Los *comitia* no fueron abolidos, pero pronto dejaron de funcionar. La legislación popular fue reemplazada por la legislación senatorial (...) pero la aprobación por el Senado de proyectos de ley presentados por el emperador llegó a ser algo meramente ritual (...). Los cónsules y los pretores, aunque teóricamente su magistratura y su *imperium* seguían siendo los mismos de antes, descendieron al plano de meros funcionarios ejecutivos encargados de deberes específicos en relación con la administración y funciones judiciales». En WOLFF, Hans Julius, *op. cit.*, págs. 49 y siguientes.

34. En relación con las fuentes en la época del Principado dice GAYO «que la constitución del Príncipe es lo que establece por decreto, edicto o rescripto...». Texto de las «*Instituta*

rescripta. Los primeros son disposiciones de carácter legislativo, semejantes a los de los pretores y cónsules en la República³⁵. Por su parte, los *mandata* son instrucciones dirigidas a los funcionarios del Príncipe, algo parecido a las que hoy entre nosotros se llaman *circulares o instrucciones*. Y, finalmente, los *rescripta*, como el propio nombre indica, son respuestas escritas dadas por el emperador a las consultas que se le formulan. Veamos con mayor detenimiento qué se indica ahora con el término *decretum*.

Se designan con *decretum* las sentencias o fallos judiciales con que el Emperador³⁶, máximo detentador de la autoridad y de la potestad, dirime los litigios sometidos a su conocimiento *extra ordinem* o en apelación³⁷. Pensemos, por ejemplo, en dos ciudadanos romanos que litigan ante el Pretor, quien en este caso concreto duda acerca de cuál sea la solución justa. Ante tal incertidumbre, eleva la cuestión al Juez más alto, al magistrado supremo que posee la autoridad y la potestad para resolver definitivamente la situación conflictual. Tal participación del Príncipe en la administración de justicia se produce normalmente en casos que resultan oscuros para los jueces inferiores³⁸. Según SAVIGNY, en estos casos, el Príncipe actuaría a modo de Tribunal Supremo del imperio³⁹.

de Gayo» recogido en la obra de GARCÍA GALLO, Alfonso, *Textos jurídicos antiguos*, Madrid, 1953, pág. 38.

35. Sobre éstos *edicta*, y en definitiva sobre las formalidades de la potestad legislativa del Príncipe, SAVIGNY señala que «*puesto que sólo éstos (los edictos) tenían la autoridad general de la ley, debían existir signos ciertos, por medio de los cuales se les pudiese distinguir de otras constituciones (...): el nombre de edictum o generalis lex, la comunicación al Senado por medio de una oratio, la publicación por los lugartenientes de las provincias, y, en fin, la mención de que la constitución tiene fuerza obligatoria para todos*. En SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano actual*, obra traducida al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1924, págs. 132 y ss.

36. BERGER, Adolf, *op. cit.*, voz «*decreta principis*». En la obra de MAROTO *Instituciones de Derecho Canónico*, en nota al pie (9) en las páginas 351 y 352 pueden leerse las siguientes palabras de Teófilo: «*¿Qué es, pues, decreto? Una sentencia del Príncipe dada entre dos partes que ante él litigan ...*», MAROTO, Felipe, *Instituciones ...*, Madrid, 1919, págs. 351 y 352.

37. ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, traducida al castellano por Francisco Pelsmaeker e Ivañez, Madrid, 1963, pág. 298.

38. MARTÍN, Fernando, *La documentación griega de la cancellería del emperador Adriano*, EUNSA, Pamplona, 1982, págs. 301 y ss. Finalmente, y respecto a estos *decreta* diremos que es clásica entre los romanistas la discusión acerca de su valor. Unos sostienen que es legislativa, en el sentido de que obliga en los casos posteriores; otros los consideran precedentes autorizadísimos. Por su parte, SAVIGNY sostiene que, al igual que las sentencias, sólo se aplican al caso particular, y las reglas de Derecho contenidas en sus disposiciones no tienen fuerza de ley para los litigios futuros, pero las reglas aplicadas en los decretos, gozan de gran autoridad; los jurisconsultos hacen colecciones de ellas, y frecuentemente, un sólo decreto sirve de base al establecimiento de un principio nuevo.

39. SAVIGNY, F.K., *op. cit.*, pág. 135. Por otra parte, dice el profesor TORRENT que esta casi ilimitada potestad del Príncipe radica en que ha recibido el *imperium* mediante ley

Así, la noción de *decretum* que puede extraerse es la de acto prudencial –al igual que las sentencias de los jueces o prudentes– y decisorio –en cuanto que resuelve definitivamente–, dictado por quien tiene la suma potestad y autoridad. Mediante el acto deliberativo y decisorio el supremo magistrado zanja las situaciones conflictuales.

En suma, en las aplicaciones de la voz *decretum* durante la época del Principado y del Imperio resaltan principalmente dos rasgos: primero, el de acto deliberativo prudencial y decisorio; segundo, el de expresión de voluntad de quien tiene el máximo poder en la comunidad política con el que se resuelve una situación conflictual.

2. Recepción de la idea de decreto en los primeros tiempos de la Iglesia

Como es sabido, la estructura organizativa de la Iglesia comienza a forjarse durante la etapa imperial romana. Hasta tal punto se dará una influencia de lo romano en la incipiente organización eclesial, que incluso puede apreciarse cierta analogía entre las respectivas estructuras constitucionales de la Iglesia y el Imperio: Pontífice-Emperador, concilios-asambleas del pueblo romano (*concilia plebis, comitia centuriata, comitia tributa...*), etc.⁴⁰. Muchas instituciones romanas se adoptan e incorporan a la organización de la comunidad espiritual. Tales instituciones se conservarán en este marco una vez desaparecido el Imperio Romano en el siglo V después de Cristo. De ahí, a su vez, se tomarán por algunas comunidades políticas en la Alta Edad Media.

La influencia de lo romano también se proyectará en el ámbito de los instrumentos dispositivos. Así, como prueba de esa impronta nos queda el nombre de diversos vehículos de producción jurídica eclesial: constituciones, rescriptos, decretos, etcétera.

Acerca del decreto, señalábamos en páginas anteriores que, en las postrimerías del Imperio, se perfila como acto personal de enjuiciamiento y determinación de quien detenta la suprema potestad y autoridad. Recuérdese cómo, ya entonces, el término *decretum* quedaba reservado para indicar las sentencias del Emperador, que, actuando en su categoría de magistrado supremo resolvía con carácter definitivo aquellos litigios que, *extra ordinem* o en apelación, eran sometidos a su conocimiento.

votada en los comicios. Apoya tal afirmación en los textos de Ulpiano relativos a la *lex de imperio*. TORRENT, Armando, *op. cit.*, pág. 418.

40. Sobre la formación en Roma de la estructura constitucional de la Iglesia y los elementos tomados del sistema romano, véase LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, pág. 416 y siguientes.

Pues bien, en el ámbito canónico, se recibirá el término *decretum* para designar, al igual que en la etapa anterior, actos deliberativos y decisivos que zanján un problema, y tienen como autor a quien ostenta el máximo poder: ante todo el Sumo Pontífice; y, en un segundo plano, los obispos en sus correspondientes comunidades parroquiales.

Tal recepción tendrá lugar con algunas adaptaciones. La voz se empleará en un sentido más amplio que el que se le diera en Roma. Mientras allí, *decretum* se conectaba a lo judicial en sentido estricto, aquí señalará las determinaciones del Sumo Pontífice en cuanto que tienen ciertas resonancias de acto judicial o de discernimiento cuidadoso que este adopta como guía espiritual y suprema autoridad de la comunidad cristiana. Y es que se entiende que el Pontífice en la Iglesia viene a desempeñar una función análoga a la del Emperador cuando juzga: señalar a través de sus decretos la solución más adecuada, previo cuidadoso discernimiento, a los problemas que son elevados a su conocimiento por los primeros cristianos.

Tenemos, pues, que se llamaba *decreta* a las respuestas o determinaciones dadas a fieles o a comunidades por las que se resolvía la duda planteada en torno a una cuestión problemática particular. Los fieles elevaban la cuestión al Pontífice. Este, tras un proceso deliberativo emitía su decisión ordenadora, su *decretum*, que era comunicado por carta a los consultantes. Se explica así que se llamara «decretales»⁴¹ a las cartas del Obispo de Roma a través de las cuales comunicaba sus *decreta* a las per-

41. Aunque corresponde a una época muy posterior, en la decretal siguiente pueden apreciarse nítidamente los rasgos que venimos mencionando. Se trata de una decretal del Papa INOCENCIO III dirigida al arzobispo de Santiago de Compostela (12 de marzo de 1206): «[A Pedro] arzobispo Compostelano. De tu parte se planteó ante Nos que ciertos canónigos regulares, que acaso quieren mostrarse peritos en Derecho y encuentran materia para vagar fuera del claustro, tratan de ejercer el oficio de abogado no sólo en lo eclesiástico sino también en las causas forenses. Y como se opone a ello que, según las sanciones canónicas, no deben ser encargados de negocios forenses o eclesiásticos, ni ejecutores, a no ser que convenga a la utilidad del monasterio, ordenándolo en todo caso el abad, éstos alegan para excusar su insolencia, que aquél capítulo por el que se prohíbe lo anterior se ve que habla claramente de monjes y no de canónigos regulares. Por ello quisiste consultarnos sobre si debe admitírseles al patrocinio.

A lo cual, respondemos a tu discreción de tal manera: que el mismo juicio creemos que han de observar los canónigos regulares que los monjes en cuanto a lo arriba dicho, aunque se hable expresamente de monjes en el canon.»

El texto de este decreto lo hemos tomado de GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tomo II (Fuentes), 9ª edición, Madrid, 1982, pág. 143.

Al estudiar la figura de los decretos de los monarcas en el Antiguo régimen, veremos cómo se repite esta estructura; pero entonces se tratará del decreto del rey a respuesta de la consulta que le formula el Consejo.

sonas o comunidades que le habían elevado una consulta ⁴². Clara muestra de la importancia que llegaron a alcanzar los decretos pontificios en la formación del Derecho de la Iglesia, es el hecho de que en la Alta Edad Media se conociera este ordenamiento como *ius decretalium*. Más adelante se llamará también *decreta* a las resoluciones en materia disciplinaria expedidas por el Papa o por los obispos.

Obsérvese cómo también ahora están presentes aquellos rasgos que deducíamos a partir del rastreo etimológico de la voz: acto deliberativo de carácter prudencial con que se zanja un conflicto o se resuelve una cuestión por quien tiene autoridad para ello.

Esta noción de decreto como acto prudencial de autoridad, cuya virtualidad es la de poner fin a una situación problemática o conflictual, puede verse presente también en una aplicación famosa del término «decreto». Nos referimos a la gran obra canónica conocida como «Decreto de Graciano». El empleo de la palabra para designar la obra del monje boloñés refleja el concepto de decreto que en la época circulaba. Allá por el siglo XII, cuando comenzó a extenderse la enseñanza del Derecho Canónico, se hizo particularmente patente la confusión que existía en materia de cánones. La abundancia de colecciones privadas y la falta de correspondencia entre los contenidos creaban a menudo el problema de no saberse exactamente cuáles eran los cánones auténticos. Ante esta situación problemática, Graciano publicó una obra privada que tituló «Concordancia de los cánones discordantes», y que por su buen orden y claridad mereció la general aceptación, y la pontificia del Papa Eugenio III. La obra de Graciano resolvió ante la confusión en materia de cánones. Parece que fue esa la razón de que se le diera el nombre de «decreto».

Veamos ahora el decreto en el Derecho Canónico desde la perspectiva del autor de tales actos prudenciales y decisorios. Como hemos venido diciendo, se llama decretos a determinadas resoluciones del Pontífice. Así pues, al igual que ocurriera en el Derecho romano, la palabra se uti-

42. Sobre las decretales de los Papas como documentos en los que se contienen sus decretos, véase GARCÍA GALLO, Alfonso, *op. cit.*, vol. I, págs. 194, y 210 y siguientes. Así, las decretales, de las que luego se harán colecciones, son respuestas de los Pontífices a las consultas de los fieles y miembros de las comunidades cristianas en general. Aunque fueran dictadas para un caso particular, al derivar de la máxima autoridad, probablemente revisitaran un valor universal. Sus contenidos son **decretos del Romano Pontífice**. Los términos que, en estas respuestas por escrito a problemas concretos, indicaban la autoridad de los acuerdos pontificales, eran los siguientes: *decernimus, constituimus, praecipimus, definimus, prohibimus... etc.*. También puede consultarse a propósito de las decretales, GARCÍA GARCÍA, Antonio, *Historia del Derecho Canónico*, Tomo I (primer milenio), Salamanca, 1967, págs. 167 y siguientes.

liza para las disposiciones jurídicas de quien ostenta el poder supremo, la autoridad suma. Si en la etapa imperial del mundo romano, la voz primera y más autorizada, la más alta, era la del Emperador; aquí, en el ámbito canónico, lo será la del Pontífice.

Nos encontramos así con un hecho histórico que es de importancia fundamental en nuestra investigación: el empleo predominante, y diríamos que ya típico o antonomástico, del término «decreto» para denominar las determinaciones volitivas de aquél que en una determinada comunidad ostenta la posición de suma autoridad y potestad. Así se explica que, más adelante, en el ámbito político, se llame «decretos» a los actos deliberativos y decisorios de quien detenta la posición más alta en la comunidad política: monarcas, jefes de Estado, Directorios, Asambleas con poderes soberanos y extraordinarios, etc.

Hay, sin embargo, otro dato histórico que debemos igualmente destacar por su valor de precedente. Ya en la Edad Media el término «decreto» comenzó a utilizarse para singularizar determinados acuerdos conciliares especialmente trascendentales. Según parece, la aplicación del término a esos acuerdos –ligado ya, como hemos dicho, a la ostentación de la autoridad suprema–, podría estar conectado con el reforzamiento de la teoría conciliarista en los principios de la Edad Media ⁴³. La palabra sugeriría la suprema potestad de quien, con su acto prudencial y decisorio establece los cánones de ordenación general y adopta otras medidas vinculantes.

Con el paso del tiempo, sin embargo, el término alcanzará una gran difusión, que ha de redundar en un cierto oscurecimiento de su preciso sentido primigenio. Se comprende por ello que, en el ámbito jurídico canónico actual, sus aplicaciones sean un tanto arbitrarias, y ésto acabará desembocando en un desdibujamiento de aquel sentido originario. Así hoy, se denomina «decretos» a determinadas decisiones del Papa, las sagradas congregaciones, o los obispos, sean actos aprobatorios de los reglamentos o resoluciones de carácter administrativo etc. ⁴⁴.

43. Como apuntamos en su momento, ya en Roma el nombre «decretum» se habría aplicado también a las decisiones adoptadas por otros órganos colegiados de representación: los decretos municipales, de los que son continuación los de nuestros días.

44. Sobre la difusa aplicación del término en el ámbito canónico pueden verse AAVV (Instituto Martín Azpilicueta), *Manual de Derecho Canónico*, EUNSA, Pamplona, 1988, págs. 276 y siguientes; y LABANDEIRA, Eduardo, *Manual de Derecho Administrativo Canónico*, EUNSA, Pamplona, 1988, págs. 439 y siguientes. Véase también el Título III, Libro I, del Código de Derecho Canónico: «De los decretos generales y las instrucciones». En el Título IV del mismo Libro que trata, entre otras cosas, de los actos administrativos singulares, puede leerse, por ejemplo, que «el acto administrativo singular, bien sea un decreto o

Por otra parte, todavía resuena en el Derecho Canónico y en la práctica forense civil, aquella primitiva acepción de *decretum* como resolución judicial ⁴⁵, que veíamos en la época romana clásica: en particular, los *decreta* de los magistrados con *iurisdictio*. Ahora, se llama decretos a las resoluciones interlocutorias adoptadas por un juez en el transcurso del proceso ⁴⁶.

De todos modos, y para concluir el presente apartado, hemos de retener especialmente esa idea de decreto como acto deliberativo prudencial, e incontrastablemente decisorio, que, ante una situación de disyuntiva o conflicto, es realizado por quien ostenta la máxima potestad. Es el acto carismático de quien «juzga a un pueblo» en el amplio sentido bíblico del término ⁴⁷. De ahí vendrá precisamente la idea de decreto como acto expresivo de la voluntad del monarca. Lo comprobaremos oportunamente.

un precepto...» (canon 35). Por su parte, en el cánón 1617 se emplea el término decreto para señalar resoluciones de naturaleza jurisdiccional: «fuera de la sentencia los demás pronunciamientos del juez son decretos, los cuales, salvo que sean de mero trámite, carecen de toda eficacia si en ellos no se hacen constar, al menos de modo sumario, los motivos, o no remiten a motivos expresados ya en otro acto». Creemos que todo lo anterior es suficientemente expresivo, en el sentido de poner de manifiesto la actual indefinición de la idea de decreto en el ámbito canónico. La edición del Código consultada es la traducida y anotada por el «Instituto Martín de Azpilcueta», EUNSA, Pamplona, 1987. Por otra parte, la extensión con la que se utiliza la palabra es apreciable en esta definición de un canonista clásico: «*decretum: vi vocis, est quod statuitur deliberatione praemissa vel causa seu estime cognita*». En *Prolegomena* de VAN HOVE, Roma, 1945, Tomo I, Pág. 73.

45. Para más información sobre los decretos en Derecho Canónico véanse, DE LA BROSE, O., *Diccionario del Cristianismo*, Barcelona, 1974, voz «decreto»; *Dictionnaire de Droit canonique*, Tomo IV, París, 1947; y VACANT Y MANGENOT, *Dictionnaire de théologie catholique*, París, 1911, Tomo IV, voz «décret».

46. Por otra parte, los diccionarios jurídicos de los siglos XVII, XVIII, e incluso XIX normalmente se refieren a *decretum* como decisión judicial distinta de la sentencia. Pueden consultarse BARBOSAE, Agustini, *Repertorium iuris civilis et canonici*, 1669, voz «*decretum*»; CASTEJÓN, Aegidig *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoreticum, practicum, morale, atque politicum*, Madrid, 1678, voz «*decretum*»; FACCIOLATI, J. y FORCELLINI, A., *Totius Latinitatis Lexicon*, Tomo II, 1828, «*decretum*». Aún hoy, aunque estas resoluciones judiciales en la práctica del foro, al menos en España, se designen como «providencias» y «autos» (artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881), en el lenguaje del común de la gente se conserva aquella idea de decreto como resolución por la que el juez o magistrado en ejercicio de esa suprema posición que ocupa en el proceso, zanja una cuestión. Apréciense tales resonancias en expresiones como las siguientes: «el juez ha decretado el secreto del sumario, la prisión, la fianza, el embargo de bienes..., etc.» Con toda probabilidad, en esta acepción del término decreto, y por extensión del verbo decretar, tiene su origen aquella utilización del verbo para designar determinadas actuaciones arbitrales, inclusive, las de los encuentros deportivos, a las que nos referíamos al principio de este trabajo.

47. Gobernar no es otra cosa que juzgar en sentido amplio, resolver prudencialmente ante las situaciones problemáticas que se plantean en la vida de la comunidad política. Se explica así que que antiguamente, llegaran a intercambiarse las expresiones «juzgar» y

III. EL DECRETO EN EL ANTIGUO ORDEN MONARQUICO

1. Consideraciones generales

Resumamos las conclusiones principales obtenidas hasta el momento. En la Edad Media, y con base en las experiencias del Imperio Romano y de la Iglesia, la idea de decreto, en su expresión principal, implica lo siguiente: en primer lugar que es un acto prudencial de cuidadoso enjuiciamiento y posterior determinación dirigido a zanjar una cuestión controvertida. En segundo, que procede de quien ostenta la magistratura de máxima dignidad. Y, por último, que responde a una visión del autor del acto como supremo juez, no sólo respecto a las personas individuales –ciudadanos o fieles–, sino también al gobierno de conjunto de las *res publica* o de la *ecclesia* como cuerpo social.

Con ello disponemos ya de una buena plataforma desde la cual emprender nuestra etapa siguiente: estudiar la figura del decreto como acto del monarca en la época que precede a la modernidad revolucionaria.

Nuestro programa inmediato va a constar de tres partes. La primera destinada al decreto en las más antiguas monarquías hispánicas. La segunda, en la monarquía limitada de la Edad Media tardía y comienzos de la Moderna. El objeto de la última parte es la irrupción del absolutismo con la generalización del real decreto.

Adviértase que, si bien las pinceladas que componen nuestra visión panorámica se refieren particularmente al monarca hispánico, hacemos también algunas indicaciones generales acerca de la evolución de las otras monarquías.

«gobernar» para referirse a la actividad del monarca al frente de su pueblo. Así, se decía que «el rey juzgaba a la comunidad política», es decir, la «gobernaba». Clara muestra de lo que decimos nos ha quedado en un pasaje del Antiguo Testamento. En él se cuenta cómo el pueblo de Israel pide a Samuel «*un rey para que los juzgue*», refiriéndose con ello a un rey que los gobierne prudencialmente. Pero este sentido que nosotros apuntamos puede abservarse con la lectura de los párrafos del texto mismo: «... *Los ancianos de Israel y se fueron donde Samuel a Ramá, y le dijeron: «Mira, tú te has hecho viejo y tus hijos no siguen tu camino. Pues bien, ponnos un rey para que nos juzgue, como todas las naciones». Disgustó a Samuel que dijeran: «Danos un rey para que nos juzgue» e invocó a Yahveh (...). Samuel repitió todas estas palabras de Yahveh al pueblo que le pedía un rey, diciendo: «He aquí el fuero del rey que va a reinar sobre vosotros: (...). El pueblo no quiso escuchar a Samuel y dijo: «¡no! Tendremos un rey y nosotros seremos también como los demás pueblos: **nuestro rey nos juzgará e irá al frente de nosotros y combatirá nuestros combates** (...).* (Libro I de Samuel 8, 1-20).

2. El decreto en las más antiguas monarquías hispánicas

Hablando muy genéricamente de la institución monárquica en los siglos de la Hispania altomedieval ⁴⁸ puede decirse que la idea del rey estaba fundada sobre la de padre la comunidad política, que asumía la misión de guiar prudencialmente a su pueblo. Esas monarquías hispánicas giraban en torno a una concepción prudencial de la forma de gobierno monárquica ⁴⁹. Así, en los primeros siglos de la Alta Edad Media, la monarquía gravitaba sobre la imagen del rey como padre, que dirige y resuelve con prudencia los conflictos que surgen en la comunidad y que ejerce previo discernimiento cuidadoso su actividad ordenadora en la sociedad política. El monarca de entonces estaba muy lejos de parecerse al monarca absoluto, y su poder se hallaba muy limitado, institucional y socialmente. Siendo importante su facultad decisoria como máximo dignatario, con frecuencia tenía que compartirla con otras instituciones, normalmente de corte conciliar o asambleario.

Lo propio del monarca era «juzgar» al pueblo en aquel sentido amplio de gobernar que decíamos anteriormente. El valor principal de sus determinaciones de gobierno residía en su autoridad prudencial. Por eso, los mandatos regios se entendían como determinaciones prudenciales del monarca. Tal vez por este paralelismo se vino en aplicar, ya en las más antiguas monarquías, el término *decretum* a las decisiones de gobierno del monarca ⁵⁰. Por tanto, antiguamente los decretos del rey consistían en determinaciones prudenciales que él adoptaba previo discernimiento cuidadoso en su labor de gobierno de la comunidad política.

48. La disgregación política de la época, y el particularismo sólo permite hablar de los rasgos de aquellas monarquías de forma muy genérica. Todos los autores coinciden en estos rasgos de debilidad del monarca. Así, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, señalará como dato que lleva a ello el crecente régimen señorial entre señores latifundistas y campesinos encomendados bajo su protección. En *Manual de Historia del Derecho Español*, 2ª edición, Madrid, 1980, págs. 113 y 114. Y más adelante señala el mismo autor que «el poder de los reyes y condes independientes fue débil durante los siglos VIII al XII. Para la defensa de la tierra, para la guerra contra musulmanes y a las veces contra los vecinos cristianos, necesitaban los reyes el apoyo constante de los magnates de su Corte; la nobleza militar y la jerarquía eclesiástica prestaban, respectivamente, su ayuda bélica y su bendición a los reyes...». Cfr. *op. cit.*, págs. 116 y ss.

49. «El rey no se presenta como legislador. La Alta Edad Media es la época del triunfo del rey-juez. El rey es el juez superior de la comunidad política al frente de la cual está por la gracia de Dios...» Cfr. IGLESIAS FERREIROS, Aquilino, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho Español*, II, Barcelona, 1988, pág. 85.

50. «En la Alta Edad Media, el rey, actúa como jefe militar y alto juez, no legisla sino excepcionalmente, y entonces lo hace como sucesor del rey visigodo, como le sucede a Alfonso V de León, que para reorganizar el reino (...) y promulga unas normas que denomina *decreta*». Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho Histórico Español*, Barcelona, 1974, pág. 58.

Como curiosidad, nótese que ese rasgo definitorio del decreto del rey como «acto de enjuiciamiento» queda particularmente patente en la redacción de las disposiciones jurídicas de la época. En la temprana Edad Media era muy frecuente comenzar las fórmulas dispositivas con el verbo latino *decernere*. Se destacaba así que el monarca había llevado a cabo un proceso de discernimiento, de cuidadosa ponderación, que finalmente le había conducido a adoptar tal determinación.

Por ejemplo, MARTÍNEZ MARINA se refiere a un decreto fechado en el año 811 por el cual el monarca determinaba cuáles habían de ser las sanciones en caso de incumplimiento de los acuerdos conciliares. En este caso el contenido intelectual de la decisión regia es de eficacia jurídica legislativa: «*hoc decretum ponimus ut per legis ordinem, de propriis rebus suis sanctae Ecclesiae dupplata omnia satisfaciat: insuper centum flagella extensus accipiat...*»⁵¹. El mismo autor se refiere también al decreto por el cual el rey Alfonso XI de León establecía el orden en que debían tratarse las distintas materias en la celebración de los concilios: «*In primis igitur censuimus ut in omnibus Conciliis que deinceps celebraduntur, cause ecclesie prius iudicentur... iudicato ergo ecclesie iudicio adeptaque iustitia, agatur causa regis, deinde populorum ...*»⁵². Obsérvese en este segundo decreto como queda particularmente reflejada esa idea de decreto como juicio prudencial.

Pero, además, ya hemos dicho que el poder del rey se hallaba limitado por otras instituciones que eran, normalmente, de naturaleza asamblearia. Por ejemplo, en la monarquía hispánica medieval, y todavía en la de los primeros tiempos de la Edad Moderna, se encuentran instituciones que responden de forma embrionaria a la idea de representación popular: son los Concilios⁵³ y, después, las Cortes⁵⁴. Rigió entonces aquella máxima política de procedencia romana «*quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*», cuya vigencia queda de manifiesto en la expresión cas-

51. MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación en los reinos de León y Castilla*, Tomo I, Madrid, 1834, pág. 47.

52. El texto de este decreto de Alfonso XI está tomado de la obra de COLMEIRO, Manuel, *Historia de las Cortes de León y Castilla*, Madrid, 1883, vol. I., págs. 6 y ss.

53. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, *op. cit.*, págs. 198 y siguientes.

54. A estas instituciones limitativas del poder regio se refiere Francisco MARTÍNEZ MARINA: «las grandes juntas del reyno, conocidas en lo antiguo con el nombre de Concilios, en el siglo XII con el de Curias, y desde Fernando III con el de Cortes, y compuestas solamente de eclesiásticos y barones ó de las dos clases de nobleza y clero, recibieron nueva organización, la más útil y numerosa de la sociedad civil a cuyo bien todo debe estar subordinado... El pueblo fue llamado al augusto congreso, adquirió el derecho de voz y voto en las cortes de que había estado privado...». Cfr. su *Teoría de las Cortes*, ed. preparada por PÉREZ PRENDES, José María, Editora Nacional, Madrid, 1979, pág. 99.

tellana acuñada por el Canciller Ayala: «*e pues a todos atanne, todos sean llamados*»⁵⁵.

Estas instituciones asamblearias participaban decisivamente en los negocios públicos, interviniendo en la elaboración de las disposiciones legislativas⁵⁶. También, en ocasiones, estos acuerdos recibieron el nombre de «decretos». Son conocidos los decretos del Concilio de León, o los de Coyanza.

3. El decreto en la monarquía limitada

Con el paso del tiempo, la posición del monarca en la Sociedad Política va a cambiar sustancialmente⁵⁷, y a consecuencia de ello, también los rasgos definitorios de la figura del decreto regio variarán. En este apartado vamos a estudiar dos aspectos. Primeramente, el decreto como acto regio con asistencia de otros órganos. En segundo lugar, la irrupción de la expresión «real decreto».

3.1. El decreto como acto regio con asistencia

Como es sabido, a finales del siglo XV el poder del monarca se refuerza de forma importante. La voluntad regia adquiere particular significación. Si antes, en sus determinaciones de gobierno, destacaba el aspecto prudencial, ahora lo que aparece en primer plano es su carácter de expresión de la voluntad del monarca.

A medida que nos adentramos en la Edad Moderna va mudando la configuración institucional del monarca. Así, en 1480 comienza el declive de las Cortes. Los monarcas empiezan a prescindir de ellas para el ejercicio de la tarea legislativa⁵⁸. Aquellos aspectos que anteriormente se

55. A propósito de las Cortes y de la participación popular en tales asambleas, es de notar que originariamente se debió a la fuerza social y económica adquirida por la población comerciante de las ciudades, sobre todo a partir del siglo XII. Después, ya en el siglo XIII, la doctrina defiende y justifica la intervención de todos los estamentos en el gobierno del Estado, influida por la recepción del derecho romano y, con él, de la fórmula política que figura en el Código de Justiniano (V, 59, 5): «*quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*». Ver GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, *op. cit.*, pág. 464.

56. Ver SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, reimpresión de 1994, México, 1994, págs. 173 y siguientes.

57. Sobre este cambio en la posición del monarca, y concretamente sobre el monarca hispánico ver BERMEJO, José Luis, «Principios y apotegmas sobre la ley y el Rey en la Baja Edad Media castellana», *Hispania*, XXXV, 1975, págs. 31 y ss.

58. PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Publicaciones Universidad de Valencia, Valencia, 1978, págs. 56 y siguientes.

abordaban por las Cortes, son atraídos al ámbito decisorio regio. Las disposiciones reales que en principio deberían haberse dictado en Cortes se presentan con mayor solemnidad y adoptan el título de «Reales Pragmáticas»⁵⁹. Esa reducción del papel de las Cortes va acompañada de otros cambios que, en definitiva, contribuyen a un reforzamiento importante de la posición regia, a una afirmación de la voluntad personal del monarca en el ejercicio del poder. El aforismo romano «*quod omnes tangit...*» se verá paulatinamente sustituido por otro, también romano: «*quod principi placuit legis habet vigorem*» (Ulp. D.1,4,1 pr.)⁶⁰.

Pero ello no significa que el monarca sea un gobernante con poder absoluto. Durante los siglos XV, XVI y XVII, en la Península Ibérica rige el sistema conocido como polisindodal o de Consejos. Estos órganos limitan el poder del rey, pues debe contar con ellos en su labor de gobierno.

Así, en el terreno de la producción jurídica de esos siglos nos encontramos con que el Rey y los Consejos se necesitan mutuamente para operar con eficacia jurídica. Aquél nada puede sin los consejos, y viceversa. De tal forma, para que una disposición jurídica viera la luz, era necesaria la intervención de ambas esferas institucionales.

Cuenta GARCÍA GALLO cómo el proceso de elaboración de una disposición jurídica seguía de ordinario los pasos siguientes⁶¹: primero, las cuestiones y problemas de gobierno, generales o particulares de cierta trascendencia, no se planteaban directamente al Rey, sino que, normalmente se elevaban a los Consejos, quienes se encargaban de hacerlos llegar al monarca en la forma procedente, es decir, resumidos e informados.

Para ello, el Consejo correspondiente estudiaba el caso, pedía los informes que estimaba necesarios y extractaba los asuntos elaborando una propuesta, que era designada con el nombre de «consulta». Dicha «consulta» era presentada al monarca por el Presidente del Consejo correspondiente, y el Rey decidía sobre el negocio de que se tratase. De esta forma, previo estudio de la cuestión, y sobre la base de lo extractado y remitido por el Consejo, el monarca emitía su decisión.

Pues bien, tal acto deliberativo y decisorio regio aparecía con el nombre de «*decreto*». El Rey lo anotaba al margen de la propuesta del Conse-

59. El precedente más remoto de esta figura se hallaría en las *pragmaticae sanctiones* de los emperadores romanos, que «como los antiguos rescriptos, no crean *generalia iura*, pero, como leyes que son, no tratan de asuntos privados (CJ. 1,23,7,2)». D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, 8ª edición, Pamplona, 1991, pág. 93.

60. Este principio significó, originariamente, que los rescriptos dados por el emperador tenían validez jurídica. Cuenta D'ORS que, más adelante se convirtió en expresión del absolutismo legislativo imperial. D'ORS, Alvaro, *op. cit.*, pág. 81.

61. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, pág. 215.

jo, y ordinariamente lo exteriorizaba y plasmaba en fórmulas tan sencillas como las siguientes: *ese es mi parecer, que así se haga, hágase como el Reino lo pide...*⁶².

Seguidamente, el documento donde figuraban la propuesta y junto a ella el decreto regio anotado marginalmente y de su propia mano, se remitía al Consejo correspondiente para que lo tramitase y le diese exacto cumplimiento. Para esto, el Consejo debía elaborar el adecuado instrumento de comunicación, que podía ser, entre otros, cédula, carta real, provisión, privilegio rodado. Se adoptaba uno u otro en función del contenido dispositivo. Según la importancia de este último, se utilizaba un instrumento de comunicación más o menos solemne. Por ejemplo, si era un asunto de grave importancia se recurría a la Real Pragmática, y, en ese caso, en el encabezamiento se hacían constar todos y cada uno de los títulos del Rey⁶³. Una vez elaborado así el documento, se presentaba nuevamente al rey para la firma.

Vemos así cómo durante estos siglos una cosa es el «decreto del rey», y otra el instrumento a través del cual se comunica: *pragmáticas, provisiones, cédulas, ordenanzas, instrucciones, cartas reales y declaraciones*⁶⁴.

Por tanto, en la época a que nos referimos cuando se habla de «decreto» es para indicar el acto personal mediante el cual el monarca daba respuesta a la consulta que se le formulaba por los Consejos. Después, revestía una forma u otra según cuál fuera el contenido o la importancia

62. En aquellos supuestos en que el monarca consideraba que no tenía la suficiente información, remitía nuevamente el billete al Consejo, anotando marginalmente que se le enviara más información. En este caso, no se hablaba de decreto, puesto que el monarca no zanjaba la cuestión sometida a su soberano conocimiento. Esta práctica de devolver las consultas del Consejo en espera de más datos fue seguida especialmente por Felipe II.

63. A propósito de las formalidades que habían de observarse al redactar estos instrumentos de comunicación: en qué casos debían encabezarse con los títulos del rey, cuando había de figurar el nombre del destinatario, etc., en la obra de ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del Despacho*, Instituto de Estudios Administrativos, II, 2ª edición, Madrid, 1976, págs. 440 y ss. se exponen los datos del del formulario de PRADO ROZAS del siglo XVIII.

64. Sobre tales manifestaciones jurídicas durante dicho periodo, así como sobre el significado de «decreto», véanse: DANVILA Y COLLADO, Manuel, *El poder civil en España*, Madrid, 1885, Vol. I y II; GARCÍA GALLO, Alfonso, «La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI», en AHDE, Vol. XXI-XXII, años 1951-52, pág. 618; LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 189 y 190; PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1978, págs. 13 y ss.; ARTOLA, Miguel, *La legislación del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pág. 13 y ss.; GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual...*, págs. 192 a 220; IGLESIAS FERREIROS, Aquilino, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, Vol. II, Barcelona, 1988, págs. 612 y siguientes.

del tema. Así, pragmáticas, reales provisiones, reales cédulas, etc., son vestimentas formales que adoptan *erga regnum* los decretos del rey. La forma de exteriorización más solemne es la pragmática sanción, que se reserva a las cuestiones más importantes, y su valor se equipara al de la ley dictada en Cortes; después, en orden de importancia, vendrían la real cédula, real provisión, y otras.

Vemos, pues, que ahora un decreto del rey se presenta ante todo como la determinación volitiva del monarca. No es que en el nuevo sistema político se ignore la importancia del acto prudencial del supremo «juez del pueblo», sino que se desea resaltar la inequívoca primacía de su voluntad gubernativa. Ello trasciende claramente de las fórmulas en que se expresa el decreto: «*Esta es mi voluntad*», «*Hágase*», entre otras.

Podemos ofrecer como ilustración una muestra interesante de decreto correspondiente a los comienzos del siglo XVI. Es un decreto que dicta el monarca respondiendo a una solicitud de la Diputación General en Navarra sobre reparo de agravios. Las peticiones de reparo se formulaban de manera parecida a las propuestas de los Consejos a que ya hemos hecho referencia. Una vez estudiadas, el monarca resolvía a través del correspondiente decreto. He aquí el ejemplo que hemos escogido ⁶⁵:

Petición de reparo hecha en 1527:

Suplicàmos à Vuestra Magestad, conforme à lo que està primero reparado, y por Vuestra Magestad escrito, à su Visso-Rey, haya de mandar juntar Cortes en cada un año, y no esperar dos años, porque el Pueblo pueda mejor satisfacer el servicio.

Decreto:

Acatando lo susodicho, mando, que de aquí adelante en cada un año los dichos tres estados sean llamados, para que se tengan las dichas Cortes, sin que en ello haga falta...

3.2. Irrupción del «real decreto»

Más adelante, ya en los principios del siglo XVII, aparecerá la expresión «real decreto» que muestra la acentuación del decreto como acto de voluntad personal del rey.

65. Pueden encontrarse numerosas muestras de estos decretos de reparo de agravios en *La Nueva Compilación de Leyes del Reino de Navarra, hechas por las Cortes Generales desde el año 1512 hasta 1716*. Tal Recopilación data del año 1735. Es una labor semejante a la Recopilación de Leyes de Castilla del siglo XVI, y se estructura en Libros y Títulos divididos por materias, donde se recogen disposiciones muy diversas. Cada una de ellas es designada como «ley».

Según aparece en las colecciones privadas, la expresión «real decreto» o «decreto real» habría comenzado a utilizarse hacia 1621⁶⁶. Probablemente lo fuera para designar aquellos decretos regios que se proyectaban directamente *erga regnum* sin la intervención de los Consejos, mostrando así esta expresión una clara acentuación de la voluntad personal del monarca en la emisión de disposiciones.

A nuestro juicio, al menos dos son las causas que motivan la aparición de estos «reales decretos». En primer lugar, la crisis del sistema polisindodal o de Consejos, que propició la emisión de disposiciones jurídicas regias al margen de tales instituciones. En segundo, la influencia temprana del absolutismo monárquico que empezaba a extenderse por Europa.

A principios del siglo XVII comienza la decadencia del sistema de consejos. Según cuentan los historiadores, su funcionamiento era lento, y ello demoraba la adopción de las decisiones. Téngase en cuenta que, para emitir un disposición, habían de superarse todas estas fases: llegada del asunto al Consejo correspondiente; elaboración de la propuesta por éste; elevación de la propuesta al Rey; resolución del monarca; reenvío de la cuestión al Consejo para que éste, finalmente, la dotara de una vestidura formal y la hiciera circular. Los problemas se acumulaban y se eternizaban en espera de solución, y todo se despachaba tarde y mal⁶⁷.

A propósito de esto, cuenta BERMEJO CABRERO que si, por ejemplo, el rey decretaba el nombramiento de un alto cargo como oficial a sus servicios, tal decreto no era suficiente para que el nombrado pudiera cobrar sus emolumentos, pues el nombramiento del rey carecía de eficacia dispositiva hasta que intervenían nuevamente los Consejos. De esta forma, las decisiones del rey quedaban en manos de estos últimos⁶⁸. Este mal

66. Pueden verse en las siguientes colecciones recopilatorias: MORENO GARBAYO, Natividad, *Colección de Reales Cédulas del Archivo Histórico Nacional*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Tomo I, Madrid, 1977; PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del Librero Hispano americano*, vols. IV y XV, Barcelona, 1951, voces «decreto» y «real decreto»; y, finalmente, GIL DE Ayuso, Alfredo, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1935. Además, se recoge el texto íntegro de algunos reales decretos correspondientes a los siglos XVII y XVIII, y especialmente interesantes para conocer los procesos de reorganización de la Administración Central Española, en la obra de ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del Despacho*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

67. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, «El Conde Duque de Olivares y la Administración de su tiempo», en AHDE, vol. LIX, 1989, págs. 21 y siguientes.

68. BERMEJO CABRERO, José Luis, *Estudios sobre la Administración Central Española*, (s. XVII y XVIII), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, págs. 62 y 63. Sobre estos aspectos pueden verse STRADLING, R.A., *Felipe IV y el gobierno de España (1621-1665)*, Cátedra, Madrid, 1989; (título original *Philip IV and the Government of Spain (1621-1665)*, trad. al castellano por Carlos LAGUNA). DANVILA, *El poder civil en España*, Madrid, 1885, Tomo III, págs. 21 y ss.

funcionamiento del sistema polisinodal era el preludio de su final, que habría de comenzar con el debilitamiento de estas instituciones limitativas del poder del Rey y el consiguiente fortalecimiento de la posición de este último.

Además, por entonces, las doctrinas absolutistas habían comenzado a extenderse. En la Francia de *Richelieu* se conocía la obra de BODINO, *Six Livres de la République* (1576). En España, el Conde Duque de Olivares, coetáneo del Cardenal francés ⁶⁹, advertía a Felipe IV el desmesurado poder alcanzado por los Consejos, y alentaba las reformas conducentes a un fortalecimiento de la posición regia.

Sin embargo, el empeño no era fácil. Los Consejos habían alcanzado gran fuerza en la estructura política y administrativa española. Eso convertía en inviable cualquier pretensión de eliminarlos. Se trataba, pues, de articular una segunda vía a través de la cual los decretos del monarca fuesen directamente ejecutivos, sin necesidad de pasar por los Consejos. A ello, entre otras cosas, se dirigen las dos reformas que se llevaron a cabo en 1621: la creación de la figura del Secretario de Despacho ⁷⁰ y del establecimiento de las Juntas de Ejecución ⁷¹. Así, según conviniera, podía crearse Derecho por la vía de los Consejos ⁷², o por la más expeditiva del «decreto real» o «real decreto».

En su mayor parte, los nuevos reales decretos versan sobre organización administrativa, nombramientos y ceses, y reglas de procedimiento. Pero también los hay de notable importancia legislativa ordinaria. Por ejemplo, el real decreto de 6 de febrero de 1686 por el que «manda S.M., para aliviar el mal estado de estos reinos, su despoblación y su falta de comercio, que se perdone lo que se declare por primeros contribuyentes hasta marzo y abril de 1686 por Millones, Alcabalas y Cientos» ⁷³. Es un

69. Es interesantísima la obra de ELLIOT, J.H., *Richelieu y Olivares*, Crítica (trad. Rafael SÁNCHEZ MANTERO), Barcelona, 1984, dos figuras que presentan muchísimas semejanzas y, desde luego, una idea parecida acerca de la organización política de su tiempo. Sobre el particular consúltense las págs. 59 y ss.

70. Sobre el Secretario de Despacho, véase particularmente ESCUDERO, José Antonio, *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, Instituto de Estudios Administrativos, vol. II, 2ª edición, Madrid, 1976.

71. DANVILA, *El poder civil en España*, Madrid, 1885, Tomo III, págs. 21 y siguientes.

72. Así lo relata BERMEJO CABRERA: «Todo el problema, si se quería gobernar adecuadamente, consistía en poder actuar directamente por la vía ejecutiva. Pero era muy difícil enfrentarse a los Consejos que estaban muy asentados en la estructura de la Monarquía y en cierta medida la representaban... la batalla se iba a librar de manera indirecta, tratando de restar fuerza ejecutiva a los Consejos, pero salvando las apariencias tradicionales. Unos modestos oficiales se encargarían de llevar a cabo la operación de desplazamiento de los Consejos.» Cfr. BERMEJO CABRERA, José Luis, *op. cit.*, págs. 63 y 64.

73. PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del librero...*, pág. 236.

real decreto de condonación fiscal, que incluiría probablemente la cancelación de los procedimientos ejecutivos ya iniciados.

De tal acentuación de la voluntad personal del rey tenemos prueba clara en la misma redacción de los textos. Por ejemplo, el real decreto de Felipe IV que se expone seguidamente es buena muestra de dos hechos: primero, que los consejos seguían funcionando mal, y cuando el rey recurría a ellos quedaba descontento; segundo, que el mismo estilo literario del texto del monarca es ya tajante y firme, expresivo de esa voluntad personal suya que le hace brillar como eje del sistema político. Los reales decretos son, pues, la mejor manifestación de esa tendencia, cada vez más patente, hacia el absolutismo monárquico. Vamos a verlo en este «real decreto» de Felipe IV:

S.M. en Madrid a 4 de Febrero. Sobre breve despacho de los negocios en Consejo. En 20 de mayo de 1643 publicóse y embióse copia a los officios.

*La dilación en las materias de Estado es de sumo inconveniente y assí disponer los medios que corran con brevedad es precisamente necessario, como la experiencia lo ha demostrado, por haber sucedido en muchos negocios sobre que escriben mis ministros, que por no respondérseles a tiempo se ha perdido la ocasión con perjuicio de mi servicio, mala satisfacción de los Príncipes a quien asisten mis embaxadores y gran descredito y indecencia de los mismos negocios. Diversas veces he advertido al Consejo deste inconveniente y el remedio hasta aora no ha sido el que esperar siempre de las obligaciones de los que me sirven en él. Y a quien particularmente toca el maior ciudado, por ministerio principal en la brebe y puntual correspondencia, es a mis Secretarios de Estado. Y assí **no admitiré de aquí en adelante que, por falta de consejeros o dejar de concurrir los que son de él, sea suspendido o detenido el despacho, pues siempre que me presentaren que se falta en esto, Yo aplicaré remedio tal que excuse estos inconvenientes. Y luego como correspondiere a las consultas, se han de executar y encaminar los despachos y se me abisará el día y correos con que se embiaren, En Madrid a 4 de Febrero de 1643***⁷⁴.

74. Este Real decreto se encuentra recogido en la obra de ESCUDERO, José Antonio, *op. cit.*, vol. III, págs. 895 y 896.

4. Absolutismo y uso generalizado del decreto

Con el tiempo se irá acentuando ese rasgo de personalismo regio en la labor de gobierno hasta llegar a la figura del monarca absoluto con plenitud de potestad. Los límites institucionales al poder del monarca se suprimirán paulatinamente, con ello se pasará a lo largo del siglo XVIII del monarca limitado al monarca absoluto.

Esa acentuación de la figura política del monarca español, responde a un proceso histórico espiritual que, propiciado básicamente por el Renacimiento y la ruptura de la unidad religiosa, estará propulsado por la enérgica irrupción del concepto de «soberanía» en el siglo XVI.

En 1576 el francés Jean BODINO publica su obra «*Seis libros de la República*», donde defiende que sólomente el fortalecimiento del poder regio puede garantizar la unidad de la nación frente a las luchas enconadas entre protestantes y católicos ⁷⁵. Al servicio del Príncipe, BODINO, elabora una teoría justificativa de la *plenitudo potestatis* del monarca.

Para este autor, el fortalecimiento de la posición del monarca exigía actuar en dos sentidos. En primer lugar era preciso, si se quería elevar al monarca por encima de los enfrentamientos religiosos, conquistar la independencia frente a la Iglesia en los asuntos temporales y también frente a las pretensiones de hegemonía del Emperador Romano-Germánico. Pero, además, era necesario afirmar el poder del rey frente al del reino, es decir, frente a los señores feudales, las corporaciones y los municipios. En definitiva, lo que había que hacer si se quería elevar al monarca era llevar a la práctica el título que teóricamente ostentaba: ser el titular del poder superior de mando.

A BODINO se debe la construcción del concepto de soberanía como *poder supremo e independiente frente a otros*, que predicó como inherente a la noción misma de comunidad política. Tal soberanía, que él hace residir en el Príncipe es absoluta y perpetua: «*no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo* ⁷⁶». Obsérvese cómo, en la atribución que hace BODINO de este rasgo de «absoluto» al soberano hay una reminiscencia de la idea de Ulpiano del *Princeps a legibus solutus*. Para Bodino la soberanía es absoluta porque «es menester que aquellos que son soberanos no estén en modo alguno sujetos al mando de otro y que puedan

75. CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Aguilar, Madrid, 1974, págs. 36 a 49.

76. BODINO, Jean, *Los seis libros de la República*, Capítulo VIII, Libro I, «De la soberanía». La edición manejada es la reimpresión hecha por el Centro de Estudios Constitucionales en 1992 de la traducción de Gaspar de Añastro.

dar leyes a los súbditos y quebrantarlas para hacer otras (...). Por eso la ley dice que el Príncipe está absuelto (*absolutus*) del poder de las leyes...». Y es que la fuente conceptual de inspiración, que hace contraste con aquella del *quod omnes tangit...*, es la recuperación de los estudios del Derecho Romano y, con ellos, de la figura del *Princeps solutus*. Para los escritores deseosos de afirmar la primacía política e inequívoca del monarca, viene como anillo al dedo la fórmula de Ulpiano (Digesto 1,3,31) «*quod principit placuit legis habet vigorem*».

Para el autor francés las señales de la verdadera, suprema y absoluta potestad, es decir, de la soberanía, son las siguientes: una, dar leyes a todos en general y a ninguno en particular; dos, declarar la guerra y acordar la paz; tres, nombrar a los oficiales principales; cuatro, conocer de las últimas apelaciones; y cinco, ejercer el derecho de gracia con los penados ⁷⁷.

Como fruto de ese nuevo pensamiento, en la Europa continental de los siglos XVII y XVIII predomina fuertemente el absolutismo monárquico, que en el caso de Francia llega incluso al extremo de atribuirse al soberano poderes taumatúrgicos.

En el siglo XVII BOSSUET será también un ardiente defensor del absolutismo así entendido, pero con la particularidad de fundamentarlo sobre bases teológicas. Para él, la institución monárquica es sagrada, porque, en definitiva, los príncipes actúan como ministros de Dios y como sus lugartenientes en la tierra. Y es sagrada la persona individual de cada rey: porque ha sido ungido por Dios. Pero además de *sagrada*, la monarquía es *absoluta*. Con esto el autor quiere decir que la voluntad del monarca únicamente está sujeta a la de Dios ⁷⁸.

En su expresión más decidida, el absolutismo monárquico llegará a España en el siglo XVIII como consecuencia del acceso a la Corona de una nueva dinastía, la de los Borbones. Téngase en cuenta que Felipe de Anjou, Felipe V, se había educado bajo el absolutismo y centralismo de los reyes franceses, y conforme a estos principios vino a desempeñar su labor de gobierno. En consecuencia, las demás instituciones de gobierno habrían de estarle sometidas.

Ello se expresará, lógicamente, en una generalización y normalización del decreto como instrumento dispositivo. El será el exponente ca-

77. BODINO, Jean, *op. cit.* Libro X, Capítulo X.

78. Juan Benigno BOSSUET (1627-1704), autor de *Politique tirée des propres paroles de L'Ecriture Sainte*. Se trata del texto que redactó para la formación política del Delfín (Luis XV), de quien fue preceptor de 1670 a 1680. Una buena síntesis de esta obra, en CHEVALLIER, Jean Jacques, *op. cit.*, págs. 68 a 83.

racterístico a principios del siglo XVII de la soberanía del monarca. El proceso que se iniciara con la configuración del «real decreto» como instrumento dispositivo *erga regnum*, y no ya como acto primariamente prudencial, resulta reforzado.

El monarca soberano ejerce de ordinario su plenitud de poder dictando decretos, que pueden adoptar, según los casos, la forma de *pragmática sanción, real cédula, mandato o mandamiento, orden u orden circular, carta real, provisión, reglamento, auto acordado, entre otras*. Así, a través de éstos, el monarca organizaba políticamente el reino, legislaba y nombraba a sus oficiales. Los decretos del rey no se hallaban sometidos a límite institucional alguno. Por otra parte, cada vez abundan más los reales decretos o decretos del rey de eficacia «*erga regnum*».

Por otra parte, tras los «Decretos de Nueva Planta» de Felipe V no quedaba duda alguna sobre el significado de la figura ⁷⁹. Se ha nublado aquella idea primigenia del decreto como acto ante todo prudencial, que se traduce en una resolución, y la palabra sugiere ahora el acto de voluntad regia en sí, cuya energía resulta favorecida incluso por la fonética. Aquella raíz *k(e)r* del sánscrito permitirá un efecto sugestivo de ruptura que después, será aprovechado, cuando las Cortes de intención revolucionaria, en su deseo de doblegar al monarca o eliminar la monarquía «decreten» una Constitución.

79. Son especialmente significativos y evocativos de esa idea de decreto como expresión de soberanía. Como es sabido, se trata del conjunto de decretos dictados por Felipe V, quien tras vencer en la guerra de Sucesión a la Corona de España castigó con estos «decretos de conquista» al bando de los seguidores del Archiduque Carlos de Austria. Para ello, decretó la abolición de los ordenamientos históricos –públicos y privados– de Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca.

La eficacia jurídica de tales decretos es constitucional, pues suponen la supresión de las instituciones jurídico políticas propias de tales comunidades territoriales históricas. Recuérdese, por ejemplo, cómo en el caso de Aragón se suprimieron las Cortes, la Diputación Foral y la institución de Justicia Mayor, quedando los aragoneses sometidos a las instituciones castellanas, y el derecho privado aragonés se sustituyó por el derecho castellano. Véase sobre estos aspectos MORALEA ARRIZABALAGA, Jesús, *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*, Colección de Estudios Altoaragoneses, nº 8, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 1986, págs. 17 y siguientes.

CAPITULO SEGUNDO

EL DECRETO EN LA EPOCA CONTEMPORANEA (I): EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Según hemos visto, en sus primeras aplicaciones, el término «decreto» aparece ligado al ámbito jurisdiccional. Posteriormente, indica los actos dispositivos prudenciales del Emperador romano y, después, del Pontífice. Con el correr del tiempo, en el orden de la monarquía hispánica pre-revolucionaria, se acuñará este nombre para las determinaciones volitivas de eficacia jurídica y política de los reyes, quedando el significado concreto de «decreto» a merced de las peripecias evolutivas de la posición del monarca en la Sociedad Política. Así, mientras que en sus primeras aplicaciones representa la idea de acto prudencial y decisorio del monarca, llegados al siglo XVIII es ya el vehículo de expresión dispositiva de la soberanía regia, y la expresión «real decreto» sirve para subrayar que se trata de un acto de voluntad personal del rey.

En las páginas que siguen veremos cómo, modernamente, en el marco de la crisis del Antiguo Régimen que estalla con la Revolución francesa, la idea de decreto va a sufrir un importantísimo avatar. La instauración del nuevo orden político gira sobre la transferencia de la soberanía desde la persona del rey a la Nación. Para ello, será precisamente el decreto quien exprese el acto de voluntad política primaria que se atribuye al nuevo soberano, la Nación, místicamente presente en la asamblea de quienes se titulan sus representantes. Tomando ejemplo de la Asamblea Nacional francesa, las Cortes de Cádiz harán la misma operación.

Ambas apariciones del «decreto asambleario» merecerán nuestra atención en los dos primeros apartados de este segundo capítulo. En el tercero, trataremos del decreto en el sistema político de la monarquía constitucional española.

Sabido es que, tras la primera convulsión revolucionaria, se restablece en España la línea monárquica dinástica. Con ello retornará el decreto como instrumento dispositivo a través del cual se expresa la voluntad del monarca. Sin embargo, este retorno se hará con las adaptaciones exigidas por la nueva ordenación sistemática de las instituciones políticas. En este sentido hemos de destacar dos hechos.

Primeramente, el debilitamiento de la posición constitucional del monarca. La incorporación del principio representativo liberal como fuente legitimadora del poder político implica la reducción consiguiente de la capacidad decisoria regia. Al implantarse un nuevo modelo de distribución de funciones en que el concepto de ley gira sobre la idea de la representación parlamentaria, el decreto, como instrumento específico del «Poder Ejecutivo», servirá ordinariamente como vehículo de expresión de las disposiciones que desarrollan las de rango legislativo. Es decir, el decreto será el cauce o instrumento dispositivo para la emisión de los llamados reglamentos ejecutivos. De esta forma, y en contraste con aquella época en que el decreto era el instrumento a través del cual se expresaba claramente la soberanía, nos encontramos con que en estas manifestaciones «ejecutivas» ha quedado degradado a la condición de instrumento subordinado en las tareas comunes de gobierno.

De otra parte, al avanzar el siglo XIX se va consolidando el Consejo de Ministros como institución con peso político propio. Se perfila de este modo lo que algunos denominan «Ejecutivo dualista». En este proceso de diferenciación, el monarca irá quedando relegado más o menos a la condición de magistratura representativa y simbólica. Será el Consejo de Ministros el que asuma de hecho las funciones de dirección política. Por ello, en muchos casos, disposiciones que aparecen como decretos expedidos por el Rey en persona, son en realidad acuerdos del Consejo de Ministros. A salvo quedan, sin embargo, los restos de decretos de soberanía que, por la misma lógica del sistema, el Rey ha conservado: los de sanción y promulgación de leyes, los de convocatoria de Cortes y altos nombramientos.

Ahora bien, como la vida política del siglo XIX no se desarrolla como un funcionamiento suave y continuo del nuevo esquema institucional, la figura del decreto reaparecerá de tiempo en tiempo con su genuino carácter de instrumento dispositivo que zanja una cuestión de crisis o encrucijada.

Nuestro programa expositivo para este capítulo segundo tendrá, pues, los siguientes apartados:

1. Irrupción del concepto moderno de decreto en la Revolución Francesa: los decretos de la Asamblea Nacional.
2. La recepción del ejemplo francés en España: los decretos de las Cortes de Cádiz.
3. El decreto en la monarquía constitucional española.
4. Los decretos de crisis entre los siglos XIX y XX.

II. REVOLUCION FRANCESA: DECRETOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Iniciamos el estudio del decreto en el movimiento constitucional fijando la atención, según lo dicho, fuera del marco territorial hispánico. La razón es que en la Revolución francesa irrumpe una acepción en cierto modo novedosa del término «decreto», por cuanto el nombre se emplea para designar los principales acuerdos de la Asamblea Nacional. Adelantemos ya que esta nueva acepción de «decreto» tiene la virtualidad de evocar el significado de la revolución misma: la transferencia de la soberanía del Rey a la Nación. Expresa, por consiguiente, la especial energía de una decisión política: la decisión por la que, frente al orden político anterior, se atribuye la soberanía «esencialmente» a la Nación.

1. Decretos de la Asamblea Nacional Revolucionaria

Los concretos acontecimientos se conocen bien: el 19 de junio de 1789 los tres Estados se constituyen en Asamblea Nacional. Esta, en su primer acto, proclama que la soberanía reside en la Nación y se nombra depositaria de la misma. Consciente de su papel histórico en esa encrucijada entre el Antiguo y el Nuevo Régimen se erige en «Asamblea Nacional Constituyente» y asume plenos poderes, en cuyo ejercicio dicta importantísimos acuerdos. Para subrayar la trascendencia de los mismos les da el nombre de «decreto». Obsérvese que, curiosamente, los revolucionarios franceses imitaron el modelo inglés del Parlamento que se convierte en Convención¹, y, sin embargo, para singularizar la autoridad de sus acuerdos, adoptaron la terminología canónica: decreto.

1. Los precedentes del Parlamento-Convención se sitúan en la historia constitucional inglesa del siglo XVII. Concretamente, en 1640, tras la renuncia de Ricardo Cromwell, se reúnen espontáneamente los restos del Parlamento, que, declarado en Convención

Tenemos así que, en la Revolución francesa, se denomina «decreto» a las principales determinaciones dispositivas de la Asamblea. Y tal es la importancia del contenido de estos decretos que no sería exagerado decir que la revolución se produce a la voz de «*décret*»: primero, con los decretos de la Asamblea Nacional; después, a partir de 1792, con los de la Convención ².

Citemos algunos de ellos: Entre los primeros, cabe destacar el de 26 de agosto de 1789 que sirve como vehículo a la *Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano*; el de 4 de agosto de abolición del feudalismo y de los privilegios; el de 2 de noviembre de 1789 de puesta a disposición de la Nación de todos los bienes eclesiásticos; el de 13 de febrero de 1790 que prohíbe los votos religiosos y suprime las órdenes contemplativas; el de 8 de marzo de 1790 que suprime sin indemnización los derechos señoriales pretendidamente usurpados al Estado o establecidos por la fuerza; el de 1 de diciembre de 1790 que establece la igualdad de las penas para todos los ciudadanos, acogiendo, además, la propuesta del Doctor GUILLOTIN, para decapitar a los condenados a muerte por medio de una nueva máquina que tomaría su nombre; el de 5 de mayo de 1790 que establece la institución de la elección de los jueces; el de 21 de Octubre de 1790 que sustituye la bandera blanca flordelís por la bandera tricolor como emblema de Francia; el de 5 de junio por el que se retira al rey el derecho de gracia; o, para terminar, el de 30 de julio de 1791 por el que se declaran abolidas las condecoraciones y signos externos de distinción por nacimiento ³.

Estos decretos se publicaban en el Diario oficial –*Journal des débats et des décrets*– y además, para asegurar su conocimiento por la ciudadanía, se prescribió su lectura en todas las misas. Esa insistente transmisión de sus decretos da una idea de la conciencia que tenían los asamblearios franceses de estar desempeñando una gesta histórica, rompiendo con sus decretos el orden hasta entonces conocido.

con poderes constituyentes, restaura la monarquía en la línea dinástica de los Estuardo. Después, en 1689 encontramos otra vez el modelo de Parlamento «convencional» que, ahora, ofrecería la Corona británica a Guillermo de Orange, imponiendo, al tiempo, la firma de la conocida *Bill of Rights*. Para mayor información nos remitimos a las obras siguientes: MAITLAND, F.W., *The constitutional history of England* (1908), reimposición, Londres, 1963.; y TANNER, J.R., *English constitutional conflicts f Seventeenth Century*, Cambridge, 1971.

2. El texto completo de los más importantes decretos dictados por la Asamblea Nacional francesa y la Convención puede encontrarse en MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana, *La revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989.

3. Los principales decretos de la Asamblea Nacional también pueden encontrarse citados, con un breve extracto de su contenido, en la obra colectiva de TULARD, Jean, FAYARD, Jean François y FIERRO, Alfred, *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa* (título original *Histoire et Dictionnaire de la Revolution Française*), Cátedra, Madrid, 1989, págs. 339 y siguientes.

Es muy de señalar que, en Francia, resultaba novedosa la aplicación del apelativo «decreto» a un instrumento dispositivo en el ámbito político. Según lo que hemos podido averiguar, con anterioridad a 1789 no se habría empleado el término «*décret*» para actos decisorios de tal naturaleza, pues, los usos de esta expresión estarían circunscritos a los ámbitos judicial y canónico ⁴.

Podemos aventurarnos a pensar que los revolucionarios franceses habrían tomado la expresión del mundo canónico, donde los exponentes más característicos eran de los decretos de los Concilios. De ser así, resultaría que nos hallamos ante la recuperación secularizada de un instrumento dispositivo canónico ⁵.

En cualquier caso, la importancia otorgada al nuevo empleo de la voz en cuestión se refleja en que los diccionarios y enciclopedias franceses, al analizar el término «*décret*» divida el texto en dos partes: una primera en que se explica el significado antes de 1789 ⁶, y la otra que se dedica a su historial revolucionario y post-revolucionario.

4. Véase el *Dictionnaire Universel d'Antoine Furetière*, París, 1690 (edición facsímil de Ediciones LE ROBERT, París 1978)), voz *décret*. En este diccionario de finales del siglo XVII se dice, concretamente, que «es una sentencia por la que un juez expresa su decreto y su autoridad: pero esta palabra no se emplea más que en dos ocasiones. La primera en materia criminal... y la segunda en materia civil...». Se refiere también a los Decretos de la Providencia Eterna, a los decretos del Papa, a los de los Concilios y, finalmente, al Decreto de Graciano.

5. Carl SCHMITT ha sostenido que «todos los conceptos capitales de la moderna Teoría Política son conceptos teológicos que se han secularizado». Cfr. su obra *Politische Theologie*, Munich, 1934, pág. 49. Tal vez la afirmación del autor pueda ser considerada excesiva, según estima el profesor D'ORS en «Teología Política: una revisión del problema», REP, Madrid, 1976, págs. 41 y siguientes. Sin embargo, no puede negarse la analogía que en algunos casos se da entre conceptos teológicos y políticos. Por ejemplo, creemos encontrarla entre la idea de Dios como Supremo Juez que castiga y perdona y aquella antigua concepción política que veía en el Rey el máximo exponente de la Justicia, de donde vendrían a su vez los siguientes conceptos políticos modernos: primero aquel de que la justicia se administra en nombre del Rey y, consiguientemente, le corresponde la prerrogativa de gracia (véanse los artículos 117.1º y 62 i) de la Constitución Española de 1978). Podría ser otro caso de concepto teológico secularizado el de la investidura del candidato. En este último la voluntad Divina habría sido sustituida por la de la Nación, como cuerpo místico representado en la Cámara. En nuestro caso, y a modo de hipótesis aventuramos que el concepto moderno de decreto, que se manifiesta particularmente en los dictados por la Asamblea Nacional francesa, habría surgido a partir de la secularización de la idea de «decretos conciliares». La Asamblea Nacional francesa habría sido el remedo secular de un Concilio de la Iglesia y su Declaración de Derechos «sagrados», formulada «en presencia de la Nación» una imitación de las declaraciones dogmáticas de la Iglesia.

6. «Antes de 1789 no había más decretos que los de los concilios, los del Papa y algunas resoluciones judiciales que recibían ese nombre. La Asamblea Nacional lo adopta, la Convención se sirve de él, el Imperio lo retoma; de forma que tenemos los decretos de los concilios, los decretos apostólicos, los decretos de la Asamblea Nacional y los decretos del

2. Mentalidad subyacente a los decretos de la Asamblea Nacional

En la Revolución francesa, y guardando paralelismo con la subrogación del hombre en la posición hasta entonces ocupada por Dios en el Universo, la Nación viene a ocupar la posición del monarca soberano. Tal es el significado de esta manifestación del decreto asambleario. Veámoslo.

En 1789 se trastoca la concepción misma del Universo. El centro de gravedad de las Ciencias, la cultura y la política se traslada de Dios al hombre, quedando Aquél relegado al plano de lo íntimo, de lo privado. En su lugar, el hombre se erige en fundamento y fin de todas las cosas. Este movimiento secularizante tendrá diversos reflejos en el orden político.

Sabido es que el modelo político del Antiguo Régimen imitaba el orden divino, de tal forma que el monarca venía a ocupar en su reino una posición similar a la Dios en el Universo. De ahí que, en lo político, la secularización se traduzca en la sustitución del rey por el hombre colectivo: la Nación.

Por eso nos atrevemos a decir que, en la Revolución Francesa, los decretos de la Divinidad son remedados y sustituidos por los decretos de los hombres. Y en lo político, las determinaciones volitivas del monarca serán sustituidas por los decretos de la Asamblea Nacional. Así entendemos las palabras de ROUSSEAU cuando se refiere a que el ideal del pensamiento jurídico político propio del racionalismo del siglo XVIII era «*imiter les décrets immuables de la Divinité*»⁷.

En síntesis, el concepto moderno de decreto es, en sus manifestaciones más típicas, reflejo del nuevo orden político secular. Los decretos de la Asamblea Nacional son las determinaciones soberanas de esa «deidad» recién declarada: la Nación.

3. Decretos de crisis: manifestación antonomástica del decreto

Nótese que el marco histórico de estos decretos asamblearios es el de la crisis por excelencia. Estos decretos son disposiciones ordenadas a

Imperio...». *Grand Dictionnaire Universel du XIX siècle*, París, 1870, vol. VI, voz «*décret*». Véase también GOJOSSE, Eric, «*Loi et décret selon Joubert en 1791*», *Droit prospectif* (en adelante Dr. Pros.), Presses Universitaires, Marsella, n.º 3, 1995, págs. 1004 y ss.

7. En la obra de ROUSSEAU «*Economía política*», cit. en SCHMITT, Carl, *Politische Theologie*, op. cit., pág. 149.

zanjar ante la disyuntiva Antiguo-Nuevo Régimen ⁸. Incluso, según hemos visto, la misma expresión «*décret*» se convierte en signo ostensible de esa voluntad de ruptura con el Antiguo Régimen, pues quiebra con el modo tradicional de designar a los instrumentos dispositivos.

La rotundidad de la fórmula promulgatoria transmite la sensación de estar ante un acto decisorio enérgico y tajante: *L'Assemblée constituante décrète et a décrété ce qui suit...* ⁹.

De algún modo, la Asamblea Nacional se erige en Tribunal de la historia de Francia. Sus decretos suponen una labor de enjuiciamiento histórico y un rotundo acto decisorio que tiene la virtualidad de optar por un camino ante la gran encrucijada o crisis histórica. De ahí que podamos decir que esos decretos asamblearios se configuran como auténticos decretos de crisis. Si esto lo conectamos con aquella idea de decreto que deducíamos del rastreo etimológico nos encontramos con que estamos ante el caso antonomástico de decreto: acto deliberativo y decisorio dirigido a zanjar en la crisis.

Dos son en tal sentido los decretos revolucionarios de máxima relevancia. El primero, ya citado, es el de 26 de agosto de 1789, que establece lo que será el devocionario de la Revolución: la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, en sustitución del catecismo del Antiguo Régimen: la obra de BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte*. Otro, el dictado por la Convención el 21 de septiembre de 1792, por el que, haciéndose una cesura en la historia de Francia se procede a la abolición de la Monarquía y a la consiguiente proclamación de la República. Con este segundo queda definitivamente rota en dos la historia de Francia.

8. «La distinción en Francia entre el *ancien régime* y el *nouveau régime* es una separación radical, sin paliativos, en que quiere quebrarse toda continuidad (...) los revolucionarios querían comenzar de nuevo no sólo la historia de Francia, sino la de toda la Humanidad; incluso se cuidaron de establecer un nuevo calendario para señalar claramente la fecha desde la que Francia comenzaba de nuevo a contar su historia.» Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del Constitucionalismo Español*, 3ª edición, Madrid, 1974, págs. 32 y 33.

9. Sobre los orígenes del decreto en el contexto político, vease también *La grande Encyclopédie, Inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts, faite par une société des savants et de gens de lettres*, París, Vol. XIII, 1820. En la primera edición de la Enciclopedia, obra representativa del pensamiento ilustrado, el término «*décret*» no se recoge.

III. DECRETOS DE CORTES EN LOS ORIGENES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

1. Contexto histórico que precede a las Cortes de Cádiz y caótico panorama dispositivo

Mientras todo lo anterior ocurre en Francia, España, ajena a revoluciones, inaugura el siglo XIX anclada todavía en el Antiguo Régimen. La soberanía sigue siendo un atributo personal del monarca, y los «decretos», el vehículo a través del cual se expresa jurídicamente esa voluntad suprema. Como curiosidad, es de señalar que a través de tales decretos se intentará incluso detener la entrada de las ideas revolucionarias francesas. Tal es el caso del decreto de 23 de octubre de 1790 por el que el monarca ordena al juez de imprentas el secuestro de los ejemplares del *Diario de Madrid* en los que se daba noticia de los hechos ocurridos en Francia ¹⁰.

Sin embargo, los acontecimientos de 1808 van a precipitar la crisis del Antiguo Régimen en España: «1808 –dirá ARTOLA– es el año crepuscular de una España nueva que en sus grandes rasgos continúa vigente hasta nuestros días ¹¹». La invasión francesa dejará en toda su desnudez la debilidad de los titulares de las instituciones representativas del Antiguo Régimen. Además, la entrada de las ideas ilustradas y de los ecos revolucionarios irán socavando, poco a poco, los pilares de un sistema político y social que desde tiempo atrás venía tambaleándose.

En mayo de 1808, España se adentra en una de las etapas más intensas de su historia: comienza el desmantelamiento de las instituciones políticas del Antiguo Régimen. El territorio español queda bajo el dominio francés. El pueblo español se alza frente a dicho dominio, y en las Juntas nacen los primeros brotes del pensamiento político revolucionario, que fragua después en las Cortes de Cádiz.

La inestabilidad política del período que precede a las Cortes se plasma en la coincidencia temporal de diversos titulares de la suprema potestad de mando: el monarca en el exilio, el Consejo de Regencia, Napoleón, el Duque de Berg, después José I, etc. Comoquiera que el apelativo «decreto» venía ligándose a la suprema potestad de mando, nos vamos a

10. Más información sobre las medidas adoptadas por la Administración española para frenar la entrada de las noticias de la Revolución en AYMES, Jean-René, *España y la Revolución francesa*, Crítica, Barcelona, 1989, págs. 118 y ss.

11. ARTOLA, Miguel, *Los orígenes de la España Contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición, Madrid, 1975, pág. 9.

encontrar al mismo tiempo decretos de Napoleón ¹², del Consejo de Regencia, del Duque de Berg, y después de José I.

Limitándonos a los decretos de este último, importa destacar varios aspectos. Primeramente, que el decreto se configura como el instrumento dispositivo del monarca. En segundo lugar, que, por primera vez, se constitucionaliza la exigencia de refrendar los decretos del rey (art. 28 de la Carta de Bayona: «un Secretario de Estado, con calidad de ministro, refrendará todos los decretos»). Sin embargo, es de notar que en este caso no se trata de un refrendo de responsabilidad, sino de autenticación ¹³. En tercer lugar, que en el artículo 60 de la Carta de Bayona hallamos un precedente ideativo de la figura de los decretos legislativos de urgencia: «Los decretos del Rey sobre objetos correspondientes a la decisión de las Cortes, tendrán fuerza de ley hasta las primeras que se celebren, siempre que sean ventilados en el Consejo de Estado».

Por otra parte, en la España no sometida al dominio francés reina cierto desorden en la nomenclatura dispositiva. Mientras el Rey Fernando VII permanecía en manos de los franceses, en España se hacía cada vez más ostensible el vacío de poder. La Junta de Gobierno que aquél estableciera a su marcha, apenas duró hasta su abdicación en Bayona. Los acuerdos de la Junta se entendían como dictados por el propio Fernando. Es de suponer que por ello se les dio el nombre de «decretos».

Desaparecida la Junta, y tras el detonante de la represión del Dos de Mayo, comienza el alzamiento popular. En la mayor parte de los lugares que no se hallaban militarmente dominados por las tropas francesas se inicia una insurrección general: las juntas surgen para encauzar la resistencia española.

Estas Juntas vinieron a actuar de hecho con plenitud de poder, y sus determinaciones, si atendemos a la naturaleza, eran verdaderos decretos.

12. Particularmente interesante es el decreto de Napoleón nombrando a su hermano José I «Rey de las Españas». Gaceta de Madrid del 5 de Junio de 1808.

13. Como decimos parece ser que con este refrendo no se trataba de limitar o descargar de responsabilidad al monarca, sino de certificar que la voluntad del texto del decreto era realmente la suya. A propósito de esto resulta esclarecedor el decreto del rey José I publicado en la Gaceta de Madrid el 11 de febrero de 1809, en que el monarca expone la razón del refrendo de sus actos: «*Habiendo declarado por nuestro decreto de 6 del corriente que todas las leyes, decretos y actos del gobierno deben estar firmados de nuestra propia mano, y refrendados por nuestro ministro Secretario de Estado, para que de esta manera todas las determinaciones que deben interesar a la prosperidad de los pueblos, partan de un modo expreso y auténtico de nuestra voluntad inmediata y directa...*». En su conocido trabajo, CÁCERES CROSA niega que en la Carta de Bayona estuviésemos ante un auténtico refrendo entendido como una asunción de responsabilidad por parte del refrendante y una liberación correlativa del refrendado, y sí mas bien ante un mero acto certificante. CÁCERES CROSA, Gonzalo, «El refrendo ministerial», RCJS, Año XVI, n° 62, Madrid, 1933, pág. 643.

Sin embargo, no se utilizó esta expresión para designarlos. Probablemente, por respeto a que el término, en España, venía ligado desde antiguo a la autoridad regia ¹⁴. En su lugar se habló de «bandos», «proclamas» o «resoluciones».

Ya en septiembre de 1808, por acuerdo de las Juntas Provinciales, se constituye en Aranjuez la Junta Central como órgano superior a todas ellas ¹⁵. Esta Junta asume la suprema potestad de mando. Entre sus primeros actos se cuenta la emisión de un **decreto** –lo que en sí mismo ya es signo ostensible de la posición que pretendía ocupar– y después, también por decreto, se proclama depositaria de la soberanía, y se otorga a sí misma el tratamiento que hasta entonces sólo se daba al monarca: **Majestad** (D. 3-X-1808). Obsérvese cómo la idea que entonces se tenía de decreto era la de instrumento dispositivo propio de quien ostentaba la soberanía.

2. Irrupción del decreto en las Cortes de Cádiz

2.1. Situación constitucional

Mientras el rey permanecía en manos de los franceses, en España se hacía cada vez más ostensible el vacío de poder. Era urgente reorganizar el Estado. Pero había que salvar primero un escollo importante: determinar si esa reconstrucción se hacía conforme a los principios y patrones

14. Vicente PALACIO ATARD dice sobre las Juntas y su autoridad que su aparición «crea un problema de interpretación, no tanto de sus componentes sociales (...) como del carácter y la naturaleza de su autoridad. La institución de las Juntas no estaba prevista dentro del marco institucional del Antiguo Régimen, por lo que en su origen hay un elemento revolucionario. Pero el hecho de que a las nuevas Juntas se incorporen casi siempre las autoridades antiguas les da un sentido de «continuidad legal» en circunstancias extraordinarias (...). Así las cosas, las Juntas Provinciales eran el recurso de urgencia en que concurría la doble legitimación mencionada: la de sentirse herederas de la autoridad antigua y la de estar respaldadas por la aclamación popular». Cfr. *La España del siglo XIX (1808-1898)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, págs. 28 y 29.

15. Sobre los orígenes de esta Junta nos dice FERNÁNDEZ ALMAGRO: «La Junta Suprema Central había surgido del acuerdo nada fácil probablemente de las Juntas Provinciales, más sensibles a la urgencia de crear un órgano superior a todas ellas, que refrenase el peligroso impulso de la disgregación particularista a que España ha sido siempre tan propensa, y ya fué casi milagroso que las Juntas locales, brotadas aquí y allá por generación espontánea de un patriotismo exasperado, se prestasen a la jerarquización, por desordenados que fuesen los primeros conatos, de unos *poderes que en la cúspide asumiría la Junta Central para llenar la inmensa oquedad causada por el rey Fernando al dejarse llevar, claudicante como su padre, a los pies de Napoleón, en Bayona*». Cfr. FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor, «Del Antiguo Régimen a las Cortes de Cádiz», REP, Madrid, 1962, n° 126, pág. 24.

del Antiguo Régimen, o se tomaba un camino parecido al revolucionario francés ¹⁶.

Acerca de esto, cuenta SUÁREZ VERDEGUER cómo «un sector de la opinión –Jovellanos fue su más ilustre representante– entendía que la reconstrucción podía y debía realizarse mediante la restauración y renovación de las antiguas leyes fundamentales del Reino, que, suprimidas por el absolutismo, habían asegurado, en otros tiempos, el ordenado funcionamiento de los poderes públicos y las libertades de los españoles. Pero otro sector, más influido por las doctrinas y ejemplos de Francia, y más decidido en su actuación, consideraba que aquella reconstrucción debía realizarse mediante una Constitución que, sin perjuicio de aprovechar instituciones y recuerdos nacionales, ordenase la vida según criterios y patrones más modernos y ajustados a las necesidades de los tiempos nuevos: este último criterio fue el que en definitiva se impuso ¹⁷».

Finalmente, la convocatoria a Cortes se hizo por el Consejo de Regencia conforme a ese segundo criterio ¹⁸: «Al final, por decreto que la Regencia ha de firmar un poco contra su voluntad y obligada por la actitud de la Junta y de la población gaditana, se decide que las Cortes se reúnan en cámara única integrada por los representantes de las antiguas ciudades con voto en Cortes» ¹⁹.

La primera reunión de Cortes tuvo lugar el 24 de septiembre de 1810 en la Real Isla de León. En esa reunión las Cortes declararon solemnemente **la soberanía de la Nación**, erigiéndose en **depositarias** de la misma. Más adelante, se otorgarán el tratamiento de **Majestad**, típico hasta ese momento del monarca soberano, y al Consejo de Regencia –sustituto provisional del monarca– lo degradan, concediéndole el de Alteza ²⁰.

16. «De manera más o menos explícita, en efecto, se trataba en último extremo nada menos que del ser histórico de España, de la continuidad de su historia o de la ruptura con el pasado para volver a comenzar de nuevo sobre fundamentos distintos...». Cfr. SUÁREZ, Federico, «Sobre las raíces de las Reformas de las Cortes de Cádiz», REP, n° 126, 1962, págs. 32 y ss.

17. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del Constitucionalismo Español*, Centro de Estudios Constitucionales, 11ª edición, Madrid, 1994, págs. 11 y 12.

18. Sobre el proceso seguido para la convocatoria de las Cortes, las discusiones y la elaboración del decreto de convocatoria, vease SUÁREZ, Federico, *El proceso de convocatoria a Cortes (1808-1810)*, EUNSA, Pamplona, 1982.

19. DE GUZMÁN, Eduardo, *España entre las dictaduras y la democracia*, Tesoro, Guadalajara, 1967, pág. 31.

20. «Las Cortes Generales y Extraordinarias declaran a consecuencia del decreto de ayer 24 de corriente, que el tratamiento de las Cortes de la Nación debe ser y será de aquí en adelante el de **Magestad**. Las Cortes generales y extraordinarias ordenan que, durante la cautividad y ausencia de nuestro legítimo REY el Señor FERNANDO VII, el Poder Ejecutivo tenga el tratamiento de Alteza». En la Colección de Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes

Como ya ocurriera en la Francia de 1789, la soberanía pasa de ser un atributo de la persona física del rey a ser ostentada por una persona moral distinta y superior a los individuos que la integran: la Nación ²¹.

2.2. *Los decretos de Cortes*

2.2.1. *Significación*

Ese cambio radical en lo político incide en la configuración del decreto. Desde un principio, los acuerdos más importantes de las Cortes aparecieron titulados como «Decretos de Cortes» ²², guardando un claro paralelismo, sin duda no casual, con los de la Asamblea Nacional Francesa. De esta forma, el decreto se manifiesta inicialmente como el vehículo a través del cual se expresan las determinaciones de quien ejerce la soberanía nacional por representación.

La plenitud de poder con que actuaron las Cortes explica que el «decreto» fuera el instrumento dispositivo principal y hegemónico. Por decreto se estableció la libertad de imprenta, las disposiciones legislativas principales, y también, entre otras cosas, se concedieron indultos y amnistías.

Sobre el significado del decreto de Cortes, baste con remitirnos a lo dicho al estudiar los decretos de la Asamblea Nacional Francesa. En primer lugar, téngase en cuenta que las Cortes de Cádiz actuaron con plenitud de potestad ²³. A pesar de proclamarse solemnemente el principio de división de poderes, las mismas Cortes legislaban, desarrollaban las leyes

Generales y extraordinarias desde su instalación en septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, Tomo I, Madrid, 1820, págs. 4 y 5.

21. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *op. cit.*, pág. 14.

22. «En seguida tomó la palabra el Diputado D. Diego Muñoz Torrero y expuso cómo conveniente sería decretar que las Cortes generales y extraordinarias estaban legítimamente instaladas: que en ellas reside la soberanía; que convenía dividir los tres Poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, lo que debía mirarse como base fundamental, al paso que se renovase el reconocimiento del legítimo Rey de España el Sr. D. Fernando VII como primer acto de la soberanía de las Cortes... Concluyó manifestando que uno de los diputados traía un trabajo sobre este importante asunto, que podía mirarse como una minuta del decreto que convenía sancionar sobre estos puntos...». En el nº 1 del Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, de 24 de septiembre de 1810.

23. «El juicio de Pizarro, testigo ocular, no es ciertamente original: la idea de una regeancia de escaso relieve a causa de la intervención abusiva de las Cortes en asuntos gubernativos se repite una y otra vez desde los primeros momentos. El punto es una de las principales quejas de Lardizábal (...). El ejercicio conjunto de los tres poderes contra lo dispuesto en el decreto de 24 de septiembre fue uno de los cargos achacados en 1814 a los diputados (...). Declaró Alcalá Galiano que 'las Cortes en realidad legislaban y gobernaban, y el titulado Gobierno era un cuerpo ejecutor de sus decretos, sujeto además a que se apelase al Congreso de sus resoluciones...'.», Cfr. MORÁN ORTI, Manuel, *Poder y gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, EUNSA, Pamplona, 1986, pág. 94.

y dictaban resoluciones singulares en aplicación de las mismas. Por eso, algún autor se ha referido a la forma de gobierno de esta época con la expresión «Estado Legislativo»²⁴. Los «decretos de Cortes» eran el instrumento dispositivo a través del cual las Cortes ejercían su poder decisorio soberano. En segundo lugar, como en su momento dijimos de la Revolución Francesa, las Cortes de Cádiz actúan, de algún modo, como Tribunal de la Historia de España, al situarse en la encrucijada entre el Antiguo y el nuevo Régimen. En ese sentido, sus decretos tienen un peculiar carácter de acto judicial, y se ajustan por ello al modelo de decreto por antonomasia: el de crisis.

En suma, con las Cortes de Cádiz, irrumpe en España una manifestación novedosa del decreto, con evidentes resonancias revolucionarias francesas: *acto decisorio a través del cual se expresa la soberanía nacional, se decide en nombre de ella o se la sustituye en los momentos de crisis*.

Precisamente, y confirmando lo que decimos, la máxima expresión «decretal» de aquellas Cortes fue la promulgación de la Constitución de 1812 por «decreto de las Cortes Generales y Extraordinarias»: «Las Cortes generales y Extraordinarias de la Nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación... *decretan* la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado». He aquí otra manifestación antonomástica y de máxima relevancia histórica de la figura del decreto.

Por otra parte, a ciertos acuerdos de Cortes relativos a asuntos de menor importancia se les dió el nombre de «Ordenes de Cortes Generales y Extraordinarias». Versaban sobre temas de carácter administrativo y, en lugar de ser firmados por el Presidente de las Cortes como los «Decretos», lo eran sólo por el Secretario²⁵.

2.2.2. *Publicación y caracteres externos*

En lo que se refiere a los aspectos formales, los decretos eran publicados en la «Gaceta de la Regencia de España y de las Indias». La orden de publicación se contenía al final del texto dispositivo del decreto, e iba

24. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*, Madrid, 1971, pág. 37.

25. Aunque no puede hablarse con propiedad de una relación de jerarquía entre estos dos instrumentos dispositivos, pues ambos emanaban del mismo órgano, se consideraba que la Orden era un vehículo para comunicar disposiciones que en razón de su menor importancia no necesitaban la solemnidad del decreto. Para más datos sobre estas órdenes nos remitimos a GARCÍA CUADRADO, Antonio, *El gobierno por orden ministerial*, EUNSA, Pamplona, 1986, pág. 38.

dirigida siempre al Consejo de Regencia, quien promulgaba y procedía a publicarlos –cumpliendo así lo dispuesto por el Decreto de 25 de septiembre de 1810²⁶. La fórmula promulgatoria observada era la siguiente: «y para la debida ejecución y cumplimiento de los decretos precedentes, el Consejo de Regencia ordena y manda á todos los tribunales, justicias, gefes, gobernadores y demas autoridades, de qualquiera clase y dignidad, que los guarden, hagan guardar, cumplir y executar en todas sus partes. Tendreislo entendido, y dispondreis lo necesario á su cumplimiento...».

Por otra parte, el encabezamiento de los decretos era siempre el mismo: «DON FERNANDO VII, por la gracia de Dios, REY de España y de las Indias, y en su ausencia y cautividad el Consejo de Regencia autorizado interinamente, á todos lo que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que en las Cortes generales y extraordinarias congregadas en la Real Isla de León se resolvió y se decretó lo siguiente:». Por Orden de 16 de octubre del mismo año se hace extensiva esta fórmula para las provisiones, cédulas y títulos que hubiese de expedir el Consejo de Regencia.

Los «Decretos de Cortes» son firmados por el Presidente y los dos secretarios. Junto al nombre completo del firmante, se hace figurar el cargo que ostenta.

2.2.3. Regulación y tipos

En el Reglamento para el gobierno interior de las Cortes de 24 de noviembre de 1810, primer reglamento de Cortes en la historia constitucional española²⁷, se aborda la regulación de este instrumento dispositivo asambleario. El capítulo VIII lleva por título «De los decretos». En él se contiene un único y confuso artículo:

1. Las resoluciones o acuerdos que las Cortes eleven a la clase de decretos o leyes, se remitirán al Consejo de Regencia para su publicación y ejecución.

26. En la *Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes generales y extraordinarias*, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, págs. 6 y 7. Esta obligación del Consejo se recogió más tarde en el artículo 1 del Capítulo II del Reglamento provisional del Consejo de Regencia: «El Consejo de Regencia hará se lleven á efecto las leyes y decretos de las Cortes, para lo qual los publicará y circulará en la forma prevenida en el decreto de 25 de Setiembre...Los decretos del Poder legislativo, autorizados por el Presidente y los dos Secretarios, se remitirán al Consejo de Regencia por un mensagero de las Cortes y un alabardero. El Consejo de Regencia avisará por medio de un alabardero y un mensagero haber recibido el decreto, y quedar encargado de su ejecución...».

27. Todos los reglamentos del Congreso de los Diputados en la historia de España se encuentran recogidos en, *Reglamentos (del Congreso de los Diputados y de las Cortes)*, Secretaría de las Cortes, Madrid, 1977.

2. *Los decretos y leyes que emanen de las Cortes se extenderán de la forma siguiente:*

«Don Fernando VII por la gracia de Dios, Rey de España y de las Indias, y en su ausencia y cautividad el Consejo de Regencia, autorizado interinamente, a todos los que la presente vieren o entendieren sabed: que en las Cortes generales y extraordinarias congregadas en la Real Isla de León, se resolvió y decretó lo siguiente:».

Más adelante, en la Constitución de 1812 no se regulan expresamente los decretos de Cortes, pero está claro que éste es el instrumento dispositivo propio de las Cortes. En la de Cádiz, se dice, con relación a varias facultades de las Cortes, que éstas «decretarán»²⁸.

En la práctica constitucional, vemos cómo el decreto es el instrumento dispositivo a través del cual las Cortes ejercen sus facultades: dictan leyes en sentido material, disposiciones impositivas, resoluciones, etc.

Por otra parte, una extensa regulación de este instrumento dispositivo de Cortes se hizo en el Reglamento de gobierno interior de las Cortes de 4 de septiembre de 1813. Se formula en el Capítulo X «De los decretos», artículos 108 a 113²⁹.

De lo dispuesto en este reglamento se deduce que el Decreto es el instrumento dispositivo de las Cortes, y que hay varios tipos de decretos en razón del objeto. A saber:

a) aquellos decretos cuyo contenido tiene especial trascendencia, y se pretende duradero y estable. Por ello, deben aparecer como «leyes», y han de ser sancionados por el rey.

A propósito del concepto de ley vigente en el tiempo de las Cortes de Cádiz es de señalar que se entendía en un sentido material, y hacía referencia a disposiciones generales sobre objeto especialmente trascendente, que, como dice el reglamento, se pretendían duraderas y estables. Estas disposiciones legislativas utilizaban como vehículo de emisión al decreto de Cortes. Pero en razón de la especialidad de su objeto habían de obtener el juicio prudencial de conformidad del monarca (sanción)³⁰ y la

28. Véase en particular el artículo 131 donde se recogen las facultades de las Cortes.

29. El Reglamento para el gobierno interior de las Cortes (29 de junio de 1821) aprobado en el periodo conocido como «El Trienio Liberal», en el que se vuelve a la figura del Decreto de Cortes, copia textualmente los artículos del reglamento de 1813: Capítulo X, «De los decretos» (artículos 127 a 132).

30. Sobre los orígenes de la «sanción» cfr. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 45 y ss.

correspondiente orden de cumplimiento (promulgación). Finalmente, estos decretos recibían el nombre de «leyes». Tanto en el concepto de ley como en el de sanción regia de las leyes de Cortes, es patente la influencia de la Constitución francesa de 1791, donde se decía que «los decretos sancionados por el Rey tienen fuerza de ley, y llevan el título y el nombre de leyes»³¹.

b) Aquellos decretos dictados por las Cortes sobre la base de una propuesta formulada por el Rey. En este caso, la fórmula promulgatoria de los decretos debía ser la siguiente: *Las Cortes, habiendo examinado la propuesta de S.M. sobre* (aquí la propuesta del Rey), *han aprobado* (aquí se pondrá lo que se haya resuelto), y concluirá con la fecha y las firmas del Presidente y de dos de los secretarios. El Rey lo publicará con la fórmula siguiente: *N., por la gracia de Dios, y por la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que habiendo Nos propuesto a las Cortes* (aquí el texto), *las Cortes lo han aprobado; y, por tanto, mandamos, etcétera*, etc. según se expresa en la publicación de las leyes.

c) Los decretos por los que las Cortes autorizan al monarca en los casos en que prescribe la Constitución. Así, el artículo 110 del reglamento de 1813 establece lo siguiente: «*En los casos en que, conforme a la Constitución, el Rey pida a las Cortes su consentimiento, se usará de la misma fórmula en el decreto, como también en la de su publicación cuando hubiera de hacerse.*»

d) los decretos dictados en el resto de los casos. Estos, según prescribe el artículo 111 del reglamento de 1813 aparecerán con la fórmula si-

31. Las leyes de Cortes no aparecían en ningún lugar reguladas. Pero, como decimos, de la práctica constitucional se deduce que se daba este nombre a aquellos decretos de Cortes cuyo contenido dispositivo tenía un alcance general y abstracto, y se pretendía especialmente duradero y estable. Se trata, pues, de un concepto material de ley: las Cortes decretan leyes (art. 131. 1ª Constitución). Ya en la Constitución gaditana se dice que las Cortes «decretan las leyes». Así, en el artículo 131 puede leerse lo siguiente: «*Las facultades de las Cortes son: Primera. Proponer y decretar las leyes e interpretarlas y derogarlas en caso necesario...*». Además, se contempla un procedimiento específico y especialmente exigente para los casos en que los decretos de Cortes tengan por objeto leyes en sentido material (Capítulo VIII). Este procedimiento se desarrolla en el Reglamento de Cortes de 4 de septiembre de 1813. Concretamente, el Capítulo X, titulado «De los decretos» habla en su artículo 108 de los decretos de las Cortes que tengan carácter de ley: «*Los decretos de las Cortes que tengan el carácter de leyes se extenderán en la forma siguiente para ser presentados a la sanción del Rey: Las Cortes, después de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitución han decretado lo siguiente (aquí se pondrán los artículos aprobados), lo cual presentan las Cortes a S.M. para que tenga a bien dar la sanción en conformidad del artículo 104 de la Constitución:*». Sobre el concepto de ley en la Revolución francesa y en las Cortes de Cádiz, véase GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *op. cit.*, págs. 32 y ss.

guiente: *Las Cortes, usando de la facultad que se les concede por la Constitución, han decretado* (aquí el texto), *y se concluirá con la fecha y las firmas del Presidente y dos Secretarios.*

IV. EL DECRETO EN LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

1. Contexto histórico

1.1. *La era de la monarquía parlamentaria*

Si últimamente, según hemos visto, el término «decreto» se utilizaba para designar los principales acuerdos de los cuerpos representativos depositarios de la soberanía nacional, en la España del siglo XIX el apelativo en cuestión quedará reservado para las disposiciones dictadas por los monarcas o por éstos con sus ministros.

Sin embargo, aunque se vuelva al uso tradicional del término «decreto» para indicar, como en el Antiguo Régimen, las disposiciones adoptadas por el rey, el objeto designado con él va a quedar bastante modificado.

Si en aquella época decir «decreto del rey» daba a entender supremacía efectiva de poder, en la monarquía constitucional esta supremacía se ha nublado. Ahora, junto a los decretos que expresan la soberanía residual del monarca, hay otros de un valor subordinado que se dictan en el ejercicio de la llamada «función ejecutiva».

En España, el proceso de debilitación de la posición constitucional del rey, y la consiguiente reducción de su capacidad decisoria comienza definitivamente, tras el intento frustrado del Trienio Liberal, con la muerte de Fernando VII en 1833³².

Para entonces, el fenómeno de la parlamentarización de la monarquía es ya bien conocido en otros lugares. Las bases doctrinales que sostenían el absolutismo han ido siendo arrumbadas en Europa. Carlos X ha sido

32. Ocurrirá entonces, como en otros momentos de la historia, que los factores personales determinarán en gran medida el sentido de la evolución del sistema político. En este caso se trató de los problemas sucesorios de la Infanta Isabel. Como es sabido, los liberales apoyaron la causa de la Infanta frente al otro pretendiente al trono, Don Carlos. Como contraprestación, la Reina Gobernadora María Cristina –regente durante la minoridad de Isabel– hubo de acceder a las pretensiones de los liberales, limitando el poder regio, a través de la convocatoria de Cortes. Véase TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 139 y ss.

el último Rey de Francia en cuyo favor se invoca la idea de «derecho divino de los reyes». Las repercusiones intelectuales de la Revolución Francesa tras la caída de Napoleón y, junto a ello, el afianzamiento del sistema parlamentario en Gran Bretaña con el reinado de Victoria se combinarán para marcar la evolución política de otros países, entre ellos España.

Aquí, tras el fallecimiento de Fernando VII, se ha hecho prácticamente imposible cualquier intento de retornar al absolutismo. Y, aunque en un primer momento parezca que con el Estatuto Real se puede restablecer la monarquía tradicional limitada, será durante la vigencia de esa ley fundamental cuando empiecen a perfilarse los rasgos definitorios del sistema de gobierno parlamentario. La reducción de los poderes del monarca es una exigencia necesaria para la continuidad de la realeza³³.

Para cuando eso ocurre en España, aparte el caso paradigmático de Gran Bretaña, otros países como Francia y Bélgica han optado ya por el sistema parlamentario. Serán estos últimos, con esa versión de la monarquía orleanista, los que influyan más profundamente en la evolución del caso español.

Así, a partir de ahora, el monarca deberá compartir su poder con un órgano de naturaleza representativa, el Parlamento, a cuyo conocimiento queda reservado un importante haz de materias conocido con ese término que fuera entonces acuñado por los franceses: «dominio de la ley». Como regla general, se excluye que por decreto se invada este ámbito material reservado a las Cortes.

No obstante esto último, es preciso señalar que a lo largo del siglo XIX se acabarán institucionalizando determinadas intromisiones del decreto en ese «dominio de ley». Son los precedentes de eso que hoy llamamos nosotros «decretos legislativos» y «decretos leyes».

Además, al atribuirse al Rey la función de «ejecutar las leyes» –función que en realidad será ejercida por sus ministros contando más o menos con él–, surgirá una nueva categoría de decretos firmados por el monarca: los de función ejecutiva, que ya hemos denominado decretos de gradados. Pero no desaparecerá por ello la figura del decreto como acto

33. Sobre esta moldeabilidad de la monarquía como clave de su pervivencia, nos dice el profesor Mariano GARCÍA CANALES lo siguiente: «Allí donde la realeza se ha mantenido por mayor espacio de tiempo, allí donde pervive, lo hace con una actitud defensiva resistiendo los embates de la historia, aunque con la contrapartida de unas concesiones necesarias para seguir contando como institución básica, preeminente o dependiente, entre los órganos del Estado. De esta actitud general viene la explicación de la multiplicidad de formas adoptadas,...» en *La monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 20.

de soberanía, aunque esta soberanía, como atributo del monarca, esté ahora más o menos limitada.

Así pues, hablando en general, el decreto sigue siendo el instrumento dispositivo con que se expresa la voluntad del monarca en el ejercicio de sus funciones. Pero, al existir dos sectores en tales funciones, habrá por consiguiente dos especies de decretos. Los primeros se corresponden con las atribuciones que el Rey conserva como residuo de su antigua soberanía: sancionar los textos constitucionales, proponer y sancionar las leyes, nombrar a sus ministros, convocar y disolver las Cortes, y ejercer la prerrogativa de gracia. La segunda se relaciona con aquellas funciones en las que el monarca actúa como «ejecutor» de las leyes y disposiciones análogas.

Por otra parte, incluso los decretos de soberanía son de ordinario dictados por el monarca con asistencia de sus ministros; jamás de un modo estrictamente personal. La razón es que con el correr del siglo XIX la institución del Consejo de Ministros irá adquiriendo auténtica capacidad decisoria, subrogándose en muchas facultades que con arreglo a la letra constitucional incumben al monarca.

1.2. Afianzamiento del Consejo de Ministros

Se suele citar a los Consejos de la Monarquía austriaca como antecedente del actual Consejo de Ministros³⁴. A juicio del profesor GUAITA, dicho antecedente debe verse en el Consejo de Gabinete que formó Felipe V con sus secretarios de Despacho (RD. 30-XI-1714) y la llamada Suprema Junta de Estado, creada por Carlos III (RD. 8-VII-1787). Por su parte, la Constitución de 1812 nada diría de un Consejo de Ministros, aunque dedicó varios artículos a los Secretarios de Estado y de Despacho—como se sabe, precedente histórico de los ministros—³⁵.

Por RD 19-XI-1823 Fernando VII había creado el Consejo de Ministros: órgano colegiado de consulta y asesoramiento del monarca. Lo formaban los Secretarios de Estado y de Despacho, que entonces eran cinco:

34. En el Continente europeo el primer modelo de lo que hoy llamamos «Gobierno» debe buscarse en la figura británica del «Gabinete». Sobre el particular nos remitimos a la obra de MACKINTOSH, J.P., *The British Cabinet*, Londres, 1962.

35. GUAITA, Aurelio, *El Consejo de Ministros*, Escuela Nacional de Administración Pública, 2ª edición, Madrid, 1967, págs. 21 y 22. Puede encontrarse cumplidísima información sobre el tema de los antecedentes de la institución del Consejo de Ministros en España en la obra de GONZÁLEZ MARINAS, Pablo, *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, en particular desde la página 31 hasta la 100.

Estado, Gracia, Justicia, Guerra, Marina y Hacienda y estaba dirigido por la figura del Presidente del Consejo, también institucionalizada en tiempos de Fernando VII. Dicho órgano carecía absolutamente de competencias resolutorias. Su función no pasaba de la meramente consultiva ³⁶.

En los últimos años del reinado de Fernando VII, a consecuencia del deterioro en su salud, el Consejo de Ministros ya habría asumido un papel superior al de mero órgano de apoyo y ejecución de la voluntad regia; pero no será hasta la Regencia de María Cristina cuando se consolide como auténtico órgano decisor ³⁷.

Con la muerte de Fernando VII en septiembre de 1833 la naturaleza del órgano político va a cambiar: pasará de órgano consultivo a instancia con auténtica capacidad decisoria.

Finalmente, la consagración constitucional del Consejo de Ministros, así como la de su Presidente se producirá en el Estatuto Real de 1834. Con él «se pone fin definitivamente al régimen absolutista y se dota al país de un sistema representativo y unas instituciones parlamentarias a la altura de las de aquellos de más antigua raigambre en dicho sistema de gobierno. Esto explica que sea precisamente a partir de esta fecha cuando el Presidente del Consejo adquiere en España los caracteres de un verdadero Jefe de Gabinete» ³⁸. El Consejo de Ministros asumió plenamente el gobierno y la administración del país y los poderes y facultades que las leyes atribuían formalmente al monarca. El Consejo era, en rigor, el Gobierno de la Nación. Los acuerdos y las decisiones se adoptaban en las sesiones del mismo ³⁹.

En la misma medida en que se traslada al Consejo el poder decisorio se produce la pérdida de participación decisoria del monarca en la ac-

36. GUAITA, Aurelio, *op. cit.*, pág. 22.

37. Son diversas las circunstancias que favorecieron esa potenciación del Consejo de Ministros; pero, sin lugar a dudas, lo determinante fue la situación de enfrentamiento entre liberales y carlistas: «La situación del país era harto complicada a la muerte de Fernando VII y tenaz la inquietud y expectación ante el nuevo reinado. Se requería sin duda un Gabinete activo que, cohesionado por un Presidente con fuerza de criterio, fuese capaz de salir triunfante del verdadero marasmo político e ideológico que representaba en España el enfrentamiento entre liberales y carlistas». Cfr. GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, *op. cit.*, pág. 114.

38. GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, *op. cit.*, pág. 119. Además, acerca de lo que supuso la aprobación del Estatuto Real, señala TOMÁS VILLARROYA que «La monarquía con la promulgación del Estatuto Real dejó de ser absoluta para someterse a las limitaciones que en el mismo se establecían...». Cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 142.

39. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político del Estatuto...*, pág. 225.

ción de gobierno ⁴⁰. En la práctica son sus ministros quienes acuerdan los proyectos de ley, los reglamentos, las resoluciones, etc. Este fenómeno se ve favorecido por la parlamentarización del sistema político, primero a través de la instauración de la doble confianza, y después con el voto de censura. Tenemos así que en el siglo XIX el Consejo de Ministros se erige en auténtico eje de la acción de gobierno.

Los autores decimonónicos se hacen eco de esta realidad que supera la letra de los textos constitucionales ⁴¹. Así, en la obra de COLMEIRO *Derecho Administrativo Español* (1865) puede leerse lo siguiente: «Ora el Rey reine y no gobierne, ora reine y gobierne, es un axioma constitucional que no administra, porque se puede gobernar de lejos, pero no administrar bien sino de cerca; de modo que, aunque la potestad de ejecutar las leyes reside en el monarca, la ejerce siempre por el conducto de sus ministros responsables...» ⁴². En sentido parecido, años más tarde, escribirá Adolfo GONZÁLEZ POSADA en su *Tratado de Derecho Administrativo* (1897) que «el Jefe del Estado hállase por indicación constitucional a la cabeza del organismo administrativo. Pero su acción en el régimen parlamentario es honorífica. El Jefe del Estado en las Monarquías y en la República francesa *no administra* (...). La posición del Jefe del Estado en España es la de un Rey en el Régimen parlamentario. Constitucionalmente tiene estas facultades administrativas: 1º la que se deduce del artículo 50 de la Constitución que pone en mano del Rey la potestad ejecutiva. 2º La administrativa del ejército (...). Ahora bien: en la misma Constitución hay disposiciones que explican cómo el Rey no ejerce *de hecho* ninguna de esas facultades. Según el artículo 48, el rey es inviolable: son responsables sus ministros; además, «ningún mandato del rey puede llevarse á efecto si no está refrendado por un ministro, que por solo este hecho se hace responsable (art. 49)». La situación del Rey –sigue Adolfo POSADA– es, pues, de alta representación honorífica...» ⁴³.

40. «Junto a la Corona, dotado de existencia constitucional, estaba el Consejo de Ministros, al que rápidamente se desplazó el ejercicio efectivo de las competencias atribuidas formalmente al monarca.» Cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín. *El sistema político ...*, pág. 143.

41. Ya incluso, durante la vigencia del Estatuto Real, habrían aparecido artículos que en tono burlón se referían al rey como «**el que reina sin gobernar**». Por ejemplo, un artículo oficioso publicado por entonces en la *Gaceta* se refería al rey como «la fuente del Poder activo, el jefe de las armas, el árbitro de la paz y de la guerra, el concesor de fueros y leyes, el consolador de los desgraciados, el premiador de los servicios, del mérito y de las virtudes...». Cita tomada de TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 38.

42. COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, Libro III, Madrid, 1865, pág. 89.

43. GONZÁLEZ POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1897, págs. 377 y 378.

Por otra parte, y como se ve en el texto del último autor citado, el refrendo a los actos regios se convierte en una institución esencial del sistema político: la responsabilidad ha de estar allí donde está el autor de la decisión. Pasamos en esta época de un refrendo de certificación –propio del Antiguo Régimen– a un refrendo de responsabilidad ⁴⁴. Con esto se abre otra vía para limitar de hecho el poder regio, en este caso por el Consejo de Ministros. La necesaria presencia del refrendo en los actos regios acabaría otorgando un poder decisorio último a aquél que debía refrendar. La omisión de este requisito funcionaba como un veto a las decisiones regias.

2. Tipos y características de los decretos

El auge del Consejo de Ministros se traduce, por lo que atañe a los decretos, en que este instrumento dispositivo adopte dos modalidades. De una parte están los que dicta el monarca sin la intervención del Consejo (p. ej. el decreto de nombramiento del Presidente del Consejo de Ministros). De otra, aquellos en que la disposición nace, al menos teóricamente, del concurso de dos voluntades: la del Consejo de Ministros, que adopta en primer término la disposición, y la del monarca. Llamaremos a los primeros «decretos del Rey». A los segundos, «decretos del Gobierno». Adviértase que utilizamos aquí el término «Gobierno» en el sentido de complejo orgánico formado por el Rey con sus ministros.

En todo caso, en razón de que el monarca es todavía cabeza del Ejecutivo, los decretos son firmados por él en primera persona, aunque, necesariamente, los refrenda alguno de sus ministros ⁴⁵. La firma regia hace que la doctrina de la época se refiera al decreto como expresión más solemne de la potestad de mando ⁴⁶.

44. Concretamente esta exigencia de refrendar los actos regios no sería establecida con carácter general en el Estatuto Real. En dicho texto constitucional tan sólo se contempla la institución del refrendo para determinados actos decisorios (p. ej. para el decreto de disolución de Cortes, que había de ser refrendado necesariamente, según el artículo 40 del Estatuto, por el Presidente del Consejo de Ministros). Sin embargo, por un decreto de 16 de junio de 1834 se extendió el refrendo a todos los actos de la Corona. La referencia a esto último puede encontrarse en TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político...*, pag. 160.

45. La exigencia de refrendo aparece en todos los textos constitucionales decimonónicos: art. 61-Const. 1837; art. 64-Const. 1845; art. 87-Const. 1869; art. 49-Const. 1876.

46. MELLADO, Fernando, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Madrid, 1894, págs. 111 y ss.; por su parte ABELLA lo define como la orden que para dictar disposiciones de observancia general de alta importancia, para resolver los litigios administrativos, para nombrar y separar altos funcionarios de elevada categoría, para ejercitar las facultades de la Corona con relación a las Cortes, y para otros asuntos de índole análoga, expide el

El sentido general de la evolución es que, con el tiempo, los decretos exclusivamente del Rey serán escasos, al quedar aquél relegado a una magistratura evocativa y simbólica. Tan sólo quedan los de sanción y promulgación de las leyes, los de ciertos nombramientos, prerrogativa de gracia, y los que tienen que ver con la organización y dirección de la Casa Real. En cambio, es cada vez mayor el número de decretos del Gobierno. Pero en estos decretos del Gobierno, el concurso de la voluntad regia es cada vez menos relevante, hasta ser, de hecho, inexistente –aunque eso depende de la personalidad del monarca concreto–.

Por otra parte, en relación con sus rasgos externos principales, la apariencia de los decretos se mantiene más o menos constante a lo largo de este extenso período. Las formalidades observadas son distintas según el decreto sea del Rey o del Gobierno.

En el primer caso, la fórmula promulgatoria suele aludir a la facultad o el precepto constitucional o legal en que se apoya el decreto regio: «*En virtud de la prerrogativa que me compete con arreglo al art... decreto, o vengo en nombrar...*».

Por su parte, en los decretos del Gobierno, lo que se publica en primer lugar es el texto de la Exposición de Motivos que el Consejo de Ministros dirige al monarca para obtener su consentimiento. Normalmente, en dicha exposición se formulan las razones del Consejo al proponer el texto y, a veces, también un resumen del contenido dispositivo. Tal exposición la suscribe el ministro del ramo correspondiente, según el contenido o, en otras ocasiones, el Presidente del Consejo de Ministros.

Seguidamente, figura la fórmula de estilo con que de ordinario se somete la disposición del Consejo a la aprobación regia: «*...decreto que tengo el honor de dirigir a V.M.; espero que se sirva en aprobarle y rubricarle si lo halla arreglado y conforme a sus superiores intenciones...*»; o «*...V.M. no obstante, se servirá resolver lo que fuere de su soberano agrado...*»⁴⁷.

A continuación, siempre en letras mayúsculas, aparece el nombre de la disposición: REAL DECRETO. Después, viene la fórmula promulgatoria –que no es siempre la misma– pero alude en todo caso a la prestación

Rey rubricándola, en ABELLA, Joaquín, *Tratado de lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1894, págs. 40 y ss.

47. Las fórmulas con las que se dirigen los ministros son muy variadas. Véase este otro modelo, que, en concreto corresponde, al decreto desamortizador de Mendizábal: *Hé aquí, Señora, rápidamente bosquejados el objeto y los fundamentos del decreto, cuya minuta someto a la augusta aprobación de V. M. en uso del voto de confianza. Madrid, 19 de febrero de 1836.*=Señora.=A.L.R.P. DE V.M.=Juan Alvarez de Mendizábal. *Gaceta de Madrid* de 21 de febrero de 1836.

del consentimiento regio y a los órganos intervinientes en la adopción de la disposición: *«a propuesta del ministro..., de acuerdo con el Consejo de Ministros vengo en aprobar el presente decreto»*. Seguido a esto, se inserta el texto dispositivo, que termina con la firma regia, acompañada del refrendo, lugar y fecha.

Hay que esperar hasta 1917 para encontrar alguna disposición reguladora de la apariencia externa los decretos. Se trata de un importante Real Decreto de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y procedimiento del Ministerio de Gracia y Justicia. Concretamente, en su artículo 248 se establece lo siguiente acerca de la forma que ha de observarse:

«Los Reales decretos se redactarán á nombre del Rey, encabezando su parte dispositiva con las palabras: «Vengo en...», é insertando en ella el contenido exacto del acuerdo ó resolución que se ejecuta, y los demás requisitos legales o reglamentarios. Terminando con las expresión del lugar donde se da el decreto, y de su fecha, y llevando al pie la firma entera, sin rúbrica del Ministro que la refrenda, salvo que corresponda refrendarlo al Presidente del Consejo de Ministros.

Cuando el decreto tenga carácter de generalidad o su índole lo requiera, el Ministro, ó el Presidente en su caso, someterá á la aprobación de su Majestad el proyecto del mismo en virtud de las consideraciones que expondrá en un Preámbulo, que fechará y firmará con firma entera, sin rúbrica, encabezado con la palabra: «Señor:» y terminando con la antefirma: «Señor: A.L.R.P. de V.M.»

Por otra parte, desde la Real Orden de 11 de septiembre 1836, que prescribió la publicación para la entrada en vigor, los decretos se publican siempre en la *Gaceta de Madrid* ⁴⁸.

Al concluir, insistimos en el dato que caracteriza la institución decretal en el siglo de la parlamentarización de la monarquía: disminución radical de la participación efectiva del monarca en la adopción de los decretos, y correlativo traslado de facultades decisorias a su Consejo de Ministros, y, poco a poco, al Presidente del mismo.

48. Por ley de 28 de noviembre de 1837 se elevaría el rango de esta exigencia: *«las leyes y las disposiciones generales de Gobierno son obligatorias para cada capital de provincia desde que se publiquen oficialmente en ella, y cuatro días después para los demás pueblos de la misma»*. Cfr. *Enciclopedia jurídica española*, SEIX, Barcelona, Vol. XII, 1910, pág. 355 y ss.

3. Tipología de los decretos en razón de la eficacia

Atendiendo a la eficacia jurídica de las disposiciones contenidas en los decretos, podemos clasificarlos en constitucionales, legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales o impositivos ⁴⁹.

Más adelante precisaremos en qué consiste cada una de esas categorías. Ahora, baste con señalar que esas son las manifestaciones que vamos a encontrar en lugar del antiguo decreto del monarca soberano. Y si bien todavía quedan algunos supuestos de decretos de soberanía, los que más abundan son los que se dictan en el ejercicio de la llamada «función ejecutiva». Estos últimos tienen un valor secundario, pues están subordinados a las leyes. Por ello, y para distinguirlos de los antiguos decretos de soberanía, como ya hemos adelantado en otro lugar, los llamamos aquí «decretos degradados».

3.1. *Decretos constitucionales*

Son aquellos cuyo contenido dispositivo proyecta su eficacia sobre las relaciones jurídicas fundamentales de potestad y sujeción entre gobernantes y gobernados. Atendiendo a la mayor o menor amplitud del campo de afectación de estos decretos podemos distinguir dos categorías: decretos de ordenación general o de ordenación concreta. Los primeros, proyectan su eficacia por tiempo, en principio, indefinido, y sobre un número indeterminado de sujetos. Por ejemplo, este es el caso de un decreto de promulgación de un texto constitucional. La segunda categoría la forman los decretos cuya eficacia alcanza sólo a un supuesto concreto –personas o grupos, o circunstancias– en el que la eficacia de la disposición se agota.

Un supuesto típico de decreto de eficacia constitucional de ordenación general es aquel por el que el rey culmina el proceso de adopción de un texto constitucional deliberando sobre él y resolviendo su sanción y promulgación. Tal es el caso, por ejemplo, del Real Decreto de 10 de abril de 1834 por el que la Reina Gobernadora María Cristina, completa con su consentimiento la adopción del Estatuto Real y lo promulga. Con el tiempo, se ha ido perdiendo la costumbre de enunciar este acto regio con

49. Esta clasificación de las disposiciones jurídicas atendiendo a la eficacia que proyectan sobre la ciudadanía nos parece la más acertada. Por eso es la adoptada en este trabajo. Se debe a ZAFRA VALVERDE, y puede encontrarse expuesta en su *Teoría Fundamental del Estado*, vol. II, Pamplona, 1990, págs. 809 y ss. También se recoge en su obra *Régimen político de España*, Pamplona, 1973, págs. 363 y ss.

el nombre de decreto. En su caso ⁵⁰, ese acto prudencial y resolutorio del monarca ha quedado reflejado en la fórmula promulgatoria del texto constitucional: «he venido en decretar y sancionar la siguiente Constitución:» ⁵¹.

También han de incluirse en esta categoría los decretos por los que se declara el estado de emergencia. Un ejemplo es el RD 1-III-1868, donde se dice lo siguiente: «Conformándome con lo propuesto por mi Consejo de Ministros, vengo en decretar lo siguiente: Artículo 1º: Se establece el estado de guerra en la zona que comprenden los altos Pirineos de Aragón, desde la línea española y límites de Navarra y Cataluña en toda la extensión de los valles de Hecho, Aragües, Aisa, Canfranc, Tena, Broto, Bielsa, Gistain, Benasque y partidos judiciales de Jaca y Sos ⁵². Obsérvese cómo nos hallamos una vez más ante el modelo de decreto por excelencia: el dictado en uso de la soberanía extraordinaria para zanjar ante una situación de crisis histórica.

Forman también este grupo de los de eficacia constitucional, aunque de ordenación concreta, los siguientes: el decreto del monarca nombrando al Presidente del Consejo de Ministros, o aquel por el que ordena la convocatoria o la disolución de las Cortes. Todos ellos, aunque referidos a un número determinado de personas, o con efectos que se agotan en el supuesto concreto, proyectan su eficacia sobre esa relación de potestad y sujeción entre gobernantes y gobernados, lo que hace que hablemos también en estos casos de decretos de eficacia constitucional. Así, por ejem-

50. A lo largo del siglo XIX, sólo se *decretan* por el Rey aquellas Constituciones que tienen su origen, total o parcialmente, en un acto de soberanía regia. El decreto de promulgación es un acto de auténtica soberanía que consiste en enjuiciar y resolver en último término la adopción del texto constitucional. El monarca soberano tiene la última palabra. En cambio, cuando la Constitución se entiende como impuesta al monarca por los representantes de la «soberanía nacional», aquél se limita a dar a conocer solemnemente el texto, a cuya adopción no puede negarse, pues la última palabra corresponde en este caso al depositario de la soberanía nacional. Esta última palabra de las Cortes se refleja en la fórmula siguiente: «Las Cortes han decretado y sancionado la presente Constitución». Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución de 1837.

51. Así, la fórmula promulgatoria de la Constitución española de 1845 reza lo siguiente: «DOÑA ISABEL II, por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas; a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos los tiempos en los negocios graves de la Monarquía modificando al efecto la Constitución promulgada el 18 de junio de 1837, hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente CONSTITUCION».

52. Gaceta de Madrid, 2 de marzo de 1868.

plo, es indudable que el decreto por el que el monarca nombra al Presidente del Consejo de Ministros determina un eventual contenido de la acción de gobierno que afectará directamente la vida de los ciudadanos. Lo mismo cabe decir del decreto del monarca que disuelve unas Cortes y convoca a los ciudadanos a participar la composición de las nuevas.

3.2. *Decretos legislativos*

Forman esta categoría los decretos que sirven de vehículo para la emisión de disposiciones legislativas principales, es decir, aquellos con que se inicia, por lo menos, y a veces se realiza plenamente, la emisión de disposiciones de eficacia obligatoria. Son, en su plano, al igual que los anteriores, decretos de soberanía.

Una de las principales novedades que presenta el sistema político español decimonónico es el principio de la división de poderes como separación de funciones. Ello tendrá como consecuencia, para lo que aquí nos interesa, un amplio vaciamiento del ámbito material del decreto por virtud del principio de supremacía de la ley como acto parlamentario. Dicho en otras palabras, la división de poderes se traduce en una reducción del ámbito del decreto en la misma medida en que se constituye un campo reservado al instrumento dispositivo del órgano de representación: la ley.

En la monarquía constitucional española, la función legislativa reside en las Cortes con el Rey, y el instrumento dispositivo reservado para emitir disposiciones legislativas principales es la ley en sentido formal, que supone la intervención en la producción de dos órganos constitucionales: las Cortes en la fase central de elaboración, y el monarca en las de iniciativa y culminación del procedimiento legislativo. En este contexto no desaparece la figura del decreto, pero queda reducida, por lo que se refiere a la legislación formal, a la condición de un acto decisorio parcial. Ello sucede en dos momentos del procedimiento legislativo: el de iniciativa y el de culminación o expedición promulgatoria.

Decimos esto último porque el monarca es quien discierne y resuelve primeramente la remisión a las Cortes de un determinado proyecto de ley, y es también quien al final del proceso enjuicia prudencialmente el texto aprobado por las Cortes y, en su caso, lo confirma invistiéndolo así de la suprema majestad (sanción) y por un acto de imperio ordena y exhorta a su cumplimiento (promulgación).

A lo largo del siglo XIX la iniciativa legislativa reside en el monarca, ya sea exclusivamente (por ej. en el sistema del Estatuto Real), o de for-

ma compartida: en él y en las Cortes. La regia se ejerce a través del correspondiente decreto, que tiene un doble sentido: aprobar el texto del proyecto que normalmente le es propuesto por el Consejo o por alguno de sus ministros, y autorizar la remisión de dicho proyecto a las Cortes ⁵³.

Con posterioridad a la elaboración del texto por las Cortes, viene el decreto regio de sanción y promulgación. Una vez elaborado, el texto es remitido al monarca, cuyo consentimiento, como cotitular que es de la facultad legislativa, es imprescindible para culminar el procedimiento. Originariamente, este acto de soberanía regia se formaliza a través de un decreto, y todavía a principios del siglo XX hablan los tratadistas del decreto regio de promulgación ⁵⁴. Con el tiempo, se perderá la formalidad de exteriorizar este acto de sanción y promulgación de la ley con el apelativo de «decreto». Pero no dejará por ello de serlo.

Pero, junto a esos dos supuestos, el decreto sirve también de vehículo para emitir otras disposiciones legislativas principales. En principio, son disposiciones de carácter extraordinario, pues constituyen excepciones en el funcionamiento del sistema de división de poderes que es piedra angular del nuevo orden político. Los calificaremos genéricamente como *decretos legislativos*.

Son tres los supuestos típicos de tales decretos legislativos: los dictados en el ejercicio de una previa autorización parlamentaria; los dictados espontáneamente, bien ante la ausencia de las Cortes, o por lo extraordinario de la situación, y, los que vamos a denominar decretos legislativos independientes o residuales, que comunican lo que algunos denominan «reglamentos independientes».

3.2.1. *Decretos legislativos delegados*

Son los dictados por el Gobierno previa autorización de las Cortes, sobre materias acerca de las cuales éstas son las competentes. El valor de las disposiciones legislativas así emitidas es el mismo que tendrían si lo hubieran sido por las mismas Cortes. Es la figura que en nuestros días se designa con la expresión indebidamente restrictiva y de cuño italiano: «decretos legislativos».

53. Ilustremos lo dicho con uno de esos decretos de autorización para presentar un proyecto de ley a las Cortes. Aparece en la Gaceta de Madrid de 16 de junio de 1905, y bajo la leyenda «REAL DECRETO» dice: «De acuerdo con el Consejo de Ministros, vengo a autorizar al Ministro de Gracia y Justicia para que presente á las Cortes un proyecto de Ley reformando los artículos 1579 y 1678 del Código Civil y el nº 1 del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...».

54. Cfr. *Enciclopedia Jurídica Española*, vol. XXI, SEIX, Barcelona, 1910, voz «Ley».

Este fenómeno de la delegación legislativa, aunque nuevo en España, contaba ya con importantes manifestaciones en otros países. Las más remotas se sitúan en la práctica política inglesa del siglo XVI. Así, en 1539, Enrique VIII obtuvo del Parlamento inglés, a través del *Statute of Proclamation*, una amplia autorización para legislar por decreto (*proclamation*)⁵⁵.

En España, el primer caso de delegación legislativa en favor del Gobierno tuvo lugar en 1835. Concretamente, el Gobierno de Martínez de la Rosa pretendía ordenar las diputaciones y los ayuntamientos para acomodar su organización al sistema político establecido por el Estatuto Real. Lo avanzado de las sesiones parlamentarias impedía que la ordenación se hiciese por la vía legislativa normal con la rapidez deseada. Por esta razón, el Gobierno presentó en las Cortes un proyecto de ley cuyo objeto era autorizar al Gobierno para que éste pudiera proceder por decreto a organizar provisionalmente los ayuntamientos y diputaciones provinciales. Y en el mismo proyecto se obligaba al Gobierno a presentar en la legislatura siguiente los proyectos de ley para ordenar definitivamente el funcionamiento de dichas instituciones⁵⁶.

La presentación de dicho proyecto de ley dio lugar a encendidos debates, en los que representantes de las Cortes defendieron celosamente la facultad que por el Estatuto se encomendaba a las dos Cámaras en unión con la Corona. Alcalá Galiano tacharía incluso al proyecto de inconstitucional⁵⁷. Téngase en cuenta que estamos en una época en que tiene especial fuerza la famosa máxima «*potestas delegata delegari non potest*».

Sin embargo, la postura del Gobierno prevaleció, y las Cortes decidieron concederle la delegación solicitada. En el artículo 1º de la ley delegatoria se decía: «Se autoriza al Gobierno para que por medio de reales decretos proceda, desde luego, a plantear provisionalmente...». En el texto se establecían las directrices a que habría de ajustarse la regulación del Gobierno, cuyo valor legislativo iba a ser provisional.

Como quiera que esa primera delegación de las Cortes fue entendida

55. Sobre los orígenes de legislación delegada véase FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La legislación delegada», en REDC, nº 28, enero-abril 1990, págs. 121 y 122. También, QUADRA SALCEDO, Tomás de la, «La delegación legislativa en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1991, en particular nota al pie nº 8 de la pág. 333.

56. Puede encontrarse abundante información sobre el asunto, así como referencias a los debates parlamentarios que se suscitaron, en TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político del Estatuto...*, págs. 359 y siguientes.

57. Cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *op. cit.*, pág. 360.

como una ratificación de la confianza al Gobierno se dió a la decisión parlamentaria el nombre de «votación de confianza»⁵⁸.

Poco más tarde, por ley de 16-I-1836, las Cortes habilitaron al Gobierno de Mendizábal para adoptar las medidas económicas que estimase necesarias para poner fin a la guerra civil. En la realidad dicha ley funcionó, más que como una delegación legislativa sobre objeto determinado, como un otorgamiento de plenos poderes. El Gobierno, al amparo de la delegación, declaró en venta todos bienes de las corporaciones eclesiásticas; suprimió órdenes religiosas, conventos, monasterios y congregaciones religiosas de varones; redujo los conventos de monjas; y, entre otras medidas, ordenó que los bienes pertenecientes a las comunidades suprimidas o subsistentes se aplicasen a la Real Caja de Amortización para la extinción de la deuda pública⁵⁹.

Si en esos primeros casos la delegación legislativa no respondía todavía a una idea institucional, suficientemente clara y elaborada, con el paso de los años iría adquiriendo un perfil preciso. Esto se advertirá cuando la técnica sea utilizada para la elaboración de los textos legales de mayor envergadura.

Así, se recurrió a este método para la elaboración del Código Penal (RD 19-III-1848) y, después, para su modificación y refundición con otros textos legales (RD 30-VI-1850); para las de Enjuiciamiento Civil (RD 3-II-1881) y Enjuiciamiento Criminal (RD 14-IX-1882), el Código de Comercio (RD 22-VIII-1885), y, como coronamiento, el Código Civil (RD 6-X-1888).

Curiosamente, esta técnica de la delegación legislativa no fue objeto de reconocimiento constitucional alguno durante el siglo⁶⁰. Funcionó por vía de hecho, y sin merecer apenas la atención de la doctrina de la época. Cuando ésta se refirió a ella fué para hacerla objeto de fuertes críticas. Así, SANTAMARÍA DE PAREDES la menciona en 1888 como práctica viciosa por la que los Parlamentos «otorgan á la Administración poco me-

58. Lo expresó en los siguientes términos el Presidente del Consejo de Ministros Martínez de la Rosa: «Siempre que el Estamento, tratándose de un facultad que tiene en sí, se desprende de ella y la deposita en los agentes responsables del poder por la confianza que les merece, éste es un voto anticipado de confianza». Tomamos esta cita de TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político...*, pág. 359.

59. Cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *op. cit.*, págs. 362 y siguientes.

60. Es ilustrativo de lo que decimos el hecho de que la Ley reguladora del Consejo de Estado de 17-VIII-1860 no estableciera, entre las atribuciones del Consejo, la de dictaminar sobre ese tipo de decretos legislativos, pues decía únicamente que el Consejo debería ser oído, entre otros muchos casos, en de los reglamentos e instrucciones generales para la aplicación de las leyes (art. 45.1º), o en la presentación de proyectos de ley (art. 50. 1º).

nos que la facultad legislativa, bien por medio de plenísimas autorizaciones de las Cámaras a los Ministros, bien por la prerrogativa concedida al Rey de hacer leyes provisionales en defecto de los Parlamentos ⁶¹».

El Tribunal Supremo se pronunciará sobre la fuerza y eficacia de las autorizaciones concedidas al Gobierno por el Poder Legislativo en su Sentencia de 13 de marzo de 1916: «Tienen la propia fuerza de obligar que lo mandado expresa y directamente por este Poder; pero una vez utilizadas, únicamente pueden ser modificadas o derogadas por quien tenga potestad para realizarlo constitucionalmente, o sea, por el repetido Poder» ⁶².

El procedimiento se iniciaba por solicitud del Gobierno a las Cortes, bien a través de un simple mensaje, o mediante la remisión del correspondiente proyecto de ley de delegación.

La ley de delegación se tramitaba como una ley normal, y finalmente se sometía a la sanción y promulgación del monarca. El contenido dispositivo que aparecía en todo caso en dicha ley era la autorización para legislar sobre materia concreta. En ocasiones, el texto establecía una serie de indicaciones y directrices que habrían de observarse por el beneficiario de la delegación. Dichas indicaciones comenzaron a formularse con el nombre de «bases», de donde surgió la expresión «Ley de bases» para designar la ley de delegación. Esta terminología empezó a utilizarse en los años ochenta, y se ha hecho particularmente famosa la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 para la elaboración del Código Civil.

Después, en dicha ley solía establecerse la obligación del Gobierno de dar cuenta a las Cortes del ejercicio hecho de la delegación (por ej., art. 3º de la Ley de Bases para la elaboración del Código Civil).

Las disposiciones dictadas por el Gobierno en el ejercicio de la habilitación recibían el nombre de «Reales decretos». En el caso paradigmático de las «leyes de bases», el contenido de lo aprobado por tales decretos se conocería como «texto articulado de la ley...».

3.2.2. *Decretos legislativos de urgencia*

Ahora, nos encontramos ante decretos del Gobierno que contienen también disposiciones legislativas principales, pero sin que haya mediado una previa autorización de las Cortes, pues se dictan espontáneamen-

61. SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Madrid, 1888, pág. 67.

62. STS de 13-III-1916. Citada en ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, Tomo VI, 6ª edición, Madrid, 1917, voz «disposiciones legislativas del Gobierno».

te por el Gobierno. Este, al amparo de la necesidad, asume la potestad legislativa originaria de que son titulares las Cortes, y se introduce así en el ámbito para el que la doctrina francesa decimonónica acuñó la expresión «*domaine de la loi*». Estos decretos legislativos, que para distinguirlos de la categoría anterior podemos denominar «de urgencia», se singularizaron ya en la Francia de Napoleón I con el nombre de *décrets-lois* ⁶³.

En esta época este tipo de decretos es típico de las situaciones políticas extraordinarias y, por supuesto, de las etapas de concentración de poderes. Si bien en el siglo XIX español estamos ante una figura «tolerada», con el tiempo, se generalizará su uso para adoptar medidas de ordinario gobierno cuando la urgencia aconseje recurrir a este método en lugar del legislativo normal, cuya lentitud práctica podría dejar sin efecto las medidas pretendidas con la disposición legislativa de que se trate.

Se suele atribuir la formación del concepto de decreto legislativo de urgencia o decreto-ley a la jurisprudencia francesa del siglo XIX. Y es que, durante el Imperio, Napoleón I, seducido por los modos absolutistas, en más de una ocasión, legisló por decreto, adoptando cierto tipo de disposiciones cuya emisión estaba constitucionalmente reservada al Poder Legislativo. Se suele destacar el Decreto de 16 de diciembre de 1811, como uno de los principales que vendrían a conformar esta categoría. En unos casos, el contenido dispositivo de tales decretos se agotó en el supuesto concreto, pero en otros las disposiciones legislativas tuvieron aplicaciones reiteradas (por ej. decretos sobre organización de tribunales especiales). Es con estos últimos con los que se planteaba el problema, pues, si bien, no se cuestionó su legalidad bajo los tiempos de Napoleón, esto sí se hizo bajo la Restauración. Entonces, la Corte de Casación decidió mantener el valor de los decretos contra la voluntad mayoritaria de la doctrina que sostendría que dichas disposiciones legislativas debían ser declaradas nulas por estar viciadas en origen en razón del inadecuado procedimiento de producción. La razón dada por la Corte de Casación fue que, en su día, el Senado no había mostrado expresamente su oposición a esa legislación personal de Napoleón. En consecuencia, el titular de la función legislativa, había convalidado tácitamente las disposiciones así dictadas. Merced a dicha anuencia tácita, se debía reconocer igual valor que si se hubieran dictado por ley. Por otra parte, y justamente por ello, sólo mediante ley podrían ser modificadas o derogadas. Y así es como se acuñó la expresión *décret-loi* para designar a los famosos decretos ⁶⁴.

63. HAURIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et Droit Public Général*, París, 1903, págs. 30 y ss.

64. Cfr. en HAURIU, Maurice, *op. cit.*, págs. 30 y ss. Para una completísima información sobre este particular véase *La Grande Encyclopédie*, vol. XIII, París, voz «*décret*».

En España, tras la crisis política que siguió a la revolución de 1868, fue frecuente la legislación por decreto del Gobierno. Así, por ejemplo, por decreto de 26 de octubre de 1868, el Gobierno provisional decretó la derogación de determinadas disposiciones de las leyes de presupuestos de 25 de junio de 1864 y 15 de julio de 1865.

Más tarde, superada dicha fase de concentración de poderes, se consideró conveniente someter a la aprobación de las Cortes un proyecto de **ley de conversión** de algunos de esos decretos de contenido legislativo. Con la aprobación de dicho texto legal (Ley 19-20 de junio de 1869)⁶⁵ los decretos se entendieron sanados, y su contenido dispositivo pasó a tener el mismo valor que si se hubiera dictado a través una ley de Cortes.

Se encuentran también abundantes manifestaciones de estos decretos legislativos de urgencia en el período de concentración de poderes que va desde el golpe de Estado del General Martínez Campos en 1874 hasta el restablecimiento de la normalidad constitucional en 1876. Esta vez, por Ley de 2 de enero de 1877 se determina qué decretos tendrán valor de ley: «Se declaran leyes del Reino los Decretos de 10 de Enero y 11 de agosto de 1875 llamando al servicio de las armas 70 y 100.000 hombres respectivamente; la Circular! (*sic*) del 7 de febrero del mismo año regularizando el ejercicio de los derechos de reunión y asociación⁶⁶; el Decreto de 1º de junio siguiente, autorizando al Ayuntamiento de Madrid para establecer varios arbitrios, y el de 17 de octubre de 1874 disponiendo que les sea de abono a los empleados de Telégrafos el tiempo durante el cual permanecieron en situación de excedentes»⁶⁷.

Más adelante, ya entrado el siglo XX, bajo la Dictadura de Primo de Rivera, la figura del decreto-ley pasará por una de sus etapas de máximo apogeo. Estaba ya prevista en el artículo 1º del decreto de 15 de septiembre de 1923, auténtico decreto de crisis por el que se suspende el orden constitucional y se disuelven las Cortes. En dicho artículo se establece lo siguiente: «Se confiere al Teniente General D. Miguel Primo de Rivera y Orbaneja, Marqués de Estella, el cargo de Presidente del Directorio Mili-

65. Dicha ley, publicada en la Gaceta de Madrid de 21 de junio de 1869, contiene un artículo único que reza así: «*Todos los decretos que el Gobierno provisional dictó y publicó desde su instalación hasta la de las Cortes Constituyentes como Poder legislativo en el ejercicio de la soberanía de que estaba investido por la revolución de Septiembre, se tendrán y obedecerán como leyes mientras que las Cortes no decreten su reforma ó derogación*».

66. Obsérvese lo caótico del panorama dispositivo: en el Gobierno Provisional se llegaron a establecer disposiciones legislativas a través de una «Circular». Ahora, tras esta ley de convalidación nos encontramos con una curiosa figura: la circular con fuerza de ley.

67. Esta ley de conversión se publicó en la Gaceta de Madrid de 3 de enero de 1877.

tar encargado de la gobernación del Estado, con poderes para proponerme *cuantos decretos convengan a la salud pública, los que tendrán fuerza de ley, interin en su día no sean modificados por leyes aprobadas por las Cortes del Reino y sometidas a Mi Real sanción*». Así, sobre esta base, el Presidente del Directorio presentó muchas disposiciones legislativas al monarca, que aparecían publicadas en el diario oficial, por primera vez en la historia de España, con la denominación de «decretos-leyes».

De esta forma, en el primer cuarto del siglo XX la figura del «decreto-ley» está plenamente configurada.

3.2.3. *Decretos legislativos independientes o residuales*

Nos ocupamos aquí de aquellos decretos que, no estando en ninguno de los dos supuestos anteriores, contienen también disposiciones legislativas principales. De esta forma vienen a desempeñar en el ordenamiento jurídico la función de la ley. Son los que la doctrina alemana denomina *Gesetzvertretende Verordnung* ⁶⁸ (reglamentos con función de ley), y que en España los administrativistas designan equívocamente como «reglamentos independientes». Aquí preferimos evitar la expresión «reglamento» para referirnos a estas disposiciones, pues conforme al modelo tradicional español, el reglamento es la disposición legislativa que desarrolla y complementa una ley ⁶⁹.

A diferencia de las decretos legislativos delegados o los de urgencia, a éstos no se les otorga formalmente rango de ley, sino rango reglamentario. En consecuencia, no pueden modificar disposiciones con rango de ley y pueden ser modificados por otro decreto del Gobierno.

Sin embargo, si nos fijamos en el momento de la creación del Derecho y en la eficacia de estas disposiciones, apreciamos que, a pesar de ese rango reglamentario, se comportan como auténticas leyes. Estos decretos tienen naturaleza legislativa, pues crean *ex novo* posiciones de atribución y vinculación en la ciudadanía. Hacen nacer derechos y deberes sin apoyo en una ley previa. En definitiva, implican un ejercicio de soberanía al iniciar el fenómeno de imperación jurídica, aunque sea dentro de los límites indicados. Por ello los incluimos, como una especie, en la categoría de los decretos legislativos.

68. NAWIASKY, Hans, *Teoría General del Derecho*, trad. al castellano por J. ZAFRA VALVERDE, Rialp, Madrid, 1962, pág. 78.

69. De indispensable lectura acerca de este tema es la obra de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.

Ello es así porque nuestros textos constitucionales decimonónicos se refieren con claridad a los reglamentos como disposiciones legislativas de desarrollo. Los artículos 47 de la Constitución de 1837, 45. 1º de la de 1845 y 54 de la de 1876 atribuyen al rey la facultad de «expedir los reglamentos e instrucciones *que sean conducentes para la ejecución de las leyes*». En igual sentido, el artículo 74 de la Constitución de 1869 atribuye al monarca la facultad de hacer reglamentos «*para el cumplimiento y aplicación de las leyes...*».

También, la doctrina de la época es unánime al definir el reglamento como disposición legislativa de desarrollo. Así, POSADA HERRERA entiende por reglamento la «disposición que dan los ministros respecto las circunstancias del tiempo y lugar a que es necesario atender, para que una ley tenga cumplimiento»⁷⁰. Por su parte, en 1876, SANTAMARÍA DE PAREDES dice que «los reglamentos son un conjunto de reglas dictadas para el cumplimiento total o parcial de una ley o disposición administrativa». Y más adelante señala el mismo autor que «la ley y el reglamento se diferencian en que la ley fija el principio, y el reglamento la obedece para prever y desarrollar sus consecuencias, aplicarlo a los detalles y tomar las medidas necesarias para su ejecución. La ley es más permanente, más inmutable; el reglamento más variable, modificándose según las circunstancias y los tiempos». En términos similares los define GÓMEZ DE LA SERNA⁷¹.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, en el siglo XIX, fue práctica frecuente dictar decretos que aprobaban textos con apariencia de reglamentos, pero que establecían disposiciones legislativas principales, y no sólo de desarrollo. En tales casos, y bajo esa apariencia, las disposiciones en cuestión operaban como auténticos decretos legislativos.

Esto podía ocurrir de varios modos. Uno de ellos, que se aprobasen por decreto «reglamentos» que no desarrollaban ley alguna. Este es el caso de muchos reglamentos de organización (por ej. RD. 14-II-1859: Reglamento orgánico de las juntas provinciales de agricultura, industria y comercio⁷²). Otro caso era el de los decretos aprobatorios de reglamentos de desarrollo que iban más allá del desarrollo de la ley, estableciendo verdaderas disposiciones legislativas principales. La consulta de la Gaceta de Madrid correspondiente al siglo XIX muestra que esto ocurrió con bastante frecuencia⁷³.

70. POSADA HERRERA, José de, *Lecciones de Administración*, Tomo I, Madrid, 1843, págs. 152 y ss.

71. GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Instituciones de Derecho Administrativo Español*, Tomo I, Madrid, 1843, págs. 15 y ss.

72. Recogido en ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración*, Madrid, 1863, págs. 135 y ss.

73. También se refiere a este abuso del decreto TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, en *El sistema político...*, pág. 187.

Estos decretos legislativos independientes fueron especialmente abundantes en dos periodos de la historia de España que suponen una excepción a la concepción tradicional de la relación ley-reglamento. Se trata de las épocas de Bravo Murillo y de la Dictadura de Primo de Rivera. En ambos periodos se utilizó el apelativo reglamento para encubrir auténticas leyes aprobadas por el órgano gubernamental. La expresión «reglamento independiente» o «reglamento autónomo» se empleaba para esconder la actividad legislativa del Gobierno. Téngase en cuenta que este fenómeno es particularmente típico de las épocas de concentración de poderes, en las que, como no hay un órgano parlamentario, se gobierna a golpe de decreto. Por eso, y pese a ese nombre equívoco de reglamento, nos encontramos con decretos cuyo contenido ordenador es de eficacia legislativa, semejante al de una ley formal, pero que no puede atentar contra ésta.

Esa configuración bifacial del reglamento, se plasmaría en los proyectos constitucionales de Bravo Murillo (1852) y Primo de Rivera (1929). En dichos proyectos se contemplaría al reglamento como disposición ejecutiva de desarrollo y también como disposición dictada por el Gobierno para la *implantación de normas obligatorias sobre materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa* (art. 70-5º del Proyecto Constitucional de Primo de Rivera).

3.3. *Decretos ejecutivos*

Son aquellos cuyo contenido ordenador se dirige al cumplimiento y aplicación de las disposiciones legislativas principales aprobadas por ley formal o por decretos legislativos. Contrastan así, por su carácter totalmente subalterno, con las manifestaciones del decreto como expresiones de soberanía. Por esto, nos hemos referido a ellos más arriba con el nombre de «decretos degradados».

Dentro de esta especie cabe distinguir dos grandes grupos. De un lado, el formado por aquéllos que contienen disposiciones generales complementarias de los preceptos establecidos en las leyes o similares; de otro, los que comunican resoluciones o actos administrativos singulares en aplicación o ejecución de las leyes y los reglamentos.

Forman la primera categoría los decretos aprobatorios de reglamentos de desarrollo. Nótese que es tal la importancia alcanzada por esta manifestación del decreto, que con frecuencia se cae en el error de ver en el decreto únicamente un instrumento dispositivo de segundo orden dirigido a la aprobación de tales disposiciones reglamentarias.

El fundamento de los decretos aprobatorios de reglamentos ejecutivos reside en la necesidad de completar las leyes, por definición abstractas y generales, mediante las correspondientes disposiciones imperativas de desarrollo. Porque, como decía un autor del siglo XIX, «las dificultades de generalidad y permanencia de la ley traerían serias dificultades en su aplicación si la reglamentación no particularizase la ley, acomodándola a las diversas circunstancias de lugar y tiempo (...). La potestad reglamentaria se ejerce en cuanto es necesaria para la ejecución de la ley: por tanto la validez de los preceptos administrativos depende necesariamente de su conformidad con los formulados por el legislador. Esa conformidad con la ley será el carácter distintivo de la potestad reglamentaria»⁷⁴.

Hemos de insistir en lo dicho anteriormente: que todos los textos constitucionales decimonónicos se refieren en términos similares a los «*reglamentos e instrucciones conducentes para la ejecución de las leyes*».

Así, el concepto «ortodoxo» de reglamento se entendía como disposición estrictamente subordinada a la ley. Decía SANTAMARÍA DE PAREDES, la ley «debe comprender todos los principios fundamentales y de carácter general, dejando a los reglamentos las reglas de aplicación que se muestran como detalles y dependen de circunstancias locales ó de hechos imprevistos y complejos y poco conocidos aún»⁷⁵.

Por su parte, Adolfo GONZÁLEZ POSADA resumía del siguiente modo la doctrina jurídica de la época acerca de los reglamentos: «1.º Un reglamento no puede modificar disposiciones de las leyes. 2.º Un reglamento no puede violar los derechos fundamentales de la personalidad, constitucional ó legalmente establecidos ó garantidos: no puede gravar la persona ni la propiedad con cargas que no tengan origen en la ley. 3.º El reglamento expedido según la Constitución y las leyes obliga como una ley. 4.º Un reglamento no debe modificarse sino por disposición de igual valor legal o superior –reglamento o ley–»⁷⁶.

En cuanto a los requisitos de validez de estas disposiciones, aparte comunicarse a través del instrumento dispositivo adecuado, desde la aprobación de la Ley reguladora del Consejo de Estado el de 17 de agosto de 1860 es preceptivo el informe de este máximo órgano consultivo de la Administración. Así, en el art. 45.1º de dicha ley se establece que el Consejo

74. MELLADO, Fernando, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Madrid, 1894, págs. 116 Y 117.

75. Texto de Santamaría citado en la *Enciclopedia jurídica Seix*, vol. XXVII, Barcelona, 1910, voz «reglamento», pág. 162.

76. *Enciclopedia Jurídica Seix*, voz «reglamento», pág. 162.

de Estado, será oído necesariamente y en pleno «sobre los reglamentos é instrucciones generales para la aplicación de las leyes y cualquier alteración que en ellos haya de hacerse».

Desde entonces, además, se articularon una serie de vías de remedio frente a los reglamentos ilegales. En primer lugar, cabía el recurso ante las Cortes o ante el Rey, por la vía del derecho de petición. Después, desde la ley de 22 de junio de 1894, el recurso contencioso-administrativo cuando un precepto reglamentario pudiera lesionar un derecho particular reconocido en una ley (art. 3º). Finalmente, la doctrina se refería al supuesto del ciudadano castigado por incumplir un reglamento ilegal. En este último supuesto la estimación de la ilegalidad del reglamento por el tribunal, en el caso concreto, obligaba a la absolución del ciudadano.

En cuanto a la forma de los decretos aprobatorios de reglamentos, destacan dos notas que los distinguen de otros: por una parte la necesaria referencia a la intervención previa del Consejo de Estado; por otra, la mención de la ley que se desarrollase.

Terminemos este apartado sobre los decretos aprobatorios de reglamentos exponiendo la fórmula promulgatoria normalmente utilizada para ellos: «*En atención á las razones expuestas por el Ministro de..., de acuerdo con mi Consejo de Ministros, y oído el Consejo de Estado; Como Rey de ..., vengo en aprobar el adjunto reglamento para la aplicación de la Ley*». *REGLAMENTO:...*»

Por otra parte, está la otra categoría de decretos ejecutivos. Contienen resoluciones singulares, determinaciones que actualizan las disposiciones imperativas para un caso determinado. De esta forma, la eficacia jurídica de la disposición se agota en el supuesto concreto. Son, por ejemplo, los decretos de ascensos, concesión de permisos, licencias, entre otros. Como puede suponerse, este tipo de decretos ejecutivos es abundantísimo.

3.4. Decretos de significación jurisdiccional

Forman esta categoría los decretos que sirven de vehículo a disposiciones que, en razón de su eficacia podemos calificar de jurisdiccionales. El caso prototípico está constituido por los de concesión de indultos. Son especialmente considerados como actos del monarca, por cuanto éste, dentro del nuevo orden constitucional ha conservado la prerrogativa de gracia como residuo de su antigua soberanía como juez supremo. De alguna forma, si el Rey es quien, con su decreto, ha sancionado y promulgado la ley penal; y si los jueces han impuesto las penas en su nombre, es

él quien remite eventualmente dichas penas por medio de estos decretos de concesión de indulto.

Lo que no existe propiamente, dado el principio de separación de funciones, son decretos de eficacia condenatoria. No obstante, aparte cierto sentido de sanción que es apreciable en ciertos decretos de disolución de Cortes, algunos otros como los expropiatorios respondían a veces a una intención punitiva.

Cosa distinta, por otra parte, son algunos curiosos decretos del siglo XIX que aparecían con el título de «real decreto-sentencia». Con ellos se dirimían conflictos jurisdiccionales o de competencias. Dichos decretos debían ser acordados en primer término por el Consejo de Ministros, que actuaba como una especie de Tribunal Superior en determinados conflictos entre órganos de la Administración, o entre los de la Administración y los judiciales. La forma de estos decretos es similar a la de una sentencia cualquiera. Se estructura de esta manera: hechos, resultandos y considerandos, y finalmente, el fallo del Consejo, previo informe del Consejo de Estado ⁷⁷. Podemos compararlos, si se quiere, a las sentencias declarativas de la jurisdicción civil.

Estos «reales decretos sentencia», aunque inconscientemente, nos devuelven a aquellas manifestaciones primigenias del decreto como acto judicial que fueron típicas en Roma.

V. LOS DECRETOS DE CRISIS ENTRE LOS SIGLOS XIX Y XX

Junto a las citadas manifestaciones del decreto que se encuadran en un contexto social y político más o menos normal, hay que destacar las que podemos llamar expresiones antonomásticas del decreto, las típicas de las situaciones políticas de anormalidad.

En las grandes crisis políticas del siglo XIX y principios del XX, la figura del decreto irrumpe en su versión más inequívoca y vigorosa: el decreto como acto prudencial y decisorio que dirime una situación de crisis.

Citemos tres muestras. En 1868, triunfa el levantamiento dirigido por Prim y Serrano. La Reina Isabel II se ve forzada a abandonar el país. En esa situación extraordinaria emerge el decreto como instrumento dispositivo de máxima decisión política y jurídica que, ante la disyuntiva, marca un camino y establece la cesura histórica. Así, por decreto, se consti-

⁷⁷. La regulación de estos curiosísimos «reales decretos sentencia» se encuentra en los artículos 56 a 59 de la Ley del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1860.

tuye el Gobierno Provisional, y se adoptan las primeras medidas dirigidas a ordenar la nueva época política. Entre tales medidas es especialmente interesante el decreto de 19 de octubre de 1868 por el que se crea la «peseta» como moneda de curso en España. Este decreto de soberanía persigue romper con la simbología típica de la dinastía borbónica, instaurando la peseta como forma de «olvidar el pasado»⁷⁸.

Otro típico decreto de crisis será el que dicte Cánovas del Castillo el 31 de diciembre de 1874. Tras el triunfo del golpe de Estado del General Martínez Campos, Alfonso XII es proclamado Rey de España en Sagunto el 29 de diciembre de 1874. En esa situación extraordinaria, Cánovas del Castillo recurre al decreto como instrumento dispositivo idóneo para constituir un Ministerio-Regencia con plenos poderes para mantener el orden social y político⁷⁹.

Por último citemos el decreto dictado por Alfonso XIII el 23 de septiembre de 1923. Ante la precaria situación social, económica y política de España en esta fase de la Restauración⁸⁰, y tras el golpe del Estado de Primo de Rivera del 13 de septiembre de 1923, el monarca, en un acto de soberanía extraordinaria, zanja la crisis instaurando un Directorio de salvación nacional.

78. Esto es parte del texto de la Exposición de Motivos del decreto de 19 de octubre de 1868.

79. El texto del decreto puede verse en MARTÍNEZ ALCUBILLA, Diccionario de la Administración, Madrid, 1875, pág. 5.

80. «La España de los Problemas». Así se refiere José Luis Comellas al periodo que precede al Golpe de Estado del 13 de septiembre de 1923. En *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Rialp, 1967, págs. 533 y siguientes.

CAPITULO TERCERO

EL DECRETO EN LA ESPAÑA CONTEMPORANEA (II): DE LA SEGUNDA REPUBLICA A LA TRANSICION

En este tercer capítulo completamos el rastreo del decreto en la historia de España considerando las etapas políticas siguientes: Segunda República (1931-1936); Régimen de Franco (1936-1975) y, Transición (1975-1978).

Podemos adelantar que, en términos generales, durante esas cinco décadas el concepto institucional «decreto» irá perdiendo poco a poco precisión, «preparándose» así para su actual situación de nebulosidad e indisciplina.

I. EL DECRETO DURANTE LA SEGUNDA REPUBLICA

Buen reflejo de la inestabilidad política de la época es el hecho de que, tan pronto nos encontremos al decreto bajo su manifestación autonómica –decreto de crisis–, como convertido accidentalmente en instrumento de solemne comunicación de algún acuerdo de Cortes, o como instrumento dispositivo del Presidente y del Gobierno de la República. Veamos unas y otras manifestaciones del decreto.

1. El decreto de crisis en los comienzos de la Segunda República

Es bien conocida la situación de incertidumbre y vacío de poder que sigue a la celebración de las elecciones municipales de 12 de abril de

1931. Los pilares básicos de la organización política estatal se han derumbado. Los primeros resultados apuntan a una victoria de los republicanos. Llegan noticias de que Alfonso XIII prepara su salida del país. El Gobierno ha enmudecido. España se encuentra ante una disyuntiva histórica: Monarquía-República ¹.

En ese contexto crítico, el Comité de Fuerzas Coaligadas para la instauración de la República recurre al decreto para zanjar enérgicamente dicha disyuntiva, proclamando la Segunda República. Se trata, concretamente, del decreto de 14 de abril de 1931, de indudable eficacia radical constituyente.

Así, en la España de 1931, reencontramos la figura del decreto en su manifestación más inequívoca: acto deliberativo y decisorio que zanja en la crisis. Una vez más, el decreto irrumpe ligado a esas notas de juzgar y cortar que se encuentran en las raíces de la palabra misma.

Dicho decreto de crisis se publica en la Gaceta de Madrid del 15 de abril de 1931. Su autor, como hemos dicho, es el Comité de Fuerzas Coaligadas para la instauración de la República, que se autoconstituye como Gobierno provisional. Su contenido es pues, una decisión política fundacional en que se afirma una nueva fórmula de legitimidad política. Hé aquí el párrafo principal de este decreto de crisis:

«El Gobierno provisional de la República ha tomado el poder sin tramitación ni resistencia protocolaria alguna (...). En su virtud, el Presidente Provisional de la República asume desde este momento la Jefatura del Estado (...). El Comité de Fuerzas Coaligadas para la instauración de la República nombra a D. Niceto Alcalá-Zamora y Torres para el cargo de Presidente del Gobierno Provisional de la República ².

Por otro decreto del Gobierno Provisional, éste se autoasigna «plenos poderes». Desde entonces, aparecerá en la Gaceta una serie de decretos a través de los cuales el Gobierno Provisional expresa dicha plenitud de potestad. Por medio de ellos el Gobierno pretende trasladar a todos los órdenes de la vida social y política la cesura histórica producida por el decreto fundacional de 14 de abril de 1931.

Así, hasta el restablecimiento de las Cortes, el decreto será el instrumento dispositivo superior y, desde luego, hegemónico. Por decreto se co-

1. El contexto social y político en que se desenvuelven los acontecimientos de abril de 1931 es crítico en extremo. Véase el artículo de TUÑÓN DE LARA, Manuel, «La coyuntura histórica española de 1930-1931», REP, n° 31-32 (monográfico sobre la II República española y la Constitución de 1931), invierno de 1983, págs. 39 y ss.

2. Gaceta de Madrid, 15 de abril de 1931.

munican disposiciones de toda índole y eficacia: constitucional, legislativa, ejecutiva y jurisdiccional.

Es, por ejemplo, de eficacia constitucional el de 15 de abril por el que se disuelve la parte permanente del Senado que estableciera la Constitución de 1876. El de 27 de abril de 1931 por el que se establece que la bandera española será la tricolor. También el que suprime el Consejo de Estado. Por su parte, tiene eficacia legislativa el de 15 de abril que deroga el Código Penal de 1928. Naturalmente, se adoptan también por decreto múltiples disposiciones ejecutivas: convocatorias de oposiciones, ascensos, autorizaciones, etc. Al tiempo, el decreto sirve de vehículo para disposiciones de remisión de penas.

Básicamente, en este período de confusión e improvisación dispositiva, pueden distinguirse dos tipos de decretos en razón del autor: los del Presidente de la República, y los del Gobierno Provisional. En ambos casos los decretos se firman por ALCALÁ ZAMORA, a la sazón Presidente de la República, y también, transitoriamente, del Gobierno Provisional.

En el caso de los decretos presidenciales, se utiliza alguna de las fórmulas promulgatorias siguientes: «Usando el poder que en nombre de la Nación me ha conferido el Comité de Fuerzas Políticas Coaligadas para la implantación de la República triunfante en la elección popular, vengo en....»; o «como Presidente de la República...».

En cambio, en los decretos del Gobierno Provisional las fórmulas promulgatorias hacen alusión a éste último como autor del acto deliberativo y decisorio: «Por cuanto queda expuesto, el Gobierno Provisional de la República decreta:» o «el Gobierno provisional de la República, a propuesta del ministro de tal... decreta:».

Señalemos también que, en el caso de los decretos gubernamentales, la firma del Presidente aparece refrendada, lo que no siempre sucede en el caso de los decretos presidenciales. De todas formas, no existían reglas claras acerca de en qué supuestos habían de refrendarse los decretos presidenciales, ni, por tanto, una idea definida del modelo político que se quería establecer. Es de suponer que, dada la confusión del momento, estos aspectos se dejaban muchas veces a la improvisación, las opciones dependían del juego de voluntades entre los actores políticos concretos

Por otra parte, en este período de confusión dispositiva nos vamos a encontrar con unas curiosas «Ordenes» que, en realidad, son decretos disfrazados³, pues consisten en un acuerdo del Gobierno en pleno, y por ello

3. GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, pág. 131, se refiere a estas órdenes que promulgan acuerdos del Gobierno Provisional como «decretos encubiertos».

deberían haber aparecido bajo la forma de decreto. Sin embargo, se promulgan a través de un instrumento dispositivo inferior: una orden «presidencial». Es el caso, por ejemplo, de la Orden Circular publicada en la Gaceta de Madrid de 16 de abril de 1931, y que en su fórmula promulgatoria dice así: «...*el Gobierno provisional de la República ha acordado...*»⁴.

Parece que esta práctica no obedeció a ninguna finalidad elusiva de la firma del Jefe del Estado, pues, en esta época que precede a la Constitución de 1931, es también Presidente del Gobierno Provisional. Es de suponer que tan sólo nos encontramos ante una manifestación de la precipitación que caracteriza al panorama dispositivo en los primeros compases del segundo intento de una España republicana.

2. Reparición de los decretos de Cortes

Como hecho curioso, es de destacar que, en octubre de 1931, asistimos a la reaparición de aquella manifestación del decreto que irrumpiera en la crisis del Antiguo Régimen: el decreto asambleario o de Cortes.

El 14 de octubre de 1931, Alcalá-Zamora presenta su dimisión como Presidente del Gobierno Provisional de la República. Un nuevo Presidente es elegido por las Cortes. Según la práctica constitucional española –pues no había texto constitucional al que atenerse– el nombramiento del nuevo Presidente habría de hacerse por «Decreto del Jefe del Estado»: antes el Rey, ahora el Presidente de la República. La vacancia de esta institución hacía imposible tal solución. Entonces, se volvió la vista a la evocativa figura del Decreto de Cortes, típica en la irrupción del moderno constitucionalismo. De esta forma, las Cortes republicanas, nombran por decreto al Presidente del Gobierno Provisional. Más tarde, se hace lo mismo para nombrar al Presidente de la República.

En realidad, y a pesar de tratarse de una reaparición del Decreto de Cortes casi accidental, el hecho es sugerente. Para empezar, pone de manifiesto que el término «decreto» seguía evocando la idea de soberanía. Obsérvese la fórmula promulgatoria de estos decretos: «Las Cortes constituyentes, en uso de su soberanía...»⁵.

En segundo lugar, hay otros factores que, puestos en relación con este hecho, lo hacen especialmente significativo. Son muchos los datos indicativos de que las Cortes Constituyentes del 31 tomaron como modelo

4. Cit. en GARCÍA CUADRADO, Antonio, *op. cit.*, pág. 133.

5. Obsérvese el parecido de esta fórmula promulgatoria con la de los decretos de la Cortes de Cádiz.

de referencia a la Asamblea Nacional Francesa. Así, estas Cortes se reunieron deliberadamente un 14 de julio y, además, lo hicieron siguiendo el modelo convencional revolucionario de cámara única. Estos datos nos llevan a ver en los «Decretos de las Cortes del 31» una reaparición de aquella figura dispositiva asamblearia.

3. El decreto en el sistema constitucional de 1931

Con la aprobación de la Constitución de la Segunda República en diciembre de 1931 se perfila, más o menos, lo que será el cuadro de los instrumentos dispositivos en el nuevo sistema político.

Con relación al decreto nos vamos a encontrar las novedades siguientes:

1. En el texto constitucional, y después también en la práctica, se distinguen ya abiertamente dos tipos de decretos en razón del autor: los del Presidente de la República y los del Gobierno.

2. Por primera vez en la historia constitucional española, se recogen en un texto constitucional las figuras de la delegación legislativa (art. 61) y la decretación legislativa por motivos de urgencia (art. 80).

3.1. Tipos y caracteres de los decretos

En este sistema constitucional se aprecia una grave acentuación del dualismo en el seno del llamado Ejecutivo ⁶. La Jefatura del Estado y el Gobierno son ahora esferas separadas, cada una con sus propias funciones y facultades ⁷. El Jefe del Estado no es miembro del Gobierno y, a su vez, este órgano colegiado lo forman el conjunto de los ministros y un Presidente del Consejo (artículo 86 de la Constitución).

6. MENÉNDEZ REXACH, Angel, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1979, págs. 305 y ss. Sobre este aspecto nos remitimos también a la obra de OLIVER ARAUJO, Joan, *El sistema político de la Constitución Española de 1931*, Palma, 1991, págs. 140 y ss.

7. Esta configuración diferenciada mereció en su época la atención del profesor Nicolás PÉREZ SERRANO: «En todo caso existe en este mecanismo de gobierno una posición dualista, un bicefalismo: frente al Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno, y si en algún tiempo pasado la indefinición de atribuciones y de facultades o competencias entre uno y otro no permitía ver clara la situación, hoy, en que los titulares del Ejecutivo vienen afirmándose en sus facultades propias, y día por día, de modo ostensible y claro las consolidan en los textos y las ejercitan en la práctica...» en «Función presidencial y Poder Moderador», Conferencia pronunciada el 2-II-1933, recogida en la obra recopilatoria *Escritos de Derecho Político*, vol. I, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1984, págs. 155 y ss. Sobre la posición constitucional del Presidente y sus atribuciones véase GARCÍA LABELLA, Joaquín, *Nociones de Derecho Político y Legislación Administrativa*, 1ª edición, Madrid, 1935, págs. 112 y ss.

En el ejercicio de sus respectivas facultades, tanto el Presidente de la República como el Gobierno dictarán decretos. Todos ellos se firmarán, por inercia histórica, siguiendo el modelo decimonónico, es decir, por el Jefe del Estado.

Pero en razón del autor se aprecian claramente dos tipos de decretos: los adoptados por el Presidente de la República sólo o con su Consejo de Ministros. Teóricamente cabe hablar, según sea el sujeto de la decisión, de decretos del Presidente y decretos del Gobierno,

Los primeros vienen a ser un transunto de los antiguos decretos del monarca parlamentario. En este caso, el decreto es el cauce de expresión de la suprema potestad de mando y consiste en un acto decisorio personal del Presidente de la República.

Al igual que los decretos del monarca parlamentario, todos los del Presidente, por exigencia constitucional han de ir refrendados ⁸. Dicha exigencia resulta curiosa, pues, a diferencia de los monarcas decimonónicos, el Presidente es responsable de sus actos ⁹. Ahora hay una doble responsabilidad, pues el señalamiento de otro eventual responsable no libera al refrendado de su responsabilidad. Probablemente este refrendo respondiera a una voluntad de limitar el poder del Presidente de la República. Sería, así, un instrumento de los miembros del Gobierno para fiscalizar las determinaciones presidenciales.

En cuanto a los caracteres externos de estos decretos presidenciales, es de notar el parecido que normalmente presentan con las fórmulas promulgatorias típicas de la monarquía decimonónica. Normalmente, en dicha fórmula se hace referencia al precepto constitucional donde se recoge la facultad ejercida a través del correspondiente decreto.

Por otra parte, están los decretos del Gobierno, a los que también se alude en el mismo texto constitucional. Así por ejemplo, en el artículo 90 de la Constitución se establece que «*corresponde al Consejo de Ministros, principalmente, elaborar los proyectos de ley que haya de someter al Parlamento; dictar decretos; ejercer la potestad reglamentaria, y deliberar sobre todos los asuntos de interés público*».

8. Así, en el artículo 84 de la Constitución se establecía lo siguiente: «Serán nulos y sin fuerza alguna de obligar los actos y mandatos del Presidente que no estén refrendados por un ministro.

La ejecución de dichos mandatos implicará responsabilidad penal.

Los ministros que refrenden actos o mandatos del Presidente de la República asumen la plena responsabilidad política y civil y participan de la criminal que de ellos pueda derivarse».

9. En este sentido, resulta absolutamente novedoso en el constitucionalismo español el contenido del artículo 85 de la Constitución: «El Presidente de la República es criminalmente responsable de la infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales...».

Por su parte, el decreto del Gobierno consiste en el acto deliberativo y decisorio de este órgano colegiado. Sin embargo, por arrastre histórico, al igual que el Rey expedía los decretos de su Consejo de Ministros, se mantuvo la práctica que estos decretos fueran firmados por el Presidente de la República ¹⁰.

Pero a la expedición por el Presidente de la República de los decretos del Gobierno podría encontrarse un singular significado, derivado de la posición constitucional de este último: máximo garante del orden constitucional. Y es que, cuando un decreto del Gobierno era sometido a su firma, el Presidente, al menos en teoría, realizaba un juicio de legalidad sobre dicho decreto, pudiendo someterlo a las Cortes en el caso de que, a su juicio, se opusiera a las leyes vigentes. Véase el apartado c) *i.f.* art. 75 de la Constitución.

En cuanto a los caracteres externos y la fórmula promulgatoria de estos decretos, al igual que en los presidenciales, pesan los hábitos del pasado, pues recuerdan los de la monarquía decimonónica. La fórmula promulgatoria más usual era la siguiente: «*El Presidente de la República, a propuesta del Ministro de tal..., y de acuerdo con el Consejo de Ministros, decreta...*».

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con los decretos presidenciales, ahora en los del Gobierno el refrendo sí es de responsabilidad. La firma que acompaña a la del Jefe del Estado es normalmente la de quien está particularmente implicado en la adopción de la disposición de que se trate. Señala así el eventual responsable de la disposición.

3.2. Tipología de los decretos en razón la eficacia

El decreto es un instrumento dispositivo que sirve para emitir disposiciones que proyectan sobre los ciudadanos diversos modos de eficacia jurídica. Por eso, como vehículo que es, su nombre no presupone un determinado contenido jurídico, ni tampoco la eficacia de las disposiciones que a través de él se emiten. Usando una terminología distinta, en una conocida obra de la época se decía que «el Decreto no es una categoría de contenido, sino una simple categoría formal, molde hueco en el que caben las expresiones materiales más variadas ¹¹».

10. En el apartado c) del artículo 75 se dice que «Corresponde también al Presidente de la República: c) autorizar con su firma los decretos, refrendados por el ministro correspondiente, previo acuerdo del Gobierno...» Por su parte, el artículo 79, está copiado literalmente los textos españoles decimonónicos «El Presidente de la República, *expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes*».

11. CÁCERES ROSA, Gonzalo, «El refrendo ministerial», RCJS, nº 62 y 66, Madrid, 1933-1934.

Clasificaremos por ello los distintos tipos de decretos atendiendo a la eficacia jurídica de las disposiciones que pueden emitirse por medio de ellos.

3.2.1. *Decretos constitucionales*

En la Constitución de 1931 se contemplan varios supuestos en los que el decreto sirve de vehículo para la emisión de disposiciones que proyectan su eficacia sobre las relaciones fundamentales de potestad y sujeción entre gobernantes y gobernados.

Tal es el caso del artículo 42, en el que se prevé un decreto de emergencia para suspender parcialmente el orden constitucional: «Los derechos y garantías consignados en los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad». Se trata de un auténtico decreto de crisis, pues supone un acto de enjuiciamiento y resolución tajante dirigido a zanjar una situación de grave crisis política.

Parecido al anterior es el supuesto que se recoge en el apartado d) del artículo 76 de la Constitución, donde se dice que corresponde al Presidente de la República «ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes». Lógicamente, el ejercicio de extraordinaria facultad habría de hacerse por decreto.

Además de esos dos decretos constitucionales hay otros de ordenación concreta. Son, por ejemplo, los decretos de nombramiento del Presidente del Gobierno, y los de convocatoria y suspensión o disolución de las Cortes Generales.

Así, por ejemplo, en el artículo 81 se prevé la figura del decreto presidencial para la convocatoria extraordinaria de Cortes y para la suspensión de las mismas. Concretamente, el párrafo tercero de este artículo dice que «el Presidente podrá disolver las Cortes hasta dos veces como máximo durante su mandato cuanto lo estime necesario, sujetándose a las siguientes condiciones: a) decreto motivado; b) acompañando al decreto de disolución la convocatoria de las nuevas elecciones para el plazo máximo de sesenta días».

3.2.2. *Decretos legislativos*

El desempeño de la función legislativa por las Cortes (artículo 51 de la Constitución)¹², manifestación típica del principio de división de poderes,

12. «La potestad legislativa reside en el pueblo que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los Diputados».

conocía sus excepciones. En ocasiones el Gobierno intervenía en la actividad legislativa, y lo hacía a través del instrumento dispositivo que le es propio: el decreto. De tal forma que éste era el vehículo para la emisión de disposiciones imperativas principales. Por eso, como ya sabemos, en esta manifestación el decreto emerge como instrumento dispositivo de soberanía.

Por otra parte, y siguiendo con la práctica decimonónica, la presentación de un proyecto de ley a las Cortes había de autorizarse previamente por el correspondiente decreto del Jefe del Estado. Así, son frecuentes los decretos presidenciales por los que «se autoriza al Ministro de tal a presentar el proyecto de ley tal...». En realidad, en este caso, la autorización no tenía mucho sentido, pues, según se decía en el texto constitucional, la iniciativa legislativa correspondía al Congreso de los Diputados y al Gobierno (art. 60), y no, como ocurría en el siglo XIX, al monarca.

En cuanto a los decretos que contienen disposiciones generales, y atendiendo al distinto origen de esta legislación por decreto, podemos distinguir los tipos siguientes:

A. Decretos legislativos delegados

Por vez primera en la historia constitucional española, se recoge en un texto constitucional la figura de la delegación legislativa. Concretamente, el artículo 61 establece lo siguiente:

«El Congreso podrá autorizar al Gobierno para que legisle mediante decreto, acordado en Consejo de Ministros, sobre materias relativas a la competencia del Poder legislativo.

Estas autorizaciones no podrán tener carácter general y los decretos dictados en virtud de las mismas se ajustarán estrictamente a las bases establecidas por el Congreso para cada materia concreta.

El Congreso podrá reclamar el conocimiento de los decretos así dictados, para enjuiciar sobre su adaptación a las bases establecidas por él.

En ningún caso podrá establecerse, en esta norma, aumento alguno de los gastos.»

A la vista del precepto constitucional, advertimos que el autor de los decretos legislativos delegados era el Gobierno, quien debía obtener la correspondiente autorización del Congreso. Dicha autorización no podía

ser genérica, sino para materia concreta. Por su parte, la ley delegatoria debía establecer unas bases, a las que en todo caso habría de ajustarse el decreto dictado al amparo de la autorización. En lo que se refiere al control de los decretos así dictados, se dice únicamente que el Congreso puede reclamar su conocimiento y enjuiciar si en el uso de la delegación el Gobierno se ha ajustado a las bases. Los decretos dictados en uso de dicha delegación aparecían publicados como «decretos».

Un ejemplo de estos decretos lo constituye el publicado en la Gaceta de Madrid de 3 de febrero de 1933. En este decreto, dictado a propuesta del Ministro de Hacienda, se legisla conforme a la autorización contenida en el Ley de 28 de diciembre de 1932 para modificar algunos preceptos de la Ley del Timbre de 18 de abril de 1932. En la exposición de motivos se dice lo siguiente: «La Ley de 28 de diciembre dispuso en su artículo 2º, que en el plazo de un mes, a contar de la fecha que fue publicada en la Gaceta de Madrid, se redactarían los artículos que en la misma se citaban de la Ley del Timbre de 18 de abril anterior, incorporando a lo en ellos establecido las modificaciones a que se autorizaba. Ha sido realizada tal labor por este ministerio incorporando a las artículos de que se trata las alteraciones que en aquella ley se consignan, y, para dejar cumplido, dentro del plazo señalado, cuanto en la misma se preceptúa...».

B. Decretos legislativos de urgencia

También por primera vez en la historia de España se constitucionaliza la figura de los decretos legislativos de urgencia o decretos leyes. Dicha constitucionalización se formula con importantísimas reservas. Estos decretos legislativos dictados espontáneamente por el Gobierno se reconocen con mucha cautela por el constituyente de 1931, muy celoso de las facultades legislativas de las Cortes. Se contemplan en el artículo 80 de la Constitución:

«Cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República.

Los decretos así dictados tendrán carácter provisional, y su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia.».

Como puede verse, esta forma de legislación por decreto tenía un carácter absolutamente extraordinario. Estaba prevista para situaciones de anormalidad política. La rigidez de los requisitos exigidos no deja duda al respecto. Por una parte estaban los requisitos de índole circunstancial: que el Congreso no estuviera reunido y fuera inaplazable la adopción de la decisión o estuviera en juego la República. Por otra, los requisitos procedimentales: unanimidad del Gobierno y del Presidente de la República, y anuencia de los dos tercios de la Diputación Permanente del Congreso. Además, la legislación así establecida tenía carácter provisional hasta que pudiera pronunciarse el Congreso.

Tanto este tipo de decretos, como los dictados en virtud de una delegación, podían ser objeto del correspondiente «recurso de inconstitucionalidad» ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto constituye una verdadera novedad en el régimen de impugnación de las disposiciones. Al entenderse que estas disposiciones gozaban de la misma fuerza que una ley de Cortes, la Ley de 24 de junio de 1933, en su artículo 28, extendió el control de constitucionalidad a los decretos legislativos delegados y los de urgencia.

C. Decretos legislativos residuales o independientes

En principio, en el sistema político de 1931 este tipo de decretos no tenía cabida. Las disposiciones legislativas quedaban fuera del ámbito del decreto, y sólo en los supuestos que anteriormente hemos visto de delegación legislativa y legislación de urgencia estaban admitidos los decretos legislativos.

En el régimen constitucional de la Segunda República existe una reserva absoluta de ley. El poder del Gobierno de dictar disposiciones generales estaba subordinado a las leyes, salvo en los supuestos extraordinarios ya vistos. La concepción del reglamento corresponde a la tradición española: el reglamento es la disposición que complementa y desarrolla la ley. Así, se adapta para la República un precepto clásico en el constitucionalismo español: «*El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, expedirá Decretos, Reglamentos e Instrucciones generales para la ejecución de las leyes*» –artículo 79–¹³.

13. «Los constituyentes españoles de 1931 eliminaron todo poder reglamentario autónomo: aunque esto chocase contra la situación de hecho legitimada consuetudinariamente, la Constitución de 1931 exigía una habilitación específica para cada reglamento, continuando así la estructura tradicional de nuestros textos constitucionales. El peso del Estado Legislativo era evidente». Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *op. cit.*, pág. 42.

Sin embargo, y a pesar de las claras intenciones del constituyente, en la Segunda República, siguiendo lo que desde del siglo XIX era práctica habitual, el término «reglamento» se utilizó en numerosas ocasiones para encubrir lo que en la realidad eran auténticas disposiciones de eficacia legislativa.

Por una parte, la proliferación de este tipo de «reglamentos» en la Dictadura de Primo de Rivera habría dado lugar al surgimiento de un campo que venía regulándose directamente por decretos, unos decretos que podrían singularizarse como «legislativos residuales».

Por otra, estaban los designados impropriadamente por la doctrina como «reglamentos administrativos». Son disposiciones de eficacia materialmente legislativa dictadas por el Gobierno en ámbitos materiales no alcanzados por la ley formal. Según cuenta la doctrina de la época, su fundamento se encuentra «en la necesidad de reglar la acción de los órganos administrativos supliendo el silencio de la ley, tanto para evitar la actuación arbitraria, cuanto para hacer eficaz y en algunos supuestos posible la actividad administrativa»¹⁴.

Que estos decretos legislativos independientes existían en la práctica, queda probado en las palabras que GASCÓN Y MARÍN iba a dejar en 1935 en su *Tratado de Derecho Administrativo*: «De todas las clasificaciones, la que responde mejor a la realidad de las cosas es la de STEIN»¹⁵. Es conocida la famosa trilogía de Lorenz Von Stein: reglamentos *secundum legem* –los ejecutivos para la aplicación de una ley–; reglamentos *praeter legem* –aquéllos que dicta el «Poder Ejecutivo» para suplir las leyes–; y, finalmente, los reglamentos de necesidad o *contra legem*¹⁶.

3.2.3. Decretos ejecutivos

Son numerosísimos. Forman esta categoría los decretos cuyo contenido ordenador se dirige al cumplimiento o ejecución de las disposiciones legislativas. Dicha actividad ejecutiva, en el plano de las funciones jurídicas, se lleva a cabo a través de dos tipos de disposiciones: las generales que desarrollan y complementan el contenido de las legislativas, acercando a la realidad las abstractas formulaciones de la ley, y las que consisten en resoluciones singulares que actualizan la disposición imperativa para el caso concreto.

14. GARCÍA LABELLA, Joaquín, *op. cit.*, pág. 165.

15. GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 5ª edición, Madrid, 1936, pág. 108.

16. Cfr. Von STEIN, Lorenz, *Die Verwaltungslehre*, vol I, 2ª edición, 1869, págs. 73 y ss.

En cuanto a los decretos aprobatorios de reglamentos GARCÍA LABELLA diría en 1935 que «encuentran su fundamento en la actual organización y funcionamiento del Parlamento, que no tiene la competencia técnica necesaria para llegar a la regulación de detalle de los servicios, ni tiempo material para esta tarea»¹⁷.

La doctrina formula como «límite del reglamento» su carácter definitorio de disposición subordinada de desarrollo. Así, se destaca la superioridad de la Constitución y de la ley, y «la superioridad de la competencia del Parlamento»¹⁸, que se traduce en la imposibilidad de invadir la competencia del Parlamento, salvo lo previsto en los artículos 61 y 80 de la Constitución.

Se llega incluso, en el artículo 382 del Código penal a tipificar el delito de invasión de la competencia del Parlamento por la Administración. Por su parte, en su artículo 7º, la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los Tribunales aplicar los reglamentos que están en contradicción con las leyes.

Por otra parte, junto a los decretos aprobatorios de reglamentos, forman esta categoría de los decretos ejecutivos aquellos que contienen disposiciones jurídicas singulares. En esta época republicana nos llama la atención particularmente cierta especie de ellos. Se trata de aquellos por los que el Gobierno, en cumplimiento del Decreto de 20 de agosto de 1931, autoriza singularmente a los religiosos para la enajenación de un bien concreto. Tales decretos fueron abundantísimos. Por ejemplo, en la Gaceta de Madrid de 1 de marzo de 1933 se recoge uno de ellos: «*Solicitada del Ministerio de Justicia, por el Padre Benito de San José, Provincial de la Santísima Cruz y Pasión de Nuestro Señor Jesucristo de la provincia de Castilla, residente en Madrid, autorización para la venta de tres solares (...) que la Congregación posee en la capital (a continuación en la E. de M. del decreto figuran todos los datos de identificación de estos terrenos)... El presidente de la República, a propuesta del Ministro de Justicia y de acuerdo con el Consejo de Ministros, decreta: Artículo único: Se autoriza al reverendo Padre Benito de San José ... para que pueda efectuar la venta de los tres solares...».*

3.2.4. Decretos de significación jurisdiccional

Son, una vez más, los de indulto. Pero, a diferencia de otras épocas, en ésta no se otorga con carácter general al Jefe del Estado la prerrogati-

17. GARCÍA LABELLA, Joaquín, *op. cit.*, pág. 164.

18. GARCÍA LABELLA, Joaquín, *op. cit.*, pág. 167.

va de gracia. Según el artículo 102 de la Constitución, corresponde al Tribunal Supremo la concesión de indultos individuales a propuesta del Tribunal sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte ¹⁹.

Sólo se decreta el indulto por el Presidente de la República en los delitos de extrema gravedad (artículo 102 *i.f.*). En estos casos, debe proponer el indulto el Gobierno e informarlo el Tribunal Supremo.

II. EL DECRETO DURANTE EL REGIMEN DE FRANCO

Es notable la influencia que ha ejercido el cuadro de los instrumentos dispositivos del Régimen de Franco sobre el del actual orden constitucional español. Así, hoy, la configuración de la delegación legislativa, la legislación de urgencia por decreto del Gobierno y la jerarquización misma de los instrumentos dispositivos del Gobierno y de la Administración Central del Estado, están profundamente influidas por la que tuvieron el Régimen de Franco. Destaca incluso la vigencia de varios preceptos tocantes al tema de los instrumentos dispositivos, que se contienen en algunas leyes administrativas de los años cincuenta: concretamente, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la de Procedimiento Administrativo ²⁰ y la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo señalado, hace particularmente obligado el rastreo del decreto en este largo período de la historia reciente española.

Para llevarlo a cabo, tendremos en cuenta las diferentes fases políticas que se suceden a lo largo de los cuarenta años que dura el régimen. Por eso dividiremos el estudio en tres partes: a) desde el levantamiento militar de 18 de julio de 1936 hasta la transmisión de poderes a Franco por decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936; b) desde que Franco asume la Jefatura del Estado hasta la aprobación de la Ley Constitutiva de las Cortes en julio de 1942; y c) desde la Ley de Cortes hasta la muerte de Franco el 20 de noviembre de 1975.

19. Esta configuración novedosa de la prerrogativa de gracia es coherente con lo que se establece en el artículo 94 de la Constitución: «La Justicia se administra en nombre del Estado». Rompe este artículo con aquella formulación clásica: «La Justicia se administra en nombre del Rey».

20. Precisamente, esta importantísima ley administrativa ha sido derogada en su práctica totalidad por la Ley de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC) Ley 30/1992. Sin embargo, los preceptos que aquí nos interesan, relativos al procedimiento especial de elaboración de las disposiciones generales, siguen en vigor (disposición derogatoria 2. b).

Destaca a lo largo de esas cuatro décadas la importacia de la figura del decreto como cauce habitual en la creación del Derecho. Esto es explicable a partir de los rasgos definitorios del régimen político. La singular posición de la Jefatura del Estado, sobre todo entre 1936 y 1942, y el predominio del Gobierno sobre las Cortes, se traducen en una dilatación considerable de la capacidad dispositiva de los titulares de la facultad decretatoria. Se entiende así que nos encontremos ante la presencia hegemónica del decreto en el panorama de la creación dispositiva, en detrimento de la ley.

1. Los decretos de crisis de la Junta de Defensa Nacional

Al igual que en otros momentos críticos de la historia, el decreto irrumpe como instrumento dispositivo para zanjar en la crisis con plenitud de potestad.

Por decreto se adopta la máxima decisión política y jurídica que dirime ante la encrucijada histórica, y se funda un nuevo orden político. Una vez más, el decreto emerge bajo esa configuración antonomástica e inequívoca de instrumento dispositivo a través del cual se expresa la soberanía extraordinaria juzgando y zanjando en los momentos de crisis.

Así, por decreto de 24 de julio de 1936, que inaugura el diario oficial de la España rebelde (Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional) se «constituye una Junta de Defensa Nacional», que «asume todos los poderes del Estado y representa legítimamente al País ante las potencias extranjeras». El decreto, una vez más, sirve de cauce a una decisión política fundacional.

En el artículo único de este texto, se dice también que «los Decretos emanados de esta Junta se promulgarán previo acuerdo de la misma, autorizados con la firma de su Presidente, y serán publicados en este Boletín Oficial».

A partir de esta disposición, en el diario oficial rebelde aparecen tres tipos de instrumentos dispositivos: decretos, órdenes y circulares. Los dos últimos tienen un carácter subordinado respecto a los primeros y se dictan por órganos inferiores para asuntos de menor importancia ²¹.

2. El decreto: instrumento dispositivo personal de Franco

Más adelante, con el avanzar de la guerra, la Junta de Defensa Nacional considera conveniente concentrar la máxima capacidad decisoria en

21. Para el estudio de las órdenes nos remitimos a la obra de GARCÍA CUADRADO, Antonio, *op. cit.*, pág. 151.

una sola persona, y así cimentar más sólidamente y sin discrepancias los pilares del nuevo Estado. Era un hecho comprobado que «la heterogénea composición de la Junta no le permitía ir más allá de una estricta coordinación de las necesidades militares y una consolidación de los éxitos logrados»²².

Por decreto de 29 de septiembre de 1936 la Junta transfiere todos los poderes del nuevo Estado a Franco: «Organizada con perfecta normalidad la vida civil en las provincias rescatadas, y estableciendo el enlace entre los varios frentes de los Ejércitos que luchan por la salvación de la Patria, y a la vez que por la causa de la civilización impónese ya un régimen orgánico y eficiente, que responda adecuadamente a la nueva realidad española, y prepare, con la máxima autoridad su porvenir (...). Razones de todo linaje señalan la **alta conveniencia de concentrar en un solo poder** todos aquellos que han de conducir a la victoria final y al establecimiento, consideración y desarrollo del nuevo Estado...». En consecuencia, en el artículo 1 del decreto de la Junta se nombra a Franco «Jefe del Gobierno del Estado español»²³ con «**todos los poderes del Estado**»²⁴.

Es este un caso típico de decreto de eficacia jurídica fundamental, al afectar a la organización básica del poder. Su contenido, una transmisión de poderes, proyecta claramente su eficacia sobre el núcleo doctrinal y la estructura fundamental de la organización política.

A partir de ahí, con Franco como titular de la suprema potestad de mando, la configuración del decreto es como sigue: al igual que antes, consiste en un instrumento dispositivo que sirve para canalizar las disposiciones jurídicas de quien ostenta la suprema potestad de mando, pero ahora el autor del decreto es Franco, y no la Junta, ni tampoco su Presidente. Y en cuanto al ámbito del decreto, sigue siendo ilimitado, como se puede deducir de la citada concentración de poderes en la persona de Franco.

Así pues, en principio, la articulación jurídica de las determinaciones dispositivas del Jefe del Estado se haría por decreto.

22. ZAFRA VALVERDE, José, *Régimen político de España*, EUNSA, Pamplona, 1973, pág. 63.

23. Debe apuntarse que, no es presumible que la expresión «Jefe del Gobierno» se usara en el sentido que comúnmente se le otorga en el contexto del sistema de gobierno parlamentario. Más parece que, al hablar de Jefe de Gobierno del Estado, la idea era la de señalar al titular de la suprema potestad de mando. De esta forma, en este ámbito, como se comprobó finalmente, las expresiones Jefe del Gobierno y Jefe del Estado eran intercambiables. Cfr. ZAFRA VALVERDE, José, *op. cit.*, pág. 63.

24. Cfr. Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de 30 de septiembre de 1936.

En el ejercicio de esa plenitud de potestad, Franco emite una disposición jurídica personal de contenido organizativo fundamental. En ella establece la creación de un órgano de colaboración a las tareas gubernativas: la Junta Técnica ²⁵.

Curiosamente, esta disposición personal de Franco de 1 de octubre de 1936 y el texto regulador del funcionamiento de la Junta Técnica de 19 de noviembre, que conforme a la idea más genuina de decreto y los precedentes históricos españoles debería haberse designado con el nombre de «decreto», aparecen, respectivamente, como «ley» y «reglamento».

Precisamente, en este Reglamento de la Junta Técnica se traza el panorama de los instrumentos dispositivos de gobierno para el nuevo Régimen. Concretamente, en el artículo 3º se establece lo siguiente:

«Las disposiciones que nazcan de la Administración Central 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:** cuando se trate de modificar legislación anteriormente establecida por una ley; en los nombramientos, ceses y concesión de honores, recompensas, etc., que precisen de una ley conforme a la legislación vigente.

c) **Decretos:** cuando se trate de modificar legislación anteriormente establecida por un decreto; en la aprobación de reglamentos para la ejecución de las leyes; en los nombramientos y ceses de personal que deban hacerse en dicha forma, con arreglo a las disposiciones vigentes; en los casos en que se establezcan o modifiquen servicios generales de los departamentos.

d) **Ordenes...**»

Por otra parte, en el artículo 4º se establecía el órgano de procedencia de cada una de ellas: las leyes, decretos leyes y decretos emanarían del Jefe del Estado, y las órdenes, del Presidente de la Junta Técnica.

En realidad, durante este período de concentración de poderes en la persona de Franco, la denominación «leyes», «decretos-leyes» y «decretos» únicamente sirve para identificar las determinaciones personales de Franco en razón de su importancia relativa. Sin embargo, todos esos nombres se aplican al mismo instrumento dispositivo: el acto deliberati-

25. Estaba compuesta por siete comisiones, que venían a ser una especie de Departamentos ministeriales, y era coordinada por un Presidente. Destaca de esta Junta Técnica su carácter marcadamente militar. Cfr: ZAFRA VALVERDE, José, *op. cit.*, pág. 64.

vo y decisorio personal de quien detenta todos los poderes del Estado. Y tal instrumento dispositivo, según la tradición española no es otra cosa que un decreto ²⁶.

A la vista de todo esto, puede señalarse como característica de este periodo la falta de todo rigor científico y de técnica jurídica en la articulación legal de los instrumentos dispositivos de gobierno.

En esta época, había, pues, «leyes» que son las disposiciones relativas a asuntos fundamentales de la organización política, y que, por tanto, se pretenden especialmente duraderas; decretos de contenido legislativo, que pueden ser los que un poco caprichosamente se denominan en el Reglamento «decretos-leyes» o, simplemente aquellos que tienen eficacia legislativa; y, por último, decretos aprobatorios de reglamentos y resoluciones.

Es preciso señalar que a pesar de la previsión del citado reglamento, en el panorama dispositivo reinaba cierta confusión y, a veces, decretos de clara eficacia legislativa aparecían como simples «decretos» y no como «decretos-leyes», que era la forma prevista por el reglamento de la Junta Técnica.

Por ley de 30 de enero de 1938, se sustituye la Junta Técnica por un Consejo de Ministros. Las posiciones jurídicas de Presidente del Consejo y de Jefe del Estado se funden en la persona de Franco (art. 16), a quien se le reconoce la suprema potestad de dictar normas con carácter general (art. 17). Sus ministros se conciben como meros colaboradores, aunque disponen de la tradicional capacidad normativa subordinada, que ejercen a través de órdenes ministeriales.

Por su parte, la ley de 30 de enero de 1938, en su artículo 17 establece lo siguiente:

«Al Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes por virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general.

Las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno, y a propuesta del ministro del ramo, adoptarán la for-

26. Obsérvese el paralelismo que guarda lo que ahora estamos analizando con lo ya visto al estudiar los decretos de los reyes en el antiguo orden monárquico. Como se recordará, entonces se llamaba «decreto» a las determinaciones dispositivas personales del monarca. Y, también, que éstas aparecían con una u otra vestidura formal según fuera su contenido o el número de destinatarios afectados (pragmáticas sanciones, reales cartas, reales cédulas, etc.)

ma de Leyes cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del País, y decretos en los demás casos.

En el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en general, en la realización de las funciones administrativas, las resoluciones y disposiciones de los Ministros revestirán la forma de Ordenes».

La ley de 8 de agosto de 1939 acentuó el carácter autoritario y personal del régimen. Así, se dice en su preámbulo que es necesaria una «acción más directa y personal del Jefe del Estado en el Gobierno». Esto se traduce en una supresión del requisito de la consulta al Consejo de Ministros que estableciera la ley de enero de 1938 (art 7) ²⁷.

Por lo demás, como las leyes sobre «normas principales del ordenamiento jurídico no estaban bien perfiladas conceptualmente, en la práctica, apenas si había diferencia entre una ley –así llamada– y un decreto legislativo.

3. El decreto desde la Ley constitutiva de las Cortes (1942) hasta la sucesión en la Jefatura del Estado

Pasados los primeros años de extraordinario gobierno, se considera conveniente sustituir los plenos poderes de Franco por un modelo político con cierta distribución de funciones o, más precisamente, de coordinación de funciones. A tal fin se dirige la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942 (Ar. 1109/1942), que después será una de las siete Leyes Fundamentales ²⁸.

27. Este artículo 7 decía lo siguiente: «Correspondiendo al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, conforme al artículo décimo séptimo de la Ley de 30 de enero de 1938, y radicando en él de modo permanente las funciones de gobierno, sus disposiciones y resoluciones, adopten la forma de Leyes o Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones.»

28. La importancia del paso que suponía la Ley de Cortes en orden a la instauración del nuevo marco institucional, se reflejaba en su Preámbulo: «la creación de un régimen jurídico, la ordenación de la actividad administrativa del Estado, el encuadramiento de un orden nuevo en un sistema institucional con claridad y rigor, requieren un proceso de elaboración del que, tanto para lograr la mejor calidad de la obra como para su arraigo en el país, no conviene estén ausentes representaciones de los elementos constitutivos de la comunidad nacional. El contraste de pareceres –dentro de la unidad del régimen–, la audiencia de aspiraciones, la crítica fundamentada y solvente, y la intervención de la técnica legislativa deben contribuir a la vitalidad, justicia y perfeccionamiento del Derecho Positivo de la Revolución y de la nueva Economía del Pueblo español (...) El órgano que se crea significará a la vez que instrumento de colaboración en aquella función, principio de autolimitación para una institución más sistemática del Poder». Este texto puede verse en el Boletín Oficial del Estado de 31-I-1938.

En esta ley se encomienda a las Cortes la función de preparación y elaboración de las leyes, manteniendo al general Franco en la facultad de dictar leyes personalmente. Las Cortes se configuran como un órgano de colaboración de la Jefatura del Estado:

«Continuando en la Jefatura del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, en los términos de las leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939, el órgano que se crea significará, a la vez que eficaz instrumento de colaboración en aquella función, principio de autolimitación para una institución más sistemática del poder». (Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1942).

Lo anterior implica una reducción importante del ámbito material del decreto. Ahora las disposiciones legislativas deben emitirse a través de la correspondiente ley parlamentaria o, en su caso, ley personal del propio Franco. Queda, pues, más o menos delimitado un ámbito propio de la ley y del decreto.

Sin embargo, como ya ocurriera en épocas anteriores, será frecuente la invasión por decreto de ese dominio reservado a la ley. Se trata principalmente de los casos de delegación legislativa y los de la asunción espontánea por el Gobierno de la facultad de dictar disposiciones de urgencia. La misma ley de julio de 1942 prevé el caso del decreto en campos materiales en que debería observarse la forma de ley.

Pero además de lo anterior, otro factor afecta también a la configuración del decreto. Ahora, junto al Jefe del Estado, está el Consejo de Ministros, que, progresivamente, irá adquiriendo mayor poder decisorio. En adelante, serán muchas las leyes organizativas que otorguen poder resolutorio al Consejo de Ministros, y que se refieran al decreto como acto decisorio de este órgano colegiado. Es muy de destacar el artículo 24.1 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado: «Adoptarán la forma de Decreto las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes y las resoluciones del Consejo de Ministros, cuando así lo exija alguna disposición legal, y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendadas por el Ministro a quien corresponda».

Y es que en esta época del régimen de Franco, nos encontramos ante una insinuación del dualismo en el seno del «Poder Ejecutivo», aunque es de notar la coincidencia en la persona de Franco de la Jefatura del Estado y la Presidencia del Gobierno que se estableciera en el artículo 16 de la Ley de 30 de enero de 1938.

En 1967 se aprueba la Ley Orgánica del Estado, ley de eficacia constitucional, con la que, entre otras cosas, y según se dice en su preámbulo, se

procede a «perfeccionar la legislación fundamental (...); culminar la institucionalización del Estado nacional; delimitar las atribuciones ordinarias de la suprema magistratura del Estado (...); señalar la composición del Gobierno, el procedimiento para el nombramiento y cese de sus miembros; su responsabilidad e incompatibilidades; (...) regular las relaciones entre la Jefatura del Estado, las Cortes, el Gobierno y el Consejo del Reino.»

En lo que aquí importa, en la LOE se regulan las relaciones entre el Jefe del Estado, el Presidente «del Gobierno»²⁹ y el Consejo de Ministros, aunque esto no se hace satisfactoriamente, pues la diferenciación entre la Jefatura del Estado y la Presidencia del Gobierno no parece muy clara. En cualquier caso, queda ya consagrada, al menos teóricamente, la figura del Presidente del Gobierno, que ya figuraba en la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957).

3.1. Tipos y caracteres externos de los decretos

En esta época nos aparecen nuevamente dos tipos de decretos en razón del autor de la disposición jurídica: los del Jefe del Estado y los del Gobierno.

Los primeros vienen a equivaler a los antiguos decretos del monarca o del Presidente de la República. Son, típicamente, los de altos nombramientos y los de convocatoria de Cortes.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Estado, los decretos del Jefe del Estado aparecen siempre refrendados. En el apartado II del artículo 8 se dice: «Todo lo que el Jefe del Estado disponga en el ejercicio de su autoridad deberá ser refrendado, según los casos, por el Presidente del Gobierno o el Ministro a quien corresponda, el Presidente de las Cortes o el Presidente del Consejo del Reino, *careciendo de valor cualquier disposición que no se ajuste a esta formalidad.*» En el apartado segundo del mismo artículo: «De los actos del Jefe del Estado serán responsables las personas que los refrenden»³⁰.

29. No parece en absoluto correcto el que se empleara esta denominación «Presidente del Gobierno». Se debería haber continuado con la tradicional de «Presidente del Consejo de Ministros», pues, la cabeza del Gobierno, tal y como estaba concebido el esquema institucional del Régimen de Franco, era el mismo Jefe del Estado, quien, según la misma LOE el Jefe del Estado «dirigirá la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros» (art. 13. I LOE).

30. Sobre el sentido del refrendo a los actos del Jefe del Estado, véase la obra ya citada con anterioridad de ZAFRA VALVERDE, concretamente en las páginas 203 y 204. También es de destacar el artículo que dedica al tema GONZÁLEZ NAVARRO, «La participación del Jefe del Estado en la actividad de decretación», RDAF, año XIII, mayo-diciembre 1974, n° 38 y 39, Coruña, págs. 187 y ss.

Sin embargo, como curiosidad es de señalar que el decreto de nombramiento de Carrero Blanco no tuvo refrendo alguno, porque se hizo ejerciendo facultades otorgadas por una de las leyes de prerrogativa para el primer nombramiento del Presidente del Gobierno. En cambio, el de Arias Navarro fue ya refrendado por el Presidente del Consejo del Reino.

Por otra parte, están los decretos del Gobierno, como complejo formado por el Jefe del Estado y el conjunto de sus ministros. Así pues, en este apartado, «Gobierno» no es equivalente a «Consejo de Ministros»³¹, sino que engloba a este último y al Jefe del Estado³² en cuanto que «dirige la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros» (art. 13. I LOE).

Así, el decreto del Gobierno es el acto deliberativo y decisorio complejo, en el que intervienen necesariamente, de una parte, el Consejo de Ministros que acuerda determinado contenido dispositivo, y, de otra, el Jefe del Estado, quien, como órgano supremo del Estado, completa con su consentimiento el proceso de producción de la disposición de que se trate.

Las leyes administrativas que jalonan los años cincuenta se refieren con frecuencia a estos decretos gubernamentales. Así, en el punto II de la Exposición de Motivos de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (TR. 26 de julio de 1957) se establece que: «se faculta al Gobierno para realizar por decreto...». Y en el apartado IV del mismo texto legal se puede leer: «Se faculta al Gobierno para determinar por decreto qué materias deben ser directamente transferidas a los órganos inferiores...». También en el artículo 23.2 de esta ley nos encontramos con la mención jerarquizada de los distintos instrumentos dispositivos del Gobierno y de la Administración del Estado. Este precepto guarda cierto paralelismo con el 2 del mismo texto legal. De la conexión de los dos se desprende la existencia de la categoría del decreto del Gobierno. Veamos los citados preceptos: art. 23.2. «Las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía: primero, Decretos; segundo, Ordenes; tercero...» y art. 2: «Los órganos superiores de la Admi-

31. El empleo que de la voz «Gobierno» se hace por la doctrina no es igual en todos los casos. Por ejemplo, y en contraste con lo que aquí se sostiene se puede citar al GUAITA, quien la emplea como sinónima de Consejo de Ministros. Véase GUAITA, Aurelio, *El Consejo de Ministros*, 2ª edición, Madrid, 1967, pág. 15.

32. Que al hablar del Gobierno, ha de entenderse lo que aquí decimos, tiene también su aval en el tenor literal de la Ley Orgánica del Estado (LO de 1 de enero de 1967). El Título III de este cuerpo legal lleva por título «El Gobierno de la Nación», y el artículo 13. I que lo encabeza dice así: «El Jefe del Estado dirige la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros».

nistración del Estado son: el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas...».

En los decretos del Gobierno, el refrendo a la firma del Jefe del Estado sirve para identificar a quien junto al Jefe del Estado participa de forma fundamental en la determinación del contenido del decreto refrendado. Pero el significado del refrendo no es igual en todos los casos. Por ejemplo, en aquellos en que ha precedido necesariamente la propuesta de otro órgano el refrendo significa algo más que una mera asunción de eventual responsabilidad, sirve para expresar la adhesión decisoria a la determinación del Jefe del Estado, o que se ha cumplido la intervención preceptiva del órgano refrendante en el proceso de toma de decisión.

Por último, en este período del régimen de Franco empieza a consolidarse un abuso en el manejo de los instrumentos dispositivos de Gobierno. Se trata de unas curiosas «órdenes y resoluciones acordadas en Consejo de Ministros»³³. En realidad, como tales acuerdos del Consejo de Ministros, debieran haber revestido la forma correspondiente de decreto. Sin embargo, a través de la orden y, en ocasiones, de la resolución, cuando conviene se elude la formalidad del decreto, y con ello la firma del Jefe del Estado, falseando la responsabilidad derivada de la disposición. De alguna forma nos encontramos ante decretos del Gobierno disfrazados bajo la forma de orden o de resolución. Citemos como ejemplo de los abusos a los que se puede llegar con este irregular manejo de las vías de creación del Derecho el siguiente: Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de abril de 1962 que se emite por resolución de la Dirección General de Puertos de 9 de junio de 1962. Por dicha resolución se deroga una Orden Ministerial de Obras Públicas de 30 de septiembre de 1957³⁴.

3.2. Tipología de los decretos en razón de la eficacia

3.2.1. Decretos de eficacia fundamental

Abundan en el régimen de Franco los casos en que el decreto sirve de cauce a la emisión de disposiciones fundamentales de organización.

Son, por ejemplo, decretos fundamentales de ordenación general los de emergencia, previstos en los artículos 25 y 35 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y artículo 10 de la LOE.

Concretamente, en el artículo 25 de la Ley de Orden Público se establece lo siguiente:

33. Véase GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, pág. 209.

34. Sobre el caso concreto de esta «resolución decretal» véase VILLAR PALASÍ, José Luis, *El mito y la realidad de las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965, pág. 55.

«Cuando, alterado el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo, **podrá el Gobierno, mediante Decreto-Ley, declarar el estado de excepción** en todo o parte del territorio nacional, **asumiendo los poderes extraordinarios** que en este capítulo se determinan. De igual modo podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare.

El Decreto-Ley que se dicte determinará qué garantías jurídicas de las reconocidas por el Fuero de los Españoles quedan suspendidas con arreglo a su artículo 35; y si no lo fueran todas, podrá establecerse en Decretos-Leyes sucesivos.

Más adelante, en el artículo 35 de la LOP se dice que «*La declaración del estado de guerra, sea cual fuere el territorio al que afecte, habrá de ser acordada por el Gobierno mediante Decreto-Ley, dándose cuenta inmediatamente a las Cortes...*».

Obsérvese que en ambos casos nos hallamos ante la previsión de típicos decretos de crisis a través de los cuales se ejerce la soberanía extraordinaria ante las situaciones de excepcionalidad.

Pero otros decretos completan el panorama de los de eficacia constitucional. Nos referimos a los que afectan a la organización política concreta. Son, típicamente, los de convocatoria y disolución de Cortes, y nombramiento del Presidente del Gobierno.

3.2.2. *Decretos legislativos*

Tras la instalación de las Cortes en 1943, éstas ostentan la facultad de adoptar disposiciones legislativas, aunque el Jefe del Estado, conforme al artículo 17 de la ley 30-I-1938, conservará en todo momento la facultad de dictar leyes personales, las llamadas «leyes de prerrogativa».

Sin embargo, en numerosas ocasiones, el decreto sirve de vehículo para la emisión de disposiciones legislativas. Se nos presenta así como decreto de soberanía, verdadero sustitutivo de la ley de Cortes³⁵.

Por una parte, en las Leyes Fundamentales está prevista esta invasión por decreto del dominio de la ley en dos supuestos. En primer lugar, en los casos de delegación legislativa por parte de las Cortes. En segundo, en los de los decretos legislativos dictados espontáneamente por el Gobierno aduciendo razones de urgencia (decretos-leyes o de necesidad).

35. Esta expresión de sustitutivos de la ley en sentido formal la tomamos de ZAFRA VAL-VERDE. Véase su *Teoría Fundamental del Estado*, Tomo II, Pamplona, 1992, pág. 1014.

Por otra parte, y como ya ocurriera en otras épocas, entre los decretos legislativos, hay que citar los que venimos llamando independientes o residuales.

A. Decretos legislativos delegados

En esta época, como dijera el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el fenómeno de la delegación legislativa consiste en un «apoderamiento singular, que implica una competencia normativa nueva para la Administración, una habilitación para la creación de normas respecto de la materia concreta para la que la delegación se refiere»³⁶.

Así, los decretos legislativos delegados son los dictados por el Gobierno en virtud de la previa y concreta autorización de las Cortes, que, en cuanto que se ajustan a los límites de la autorización, tienen el rango de una ley parlamentaria.

La previsión constitucional del supuesto se encuentra en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado. Dice así:

«El Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley con arreglo a las autorizaciones expresas de las Cortes».

Se confirma lo dispuesto por el artículo 10, párrafo 4º de la LRJAE, donde se establece que corresponde al Consejo de Ministros «someter al Jefe del Estado proyectos de disposiciones con fuerza de ley cuando el gobierno cuente para ello, en cada caso, con expresa delegación por ley votada en Cortes y previo dictamen del Consejo de Estado en pleno». Con anterioridad a esta ley, las leyes de bases podían considerarse previstas por el tenor literal del artículo 10 de la Ley de Cortes (1942), donde se alude varias veces a «las bases de...».

En la práctica nos encontramos con dos tipos de decretos legislativos delegados: los aprobatorios de los Textos Articulados y los de Textos Refundidos. En ambos casos existe una delegación expresa de las Cortes. La diferencia entre unos y otros es solamente de contenido.

Conforme a la práctica constitucional decimonónica, en el caso de los decretos aprobatorios de textos articulados la autorización al Gobierno se realiza a través de una «Ley de Bases». Esta ley delegatoria se llama así porque normalmente en ella se formulan unas directrices o indicaciones a

³⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 114.

que ha de sujetarse la actividad legislativa del Gobierno. Según el Tribunal Supremo, las bases suponen «una vigencia enunciativa de principios y orientaciones a que debe sujetarse el Gobierno para redactar el texto articulado» (SSTS de 31 de mayo de 1952 y 15 de octubre de 1954)³⁷. En dicha ley delegatoria, se otorga anticipadamente a las disposiciones dictadas por el Gobierno el mismo valor que si se hubieran dictado por las Cortes³⁸, ello sin perjuicio de que obligatoriamente deba ajustarse a los límites establecidos en la correspondiente ley de delegación. El texto dispositivo del decreto legislativo así aprobado se designa como «Texto Articulado».

Junto a éstos, están los decretos legislativos de refundición de otros textos legales. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA «se trata de sistematizar en un texto único una pluralidad de leyes que inciden sobre un mismo objeto, sin alterar (salvo que lo requiera la tarea sistematizadora) la regulación material que de esa pluralidad de normas resulta»³⁹. Este texto refundido viene a sustituir a las leyes anteriores.

En ambos casos, el proceso comienza con la petición del Gobierno dirigida a las Cortes para obtener en la forma correspondiente la autorización para legislar por decreto. Dicha iniciativa gubernamental se puede ejercer mediante cualquiera de los procedimientos siguientes: por la presentación de un proyecto de «ley en blanco», cuyo contenido es la indicación de la materia sobre la cual las Cortes otorgarán autorización para legislar por decreto; un proyecto de «ley de bases»; o, finalmente, una disposición adicional contenida al final de un proyecto de ley, en la que se prevé autorización al Gobierno para elaborar o promulgar por decreto un texto refundido en que se reuna esta ley con otras anteriores.

En relación con la iniciativa, se dió cierto abuso en el régimen de Franco consistente en la usurpación de las facultades legislativas de las Cortes realizando un «autoapoderación». Se realizaba a través del correspondiente «decreto-ley» por medio del cual, el Gobierno se «autorizaba a sí mismo» para dictar un texto articulado o un texto refundido con fuerza de ley. La irregularidad de esta práctica estriba en que una «autoautorización» es en sí misma contradictoria y, además, no puede autorizarse o delegarse una facultad que no se ostenta⁴⁰.

Después, en el plazo que la ley de delegación establezca, –cuyo señalamiento suele contenerse en dicha ley, a pesar de que las leyes funda-

37. Cfr. JOANQUET SIRVENT, Ignacio, «Legislación delegada», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, 1971, pág. 911.

38. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, pág. 134.

39. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, págs. 130 y 131.

40. El asunto fue denunciado por la doctrina. Véase JOANQUET SIRVENT, Ignacio, «Legislación delegada», *op. cit.*, pág. 991.

mentales no lo exigen-, el departamento ministerial correspondiente según la materia elabora el proyecto de decreto legislativo. A continuación, este proyecto ha de ser aprobado por el Gobierno.

Seguidamente, antes de la sanción del decreto legislativo por el Jefe del Estado, el Gobierno deberá someter el proyecto al dictamen del Consejo de Estado. Este trámite viene exigido por el artículo 10, párrafo 4º de la LRJAE. La misión del Consejo de Estado al elaborar su dictamen es triple. En primer lugar, comprueba si el proyecto de texto articulado se mantiene dentro de los límites de la delegación. En segundo, juzga la conveniencia acerca de los problemas de fondo no previstos en las indicaciones de la ley de delegación o que admiten diversas soluciones. Finalmente, vela por la corrección formal del texto en cuanto a redacción, sistemática, etc.⁴¹.

Oído el Consejo de Estado, cuyo dictamen no es vinculante para el Gobierno, el decreto legislativo se presenta a la sanción del Jefe del Estado.

Respecto a la fiscalización de los decretos legislativos es de notar que, en principio, no está claramente delimitada la posibilidad de declarar su anulación a partir de la confrontación de la ley de delegación y el uso hecho de la misma.

Por otra parte, el tema de la fiscalización se aborda en la Ley General Tributaria de 28-XII-63. En ella se dispone que las autorizaciones legislativas que afecten a los elementos esenciales de un tributo deberán precisar inexcusablemente los principios y criterios que hayan de seguirse para determinar por decreto dichos elementos. De los decretos así dictados se dará cuenta a las Cortes. Las disposiciones que supongan extralimitación respecto a la autorización concedida al Gobierno tendrán valor «reglamentario» y podrán fiscalizarse por vía contencioso-administrativa⁴².

B. Decretos legislativos de urgencia o necesidad

La previsión legal de estos decretos legislativos de necesidad se encuentra en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de ju-

41. Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ, Antonio, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965, págs. 34 y ss.

42. Para el tema del control judicial de la legislación delegada en el régimen de Franco nos remitimos a la obra del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Se trata de su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Legislación delegada y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970. Véase también GARRIDO FALLA, Fernando, «Fiscalización de los decretos-legislativos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», RAP, n° 60, 1969, págs. 109 a 124. Para mayor información general acerca de los decretos-legislativos nos remitimos a GARCÍA TREVIJANO FOX, Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ª edición, Madrid, 1973.

lio de 1942, donde se vuelve a la idea genuina de «decreto ley»: «En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular mediante decreto-ley las materias enunciadas en los artículos 10 y 12. Acto continuo de la promulgación del Decreto-Ley se dará cuenta del mismo a las Cortes, para su estudio y elevación a Ley con las propuestas de modificación que, en su caso, estimen necesarias». Esta actividad convalidadora de las Cortes no era mera coreografía al decreto-ley del Gobierno. De hecho, hubo supuestos en que las Cortes no los convalidaron.

Años más tarde, en 1946, se produce una cierta regresión autoritaria. Para evitar los problemas en la fase de convalidación, por la ley de prerrogativa de 9-III-1946 se suprimieron los párrafos del artículo 13 relativos al mecanismo de la convalidación. Desde entonces, bastaría con que el Gobierno diera cuenta a las Cortes de la existencia del decreto-ley, que tendría fuerza definitiva desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Después, con la LRJAE (1957) se exigió el Dictamen de la Comisión Legislativa de las Cortes con carácter previo a la aprobación del decreto de urgencia.

Destaca la importancia alcanzada por esta vía de legislación en etapa del régimen de Franco. En el año 1966 escribía Javier SALAS lo siguiente: «Es un hecho de general observación la frecuencia con que se dictan decretos-leyes. Si estos en principio responden a tenor del artículo 13 de la Ley de Cortes, a razones de guerra o urgencia, dado su número ya cabe sospechar (...) que no sólo aquellas se toman en consideración. De este modo **lo que hubiese podido ser una figura excepcional y extraordinaria se ha convertido en una de las más sólidas y frecuentes de la actual actividad legislativa...**». Según los datos que aporta este mismo autor, en veintidós años se habrían dictado 689 decretos-leyes ⁴³. Se entiende, pues, que la práctica política consistente en asumir el Gobierno funciones legislativas extraordinarias por motivos de urgencia, constituyera uno de los rasgos más característicos de aquel régimen político ⁴⁴. Con esa práctica, el decreto llegó a convertirse en un mecanismo alternativo de legislación ordinaria, alcanzando así una importantísima difusión en detrimento de la ley de Cortes. Pero aquella mala costumbre traspasaría, como veremos oportunamente, las fronteras de la Constitución española de 1978 ⁴⁵.

43. SALAS, Javier, «Los decretos leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», RAP n° 51, septiembre-diciembre 1966, págs. 41 y ss.

44. Cfr. ZAFRA VALVERDE, José, *Régimen político...*, pág. 442.

45. Para un estudio más pormenorizado del decreto de legislativo de necesidad en esta época del régimen de Franco pueden consultarse, además de las obras ya citadas al pie,

La facultad de dictar decretos leyes se reconoce al Gobierno, aunque, en numerosas ocasiones es ejercida personalmente por el Jefe del Estado ⁴⁶. Normalmente, los proyectos de decretos-leyes son iniciados por los departamentos ministeriales competentes por razón de la materia. Antes de su presentación al Consejo de Ministros, podrán pasar a estudio de una de las comisiones delegadas del Gobierno. En ocasiones, el Consejo de Ministros, previamente a la adopción del correspondiente decreto-ley, pide informe al Consejo de Estado ⁴⁷.

En cuanto al presupuesto de hecho habilitante de esta práctica legislativa extraordinaria del Gobierno, la urgencia, nada se dice en las leyes acerca de su alcance. Por lo común, se entendió que una situación era urgente cuando el factor tiempo tenía un elemento determinante y constitutivo del fin perseguido ⁴⁸. Por ello, la urgencia no se vinculó a la concurrencia de unas circunstancias excepcionales. Sin embargo, la urgencia de algunos decretos quedó en entredicho por la demora en su publicación o el aplazamiento de su entrada en vigor.

C. Decretos legislativos independientes o residuales

En principio, parece que la intromisión del Gobierno en la actividad legislativa se agotara en los métodos descritos de la delegación y legislación asumida de urgencia. Sin embargo, en la práctica, encontramos decretos que contienen verdaderas disposiciones legislativas y que no entran en ninguna de las dos categorías anteriores. Son, decretos que presuponen el ejercicio de un poder decisorio soberano, que consiste en la iniciación del fenómeno de la imperación jurídica.

El origen de estos decretos legislativos independientes o residuales es diverso. En razón de dicho origen podemos distinguir varios tipos.

En primer lugar están aquellos decretos que tienen su base en leyes constitucionales que atribuyen al Gobierno competencia para legislar di-

las siguientes: QUINTERO, César, *Los decretos con valor de ley*, Madrid, 1958; GÓMEZ ACEBO, «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes», RAP, n° 6, 1951, págs. 99 y ss.; GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan, «Problemas actuales del decreto-ley», RAP n° 15, 1954, págs. 91 y ss.

46. Aunque, como veremos, esta facultad extraordinaria se prevé para el Gobierno, son numerosos los supuestos en los que el Consejo de Ministros no interviene en la elaboración del decreto-ley, que es, por tanto, un acto de voluntad personal del Jefe del Estado, infringiéndose así lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Cortes. En realidad, estos decretos-leyes personales de Franco eran leyes de prerrogativa disfrazadas. Cfr. SALAS, Javier, *op. cit.*, pág. 59; y, también, ZAFRA VALVERDE, José, *Régimen político...*, pág. 361 y ss.

47. Algunos ejemplos en SALAS, Javier, *op. cit.*, pág. 60.

48. Cfr. SALAS, Javier, *op. cit.*, págs. 66 y ss.

rectamente por decreto sobre determinada materia. Valga como ejemplo la autorización que se contenía en el artículo 3 de la Ley de Referéndum de 22 de octubre de 1945 (séptima Ley Fundamental): «se autoriza al Gobierno para dictar disposiciones complementarias conducentes a la formación del censo y ejecución de la presente Ley».

Parecidos a los anteriores son los decretos aprobatorios de reglamentos delegados, que rellenan totalmente un vacío dispositivo previsto deliberadamente en la ley, que aplaza la regulación a la disposición de rango reglamentario. En realidad, aunque estos decretos tienen un valor subordinado, si los contemplamos desde el punto de vista de la eficacia del contenido dispositivo, llegamos a la conclusión de que actúan como auténticas leyes, aunque formalmente, tienen rango reglamentario.

En tercer lugar, han de citarse los que podemos llamar «decretos legislativos residuales». Son los que regulan una materia que históricamente lo viene siendo por decreto. Es el caso típico de la materia que ha quedado deslegalizada⁴⁹, y pasa a integrarse en el ámbito del decreto. Nótese que, aunque estas disposiciones aparezcan encubiertas con el término «reglamento», que hace referencia a una disposición de rango subordinado, en el plano de la eficacia que proyectan sobre la ciudadanía se comportan como auténticas leyes, aunque formalmente tengan «rango reglamentario»: establecen relaciones jurídicas, crean derechos y obligaciones para los ciudadanos o los funcionarios públicos sin apoyatura en un ley previa a desarrollar.

En cuarto lugar, debería incluirse la categoría formada por los decretos legislativos dictados al amparo de la hipotética reserva de decreto establecida en el artículo 24 de la LRJAE: «Adoptarán la forma de Decreto las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes...». Por otra parte, en estos preceptos de la Ley de Cortes se establece la tabla de asuntos cuyo conocimiento estaba reservado al Pleno de la Cámara y a las comisiones, respectivamente. Sin embargo, a pesar de esta aparatosa nomenclatura, parece que en el régimen del Franco existía una reserva de ley general⁵⁰, y no un sistema de reparto

49. Sobre la deslegalización de materias, véase GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, séptima edición, 1976, pág. 289.

50. El modelo del régimen de Franco se ajustaba al tradicional español: la ley como disposición principal y el reglamento como disposición secundaria y de desarrollo: «el artículo 12 del mismo texto constitucional –dice ZAFRA VALVERDE– al establecer la facultad delimitadora de la Comisión de Competencia Legislativa, presupone un concepto de Ley que comprende toda disposición imperativa máxima, plena o puramente incoativa (es decir, que haya de ser luego desarrollada por medio de reglamentos), cualquiera que sea su

semejante al francés actual –aunque la doctrina es discrepante en este punto–⁵¹. Por ello los decretos aprobatorios de disposiciones legislativas no tendrían cabida en este modelo. A pesar de ello, en la práctica esta categoría existe, y son numerosos los casos de decretos aprobatorios de disposiciones legislativas que aparecen encubiertas con el término «reglamento». El caso más típico es el de los llamados reglamentos administrativos orgánicos. Bajo su apariencia de disposición de rango secundario, se esconde un ejercicio auténtico de poder legislativo soberano, pues los decretos así llamados no desarrollan ley alguna, sino que inician el fenómeno de imperación jurídica.

Por último, sigue rigiendo la corruptela de utilizar el reglamento de ejecución de una ley para incluir en él auténticas disposiciones legislativas.

3.2.3. *Decretos ejecutivos*

Son aquellos decretos que sirven de vehículo a la emisión de disposiciones ejecutivas que completan o desarrollan las leyes o disposiciones equivalentes. Nos movemos ahora en la categoría de los decretos de valor subordinado o degradado, también llamados por la doctrina «reglamentarios» para singularizar ese valor inferior con respecto a los que tienen «fuerza de ley».

Son de dos tipos: los que contienen disposiciones generales o reglamentos y los que contienen resoluciones singulares que afectan sólo a personas o a casos concretos. Además, habrían de incluirse en esta categoría de los ejecutivos aquellos decretos personales por los que el Jefe del Estado resuelve cuestiones de competencia entre órganos administrativos, o entre estos y órganos jurisdiccionales. Veamos sucintamente unos y otros.

La facultad de emanar decretos aprobatorios de reglamentos se encuentra recogida en el caso del Jefe del Estado, en el artículo 17 de la Ley 30-I-1938. También se refiere a ella el artículo 24, párrafo 1º, de la LRJCA: «Adoptarán la forma de decreto las disposiciones generales no compren-

objeto. En favor de este concepto se podría invocar el artículo 17 de la ya recordada Ley de 30-I-38, que, al referirse a las disposiciones del Jefe del Estado, dice que adoptarán la forma de leyes «cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o *constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país*». Y más adelante señala el mismo autor «otra cosa es que en la práctica, y a falta de una jurisprudencia adecuada de la Comisión de Competencia Legislativa, se legisle a veces por decreto, sin recurrir a las formalidades del decreto-ley ni invocar una delegación de las Cortes u otra disposición que así lo autorice».

51. En contra, GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento...*, págs. 17 y ss.

didadas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes. Por último, la previsión legal de esta facultad se halla en el artículo 10, apartado g) de la LRJCA, al regular las atribuciones del Consejo de Ministros: «Proponer al Jefe del Estado la aprobación de los Reglamentos para la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado».

En cuanto al proceso de producción de los decretos aprobatorios de reglamentos, destaca la minuciosidad con que éste se encuentra regulado a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio 1958:⁵² desde la propuesta del órgano que tenga la iniciativa (artículo 129), hasta la promulgación (artículo 130)⁵³.

La iniciación se realiza por los órganos técnicos del departamento ministerial competente en razón de la materia. Dice el artículo 129 que el procedimiento se iniciará por «moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición de que se trate». Normalmente, parte de cada departamento ministerial, aunque también puede partir del Consejo de Ministros.

Después, lo normal es encargar la elaboración del proyecto a aquel órgano u órganos colegiados a los que la función les es propia, o bien se crea la correspondiente comisión (art. 8 LRJAE).

Por otra parte, en la LPA se contemplan ciertos trámites para la elaboración de las disposiciones generales. En primer lugar, según el párrafo 1º del artículo 130, los proyectos de disposiciones generales, antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos, habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica o, en su defecto, la Subsecretaría del Departamento respectivo, o el Estado Mayor si se trata de Ministerios Militares. Después, deben emitirse los correspondientes dictámenes de los órganos consultivos, bien preceptivamente, bien a peti-

52. El fundamento de una regulación tan exhaustiva del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales es doble, según se dice en el Preámbulo de la LPA. De una parte, asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición. La LPA trata de frenar en lo posible el alegre ejercicio de la potestad reglamentaria, imponiendo una serie de trámites que obliguen a nuestros órganos administrativos a meditar hasta qué punto es legal y oportuna la disposición que tratan de dictar. Por otra parte, se fundamenta el procedimiento en la necesidad de conocer en lo posible la opinión de los administrados. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «El procedimiento de elaboración de las disposiciones generales», RAP, n.º 40, 1963, págs. 13 y 14.

53. Puede encontrarse abundantísima información acerca de la elaboración de las disposiciones generales en DESANTES GUANTER, José María, «La elaboración de las disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo», DA, n.º 8-9, 1958, págs. 43 y ss.; Véase también GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», RAP, n.º 40, págs. 9 y ss.

ción del órgano encargado de la elaboración de la disposición de que se trate. Aparte del dictamen de los cuerpos consultivos que deben ser oídos en materias especiales, se exige con carácter general el del Consejo de Estado.

Por otra parte, según el párrafo 4º del artículo 130 que venimos citando, «siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización sindical y demás entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongán a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto».

Además, en su caso, cuando se estime oportuno, la disposición podrá ser sometida a información pública (art. 130 5º LPA).

El proyecto de decreto deberá remitirse a cada uno de los ministros con ocho días de antelación a la fecha de adopción del acuerdo. Durante este plazo los ministros podrán formular las observaciones que estimen pertinentes. Al proyecto de decreto, deberá acompañar la tabla de vigencias sobre las disposiciones anteriores sobre la misma materia. En la nueva disposición debe constar cuáles siguen en vigor y cuáles quedan derogadas⁵⁴.

Por último, el proyecto de decreto se somete al acuerdo del Consejo de Ministros. Si afecta a un solo ministerio, será firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de dicho departamento. Si, por el contrario, afecta a varios ministerios, el refrendo corresponde al Presidente del Consejo de Ministros, o el Ministro Subsecretario de la Presidencia.

Seguidamente, para que la disposición proyecte su eficacia, se publica en el Boletín Oficial del Estado (artículo 1. Código Civil, artículo 29 LRJCA, y artículo 132 de la LPA).

Por su parte, en lo que se refiere al control de estas disposiciones existen varias vías. En primer lugar, pueden impugnarse en vía administrativa (art. 53, apartado e) LJCA). En segundo, y con carácter subsidiario a lo anterior, pueden impugnarse ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Por último, cabe el recurso de contrafuero cuya resolución compete al Jefe del Estado (arts. 59 a 66 de la LOE).

54. Acerca del incumplimiento frecuente de esta exigencia fundada en la seguridad jurídica, véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 25.

Además, junto a estos decretos aprobatorios de reglamentos, forman la categoría de los ejecutivos los que sirven como vehículo para la emisión de resoluciones singulares para personas o casos concretos. Estas resoluciones singulares se regulan también en la Ley de Procedimiento Administrativo. Como puede imaginarse son numerosísimas: ascensos, autorizaciones, expropiaciones, etc.

3.2.4. *Decretos de significación jurisdiccional*

Son aquellos cuyo contenido dispositivo afecta a la exigencia de responsabilidad derivada de alguna disposición impositiva. El caso más típico lo constituye el de los decretos de indulto. Pero no es el único supuesto. También pertenecen a esta categoría los decretos del Gobierno que disponen la suspensión de la ejecución de algunas sentencias contencioso-administrativas, o los decretos-leyes que prorrogan la ejecución de deudas tributarias por la vía de apremio, etc..

4. Sinopsis: Jefatura del Estado y Gobierno, desde el punto de vista del decreto al expirar el Régimen de Franco

Para concluir esta referencia al decreto en el régimen de Franco señalemos que, cuando se produce la sucesión en la Jefatura del Estado el decreto sigue configurado tal y como lo estaba durante del régimen: es un instrumento dispositivo de primer orden a través del cual el Jefe del Estado, sólo o con su Consejo de Ministros ejerce sus atribuciones. Por eso, fue, precisamente, la costumbre más o menos autoritaria de entender la decretación la que posibilitó una vía para ir desquiciando las estructuras del régimen durante el periodo conocido como «la transición política». Pero eso lo veremos en las páginas que siguen.

III. TRANSICION POLITICA

Tras la muerte de Franco el 20 de noviembre de 1975, se inicia la transición desde un régimen de poder predominantemente personal hacia una democracia representativa y pluralista de partidos. Es característica destacada de dicho proceso de transición el haberse realizado por las instituciones orgánicas y con los instrumentos dispositivos del propio régimen de Franco, siguiendo externamente los pasos previstos en los procedimientos legislativos del régimen. Por eso podemos hablar de la transición política española como «revolución legal», en el sentido de procedimiento de transmutación constitucional que se lleva a cabo con los pro-

pios instrumentos que proporciona el régimen al que se pretende sustituir, y cuya médula constitucional está siendo materialmente socavada. Supone una observancia de la legalidad formal, al tiempo que se cambia la material ⁵⁵.

Así pues, en principio, no hay cambios en la configuración de los modos de producción del Derecho con respecto a la etapa anterior. Ahora, el lugar de los decretos de Franco es ocupado por los del Rey, y por eso se recupera la expresión «real decreto». Como veremos oportunamente, esta recuperación va a significar en la práctica, tras la Constitución española de 1978, lo más contrario al espíritu que había presidido la aparición del término en el siglo XVII.

Por otra parte, la sólida posición constitucional de la figura del Presidente del Gobierno tiene su manifestación correspondiente en el sistema de instrumentos dispositivos. El contexto social y político de la transición fue determinante para el crecimiento de la capacidad resolutoria del Presidente, a la sazón Adolfo Suárez González. Por eso, en algunos casos, los decretos van a consistir realmente en actos decisorios personales del Presidente del Gobierno aunque en apariencia se presenten como dictados por el Jefe del Estado, ahora, el Rey, conservando el tradicional DISPONGO y la firma de este último.

Pero además, en esta misma línea de preeminencia del Presidente del Gobierno, cabe notar la existencia de irregularidades importantes en el manejo de los instrumentos dispositivos. Nos referimos a la aparición de algún que otro llamativo decreto del Presidente del Gobierno y algunas órdenes firmadas por el Presidente en las que se contiene un acuerdo del Consejo de Ministros. Estas manifestaciones constituyen un precedente involuntario de la figura del «decreto presidencial» que propondremos en el lugar correspondiente. Se trata de ciertos decretos que el entonces Presidente del Gobierno Adolfo Suárez González dictó y firmó en primera persona como Jefe Nacional del Movimiento *por delegación* del Jefe del Estado: decretos de 9 y 17 de mayo de 1977. Oportunamente volveremos sobre estos decretos presidenciales por delegación.

También durante la transición política abundaron los acuerdos del Consejo de Ministros que no adoptaban la forma de decreto, sino que revestían la formalidad de un instrumento dispositivo inferior y por tanto inadecuado: la orden ministerial o la resolución. Esta práctica suscitó du-

55. El término «revolución legal» ha sido acuñado para la transición española por ZAFRA VALVERDE, que lo toma de Carl Schmitt. Cfr. ZAFRA VALVERDE, José «La revolución 'legal' en España», en *Estudios en Homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, II, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, págs. 1090 y ss.

das en la doctrina de la época ⁵⁶, que no entendía el criterio seguido para determinar qué acuerdos del Consejo de Ministros debían observar la forma de decretos y cuáles esta otra de dudosa validez.

Por otra parte, no se aprecian cambios en las fórmulas promulgatorias de los decretos, que, al igual que antes, aparecen siempre refrendados. A estos efectos se sigue aplicando lo dispuesto en la LOE y la LRJAE.

El aspecto que más merece ser destacado en relación con el decreto durante la transición política es la difusión que llegó a alcanzar este instrumento dispositivo, en detrimento de la Ley de Cortes. Y es que la transición política, se hizo, en gran parte, a golpe de decreto ⁵⁷.

Durante los tres años que siguieron a la muerte de Franco, y hasta la aprobación de la Constitución española de 1978, el decreto se convierte en el instrumento dispositivo hegemónico.

Las razones que propiciaron esa hegemonía del decreto son varias. En primer lugar, la comodidad del recurso al decreto. Permitía la emisión de disposiciones legislativas con rapidez, evitando la dilación que suele acompañar a la discusión parlamentaria y la posibilidad de que no salgan adelante las reformas queridas por el Gobierno. Son las ventajas del decreto como instrumento de «legislación motorizada».

En segundo lugar, lo extraordinario de la situación exigía la adopción de decisiones y disposiciones legislativas con cierta urgencia, evitando discusiones que pudieran frustrar las reformas pretendidas. Téngase en

56. Véase MIGUEL GARCÍA, Pedro de, «Reuniones y acuerdos del Consejo de Ministros», RAP, n.º 73, 1977, págs. 228 y ss.

57. Este uso abusivo del decreto en la transición política ha sido ya denunciado por algunos autores. Por ejemplo, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El proceso constituyente en España», en su obra *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 52 y ss. También ZAFRA VALVERDE a quien corresponden las siguientes palabras: «Guiado por este designio –la reforma constitucional– y mientras preparaba la convocatoria de las primeras elecciones parlamentarias previstas en la Ley para la Reforma Política, el Gobierno dio evidentes muestras de prestar atención a las Leyes Fundamentales únicamente en cuanto las mismas fuesen de utilidad para llevar a cabo la obra de transmutación política. Sus más calculadas preferencias estarían dedicadas, en este sentido, al artículo 13 de la ley de Cortes, en la redacción de 1967, que tenía por objeto la promulgación de los decretos-leyes. Es muy de notar a este respecto que, entre sus innovaciones democratizadoras, la Ley para la Reforma Política no había incluido una modificación de dicho artículo en el sentido de exigir para lo sucesivo la confirmación parlamentaria de las mencionadas disposiciones. ¿Olvido involuntario? A juzgar por los hechos que habían de sucederse, es mucho más lógico pensar en una omisión deliberada. Gracias a ese cómodo instrumento del decreto-ley, con la hechura marcadamente autoritaria que venía demostrando desde muchos años antes...» Cfr. ZAFRA VALVERDE, José, *La revolución...*, págs. 1097 y 1098.

cuenta que las Cortes de los años 1976 y parte del 1977 eran las mismas existentes al producirse la sucesión en la Jefatura del Estado.

En todo caso, el hecho cierto es que se dictaron numerosos decretos. Así, por ejemplo, se sabe que entre 1976 y 1978 fueron promulgados unos ciento veinte decretos-leyes. En claro contraste, tras la aprobación de la Constitución de 1978, en 1979 el número se reduciría a veintiún decretos leyes, y en 1980 a dieciseis.

Pero si sorprende el número de decretos que invaden el dominio reservado a la ley, aún resulta más sorprendente la importancia del contenido dispositivo de estos decretos. Vamos a verlo.

Durante el periodo de transición, el decreto sirvió de instrumento dispositivo para la emisión de disposiciones muy diversas en razón de la eficacia.

Importan sobre todo los decretos de eficacia constitucional, auténticos decretos de soberanía que afectan directamente a las relaciones principales de potestad y de sujeción entre gobernantes y gobernados.

Deben incluirse, básicamente, en esta categoría todos los decretos que a la postre vendrían a determinar el modelo de organización territorial del poder. Son los decretos-leyes de aprobación de los regímenes preautonómicos: RD-Ley 5-X-1977 por el que se restablece provisionalmente la Generalidad de Cataluña; RD-Ley 6-I-1978 por el que se aprueba el régimen preautonómico del País Vasco; RD-Ley 6-I-1978 por el que se regula el procedimiento para adoptar las decisiones de Navarra a que se refiere la disposición transitoria primera del RD-Ley anterior; y, entre otros, el RD-Ley 17-III-1977 de restauración de las Juntas Generales de Guipúzcoa y Vizcaya. Después, en el BOE de 18-III-1978 aparecen los RRDD-Leyes aprobatorios de los regímenes preautonómicos de Galicia, Aragón, Canarias y Valencia. Así, poco a poco, por decreto se va delimitando lo que será el modelo de organización territorial del poder político en la Constitución Española de 1978.

Por otra parte, son también decretos de eficacia constitucional los que afectan directamente al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Es bien conocido el caso del Decreto de 17-III-1977 sobre normas electorales, autorizado por la Ley de Reforma Política, o, también el DL de 9-II-1977 en el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas. También es de indudable eficacia constitucional el decreto de 28 de enero de 1977 por el que se suspenden determinados artículos del Fuero de los Españoles.

Otro curioso decreto de eficacia constitucional es el publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5-I-1976. Este decreto, guardando paralelismo con aquel de 1868 por el que se estableciera la creación de la peseta como símbolo del nuevo orden constitucional, establece nuevas reglas para la reacuñación de la moneda metálica. Las nuevas monedas serán el signo visible en el acto diario de comercio del nuevo orden político. Entre otras novedades, en la leyenda de la moneda el nombre y la efigie de Franco se sustituirán por las de Juan Carlos I, y, como muestra del talante del nuevo régimen, no aparecerá la tradicional leyenda monárquica «por la gracia de Dios».

Entre los muchos decretos interesantes, es también de destacar el de 30 de julio de 1976 por el que se otorga una amnistía general, o, aquel otro de 10-VIII-1976 por el que se concede de modo general a los marroquíes residentes en España la facultad de optar por la nacionalidad española.

PARTE ANALÍTICA

CAPITULO CUARTO

PANORAMICA ACTUAL DEL DECRETO EN ESPAÑA (CE 1978)

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Presupuestos constitucionales.

En este capítulo analizamos el decreto en el actual régimen constitucional español. Para una primera aproximación al tema nos será de utilidad volver sobre lo dicho en la presentación de este trabajo.

Hablábamos allí del uso, abuso y no uso del decreto en nuestros días. También dejábamos apuntado que, en ocasiones, el mal empleo del decreto tiene que ver con la indefinición de esta figura en la actualidad, así como con la inadaptación del sistema de instrumentos dispositivos al actual esquema de relaciones interorgánicas. Así, mientras vemos con más o menos nitidez que la orden ministerial es el instrumento dispositivo a través del cual se expresan las determinaciones volitivas con eficacia jurídica de un ministro, y que la ley en sentido formal es el instrumento dispositivo del Parlamento, ¿qué cabe decir del decreto?

Tradicionalmente, y según lo visto en el rastreo histórico, en España el decreto es el instrumento dispositivo característico de quien ostenta la suprema potestad de mando, actúe sólo o asesorado por un Consejo, y ya sea monarca, Presidente de la República, o, en fin, dignatario semejante.

Hoy, en la decretación se mantienen las apariencias tradicionales, pero las cosas han cambiado en cuanto al fondo, y difícilmente puede sostenerse con acierto la vigencia general del concepto tradicional de decreto.

Con la aprobación de la Constitución Española (CE) en diciembre de 1978 se inaugura en España un nuevo modelo político, y, al igual que en otras épocas, la efectiva configuración del decreto viene determinada por las características de dicho modelo. Junto al restablecimiento de las Cortes elegidas democráticamente, el cambio más profundo afecta a la posición constitucional del titular tradicional de la facultad de decretación: el Jefe del Estado. Si antiguamente este último era el titular de la suprema potestad de mando y la cabeza del Poder Ejecutivo, en la Constitución de 1978, y más aún en la práctica constitucional, el monarca ya no forma parte del Ejecutivo –formado ahora por Presidente del Consejo y sus ministros–, y ha quedado relegado a una magistratura simbólica, carente casi por completo de poder político efectivo ¹. Es un Jefe de Estado débil, a pesar de la letra del artículo 56 CE ², cuyo papel se limita prácticamente a representar la unidad del Estado en lo territorial y en lo funcional y organizativo ³.

1. Sobre la posición constitucional del monarca en la España actual nos remitimos a las obras siguientes: ARAGÓN REYES, Manuel, *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990; IDEM, «La Monarquía parlamentaria» en *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1981; FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Jefatura del Estado monárquica», REP, n° 73, 1991, págs. 251 y ss.; GARCÍA CANALES, Mariano, *La monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, 1991; LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Edersa, Madrid, 1987; LÓPEZ PINA, Antonio, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983; MENÉNDEZ REXACH, Angel, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1979; OTTO, Ignacio, «Sobre la Monarquía», en *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978; PÉREZ ROYO, Javier, «La Jefatura del Estado y democracia parlamentaria», REP, n° 39, 1984; TORRES DEL MORAL, Antonio, «La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en la obra colectiva *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, dirigida por Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1983. También es particularmente interesante la obra de RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987. Concretamente, en la pág. 75 se refiere el autor a la debilitada posición constitucional del monarca español con estas palabras: «Ayuno de todo poder político efectivo e inserto en una constitución democrática, el Rey es una pieza accesorio que fácilmente puede ser sustituida –con ventaja– por un Presidente de la República...».

2. El artículo 56.1 CE dice así: *El rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes*. Curiosamente, a la hora de definir lo posición constitucional del monarca español, se hizo una mala copia del artículo 5 de la Constitución Francesa en su versión de 1958, que describía la posición de un Jefe de Estado muy fuerte, a la medida de su autor el General de GAULLE: *«Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat»*. Cfr. DUVERGER, Maurice, *Constitutions et documents politiques*, 2ª ed., PUF, París, 1960, págs. 158 y ss.

3. Véase el comentario de BENEYTO PÉREZ, José María, en la obra colectiva, dirigida por Oscar ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo V, EDERSA, 1983, págs. 33 y 34.

Sin embargo, inexplicablemente, a pesar de tan importante cambio en la configuración de la Jefatura del Estado, se han mantenido invariables las formas en la actividad de decretación, observándose aún las propias del siglo XIX y las del régimen de Franco. Así se ha denunciado ya por algún autor, que lo ha hecho con estas palabras: «no deja de sorprender que se utilicen las mismas fórmulas que durante el régimen franquista, y por arrastre, durante la etapa de restauración monárquica previa a la aprobación de la actual Constitución. Y la sorpresa se ve aumentada si se examina detenidamente la literalidad de las expresiones empleadas y se contrasta con las actuales previsiones constitucionales relativas a la «expedición de los decretos acordados en Consejo de Ministros» (art. 62 f) al papel del Rey y si se tiene en cuenta que a quien corresponde la facultad normativa y reglamentaria es sin ningún género de dudas, al Gobierno (artículos 82, 83 y 85 para los Decretos-Legislativos; artículo 86 para los Decretos-Leyes y artículo 97 para la potestad reglamentaria). (...)». Y sigue el mismo autor «¿acaso la Constitución no ha introducido cambios importantísimos en relación a la potestad normativa del Gobierno, al papel del Rey? ¿No ha de reflejarse esta nueva situación en las fórmulas promulgatorias?...»⁴.

Si el autor citado limita la crítica a las fórmulas promulgatorias empleadas en los decretos, aquí creemos que, siendo eso importante, la cuestión ha de llevarse un poco más lejos. A nuestro juicio, el problema excede de las apariencias formales, siendo así insuficiente la solución de retocar la fórmula promulgatoria...

Sobre la base de los conocimientos que nos ha proporcionado la aproximación a la institución del decreto a lo largo de la historia, y el seguimiento de su evolución, paralela a la del régimen político, nos preguntamos si el desgajamiento de Jefatura de Estado y Gobierno operado con la Constitución española de 1978, no debió acompañarse de la consiguiente adaptación del sistema de instrumentos dispositivos a la nueva realidad política.

Sin perjuicio de detenernos más adelante en este aspecto creemos que tal adaptación pasaría por la creación de un instrumento propio del Consejo de Ministros y de su Presidente, para la emisión de las disposiciones de entidad secundaria dictadas en el ejercicio de las facultades que constitucional y legalmente tienen encomendadas. Razones de coherencia aparte, el sistema de producción dispositiva ganaría en agilidad, y se des-

4. FANLO LORAS, Antonio, en «La expedición por el Rey de los Decretos», *Estudios sobre la Constitución Española* (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría), vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1972.

cargaría al Jefe del Estado de la firma de disposiciones reglamentarias, quedando su firma reservada para aquellas que tienen fuerza de ley y aquellas otras para las que la Constitución prevea expresamente la intervención de la primera magistratura del Estado. Por otra parte, es muy de señalar que en países como Francia, Suecia o Marruecos se contempla ya esta figura del «decreto presidencial o ministerial».

Pero, inexplicablemente, como ha ocurrido con otras fórmulas decimonónicas, por mera inercia histórica, se ha incorporado a la Constitución Española la que establece como facultad del monarca la expedición regia de los decretos acordados en Consejo de Ministros (62, f) de la CE, trasladando así al texto constitucional actual un precepto pensado para un modelo político bien distinto y que difícilmente puede justificarse en el actual régimen constitucional ⁵.

Esta vinculación clásica de la expedición de los decretos a la antigua posición regia es señalada unánimemente por la doctrina ⁶. Dice así LAFUENTE BALLE que se trata «de un atribución real clásica en las Constituciones monárquicas españolas, en las que esa función de “expedición” de las normas escritas menores aparece formulada de manera casi idéntica, si se exceptúa la Constitución española de 1869 (artículo 75) que sustituyó aquella función de expedición por la facultad de “hacer reglamentos”, excepción que lo es en cuanto a la forma de redacción, pero no en cuanto al fondo, puesto que la totalidad de las Constituciones españolas históricas responden al criterio de que la potestad reglamentaria es titularidad del Monarca. Esta unánime coincidencia viene motivada *por la vigencia del esquema de la teoría clásica de la división de poderes, a tenor de la cual siendo el Rey cabeza del poder ejecutivo y la potestad reglamentaria una emanación de este poder consecuentemente el Rey tenía que ostentar la titularidad de la potestad reglamentaria*» ⁷.

5. Pero puesto el precepto en el texto fundamental, como ha ocurrido con otros de rancio anclaje histórico, se le ha buscado una sentido a la luz del nuevo orden constitucional, lo que no siempre es posible sin caer en argumentaciones muy forzadas. Así nos parece que ocurre con aquellos que interpretan que sólo el Rey puede dirigirse válidamente a los jueces, y no los meros despachos administrativos, pues según reza el artículo 117.1. «la justicia se administra en nombre del Rey. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª edición, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, pág. 178. Si esto fuese así, las numerosas disposiciones que carecen de firma regia no deberían vincular a los jueces y magistrados: Decretos de los Presidentes de las Comunidades autónomas u órdenes ministeriales, entre otros.

6. Ver por todos MENÉNDEZ REXACH, Angel, *La jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Estudios Administrativos, Madrid, 1979.

7. LAFUENTE BALLE, José María, en *Comentarios a las Leyes Políticas* (Dir. Oscar ALZAGA VILLAAMIL), Tomo V, EDESA, Madrid, 1983, pág. 272.

Así, con fórmulas muy parecidas se contiene esta expresión en las Constituciones de 1812 (artículo 171.1); 1837 (artículo 47.1); de 1845 (artículo 45.1) y la de 1876 (artículo 54.1).

Por su parte, la inclusión de este precepto 62 f) en el texto constitucional español de 1978 se hizo sin mayor discusión, pasando sin pena ni gloria, al centrarse el debate en aspectos de mayor trascendencia política en el momento. De esta forma se mantuvo el texto inalterado desde los trabajos parlamentarios que precedieron a la aprobación del Anteproyecto constitucional hasta el final de los mismos, con la aprobación por ambas Cámaras del Dictamen de la Comisión mixta Congreso-Senado, y ni siquiera se llegaron a debatir las enmiendas presentadas en el Congreso, ni el voto particular a Anteproyecto formulado por el Grupo Parlamentario de los Socialistas⁸. En cualquier caso, estas enmiendas se referían a otros aspectos, respectivamente, a la utilización del término «Consejo de Ministros» en lugar del de «Gobierno», y a la de «expedición».

Veremos en las páginas que siguen que esta falta de correspondencia entre la actual configuración constitucional del esquema de relaciones interorgánicas y el intento de mantener falseado el concepto clásico de decreto con la consiguiente expedición regia de todos los decretos, no es sólo una cuestión de divertimento teórico. Presenta inconvenientes prácticos que van más allá de la, en sí misma grave, incompatibilidad teórica.

Por ejemplo, muestra de la superación del modelo de decretación tradicional es la extensión de una práctica de dudosa legalidad que afecta claramente a la autenticidad del sistema de relaciones interorgánicas diseñado en el texto constitucional. Dicha práctica, consiste en la elusión de la firma del Jefe del Estado y de la correspondiente formalidad del decreto en la emisión de disposiciones acordadas por el Consejo de Ministros. Son disposiciones que carecen propiamente de promulgación, y de cuya publicación, inexplicablemente, se hace responsable un órgano inferior al Consejo de Ministros, que se sirve al efecto de una «orden» o una «resolución» como instrumentos dispositivos que por esta práctica quedan también desfigurados.

Insistimos en que todo lo anterior nos obliga a reflexionar acerca de la conveniencia y oportunidad de introducir ciertas reformas en la regulación general de los instrumentos dispositivos de gobierno, guiados principalmente por los criterios de coherencia, agilidad y responsabilidad de los poderes públicos.

8. LAFUENTE BALLE, José María, *op. cit.*, pág. 272 y 273.

II. ESTUDIO ANALITICO DEL DECRETO EN LA ESPAÑA ACTUAL

1. Generalidades

Siguiendo con el esquema de conceptos que venimos manejando, en el marco del actual orden constitucional español, el decreto puede definirse como el instrumento dispositivo a través del cual se expresa jurídicamente la voluntad del Jefe del Estado y la del Gobierno.

Por eso, en razón del autor teórico de la disposición jurídica deben distinguirse dos tipos de decretos: los del Jefe del Estado, y los del Gobierno. De unos y otros vamos a ocuparnos por separado.

2. Decretos del Jefe del Estado

Llamamos así a los que dicta el Jefe del Estado por sí mismo, sin la intervención previa y preceptiva del Consejo de Ministros. Los emite en el ejercicio de las facultades que le atribuye el ordenamiento constitucional como cabeza del Estado. En ellos la participación del monarca es insustituible e imprescindible por virtud del texto legal máximo.

Ello no implica que estemos ante un acto deliberativo y decisorio regio en que intervenga únicamente la voluntad del Jefe del Estado. Es más, la opción que se expresa en la disposición jurídica contenida en el decreto suele realizarse normalmente por otro órgano político que formula la propuesta con base en la cual el Rey decide.

Precisamente, y conectado con lo anterior, como es sabido, los decretos del Jefe de Estado son siempre refrendados, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 56.3 de la Constitución: *«La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo»,* salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.»¹⁰.

9. Por su parte, el artículo 64 se refiere a los sujetos competentes para refrendar los actos regios: *«1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso. 2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden».*

10. Como se ve, también se contempla en la Constitución una excepción a esa regla general, y se remite a los casos del artículo 64. Este último se refiere al nombramiento de los miembros civiles y militares de su Casa. Lo cierto es que, en la práctica, estos decretos de nombramiento de miembros de la Casa del Rey, también se han refrendado. TORRES DEL MORAL defiende la necesidad de refrendo a todos los actos regios, incluidos los que alberga la excepción constitucional. Su opinión aparece recogida en el artículo «La Corona», RDP, nº 36-37, monográfico sobre «La reforma constitucional», Madrid, 1987, págs. 303 y ss.

Como ya quedó dicho más arriba, el ejemplo más típico de decreto regio, y sin duda el de mayor relevancia, es el de nombramiento del Presidente del Gobierno. Esta facultad regia se reconoce, junto a otras en el artículo 62 de nuestro texto constitucional: «*Corresponde al Rey: ... d) proponer al candidato a Presidente de Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución*».

En el mismo artículo, se le reconocen otras facultades que ejerce también a través de los correspondientes decretos. De ello nos ocuparemos más adelante.

Por otra parte, es de señalar que, con el fortalecimiento de la figura del Presidente del Gobierno, algunos de estos decretos del monarca, consisten realmente en decisiones personales del Presidente, quien formula la propuesta de decreto que el Rey se limita a rubricar y solemnizar. Son, pues, materialmente, decretos presidenciales, actos deliberativos y decisorios del Presidente del Gobierno recubiertos por la firma de solemnización regia.

Estos decretos que llamamos, en sentido impropio, «presidenciales», atendiendo al autor efectivo de la decisión, aparecen insinuados en las disposiciones de la Constitución y en otras diversas leyes ¹¹.

Uno de los supuestos más conocidos y relevantes de decreto «presidencial» es el de disolución de las Cortes Generales y de convocatoria de elecciones. Del artículo 115 de la Constitución se desprende que es una facultad del Presidente del Gobierno, el cual debe consultar al Consejo de Ministros para después someter su decisión «bajo su exclusiva responsabilidad» a la firma regia. Además, la práctica constitucional española no deja duda al respecto. La facultad de disolver las Cortes y convocar elecciones se ejerce personalmente sin reparo ni disimulo alguno por el Presidente. El monarca, al estampar su firma, da vida formalmente a un decreto regio; pero, materialmente, lo que surge es un auténtico decreto presidencial.

Hay otros casos. Por ejemplo, el que se prevé en el artículo 75 de la Ley de Presupuestos 41/1994, 30-XII que autoriza al Presidente para «variar mediante RD dictado a propuesta de él mismo, el número, denominación y competencias de los Departamentos ministeriales». El Presi-

11. Ha advertido la existencia de estos decretos materialmente presidenciales LÓPEZ GUERRA, Luis, *Derecho Constitucional*, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pág. 151: «El nombramiento de los Ministros corresponde al Rey, a propuesta exclusiva del Presidente del Gobierno, y se efectúa formalmente por Real Decreto, refrendado por el Presidente: evidentemente no se trata de los Reales decretos acordados en Consejo de Ministros» a que se refiere el artículo 62 de la Constitución Española, sino de un auténtico «**Decreto Presidencial**».

dente, en uso de esta facultad establecida –dicho sea de paso,– en un texto legal claramente inadecuado para tal objeto–, dictó el Real Decreto 1161/1995, de VII. Es curioso que la misma redacción de la Ley 41/94, al «autorizar» al Presidente, y no al Jefe del Estado, refleje fielmente la importancia política real de este segundo dignatario.

En fecha reciente, inexplicablemente, se ha dictado por otro de esos decretos materialmente presidenciales una disposición que suple un olvido del constituyente. El Real Decreto 1455/1995, de 1 de septiembre establece la regla que ha de regir la suplencia del Presidente del Gobierno en caso de vacante, ausencia o enfermedad: «El Presidente del Gobierno será suplido por el Vicepresidente del Gobierno, según su respectivo orden de nombramiento y, en defecto de ellos, por los Ministros del Gobierno, según el orden de precedencia de los Departamentos ministeriales». No es necesario insistir en la importancia que puede llegar a tener este precepto que, a nuestro juicio se ha incorporado al ordenamiento constitucional español por una vía absolutamente anómala.

Volveremos sobre estos decretos de Jefatura del Estado para clasificarlos en razón de la eficacia jurídica de las disposiciones susceptibles de transmitirse a través de ellos.

3. Decretos del Gobierno; los decretos subrepticios

También firmados por el Jefe del Estado, estos otros decretos presuponen siempre, por su propia naturaleza, un acuerdo del Consejo de Ministros. A diferencia de los anteriores, en este caso lo relevante y definitorio es el *acuerdo del Consejo de Ministros*, titular de la competencia que se ejerce al emitir el decreto de que se trate.

Sobre la importancia de los decretos del Gobierno en el sistema político español es de señalar su tendencia creciente. Como en la mayor parte de los de nuestro entorno, asistimos a un fortalecimiento notorio del órgano de dirección política colegial a cuyo Presidente, de alguna manera, va desplazándose de hecho la «soberanía» de los antiguos monarcas ¹².

12. En nuestros días el antes llamado «Ejecutivo» se alza a una condición de soberano que creíamos haber dejado históricamente atrás. Ver sobre esto GRIMM Dieter, «Tareas del Estado y lugar de la ley» en LÓPEZ PINA, Antonio, (recopilador), *Democracia representativa y parlamentarismo (Alemania, España. Gran Bretaña y Francia)*, Secretaría General del Senado, Madrid, 1994, pág. 27. Un estudio minucioso acerca del Gobierno en España es el de PÉREZ FRANCESCH, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993. También de este autor, tiene interés «Notas acerca del Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978. En especial su incidencia en el ejercicio de las potestades normativas», REP, n° 79, 1993.

Ello tiene lógicas consecuencias para el uso del decreto como instrumento dispositivo típicamente ligado a la Jefatura del Estado.

Así, la práctica constitucional nos muestra un Gobierno que no sólo dirige la política interior y exterior, ejecuta y ejerce la potestad reglamentaria, sino que, además, se subroga con frecuencia en la tarea legislativa del Parlamento ¹³, y, últimamente, incluso recurre al decreto en el contexto de los Presupuestos Generales del Estado (caso del D Ley 12/1995, de 28 de diciembre).

Numerosos factores han contribuido a esa posición hegemónica del mal llamado todavía por algunos «Poder Ejecutivo». Por una parte, es obligado hablar de la crisis de la institución parlamentaria en lo que se refiere a la tarea legislativa ¹⁴, propiciada, entre otras cosas, por la lentitud práctica de las actuaciones parlamentarias, la creciente complejidad

13. Véase RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel, «La problemática actual del Parlamento», REP, enero-marzo 1995; SANTAMARÍA, Julián, «El papel del Parlamento durante la consolidación de la democracia y después», REP, n° 84, 1994, pág. 9. También es interesante la obra colectiva, recopilada por GARRORENA MORALES, Angel, *El Parlamento y sus transformaciones actuales* (Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia), Tecnos, Madrid, 1990. En el artículo de SOTELO, Ignacio, «La crisis de la democracia», Pol. Ext., n° 47, octubre-noviembre de 1995, págs. 17 y ss. se llega a decir lo siguiente acerca de la situación que atraviesa la institución parlamentaria en nuestros días: «En ninguna institución es tan ingente, y había que decir alarmante, la distancia que separa la apariencia –depositaria de la soberanía nacional y eje central de la política del Estado– y su realidad, simple instrumento sancionador de decisiones tomadas en otros ámbitos: en las cúpulas de los partidos, en el poder ejecutivo, en los grupos sociales dominantes. Se constata un deslizamiento progresivo de su centralidad a otras instituciones...». Y más adelante, señala el mismo autor, «Si a este desplazamiento de la toma de decisiones del Parlamento a la cúspide de los partidos, organizaciones burocráticas... se añade la complejidad creciente de las modernas sociedades industriales, que exigen para cada política sectorial conocimientos específicos, la conclusión que se impone es que difícilmente se podrá prescindir de los expertos. De ahí el papel preponderante que en la preparación de las leyes ejerce la administración estatal, que dispone de un amplio número de expertos en cada campo... La elaboración de las leyes queda así en manos de la administración con la ventaja de que, además de contar con el conocimiento de unos expertos, obligados como funcionarios a asumir los criterios que se les indique, lo hacen de espaldas a la opinión pública... El grupo parlamentario que sostiene al gobierno no tiene ya otra función que, con los procedimientos parlamentarios previstos, llevar adelante lo que se decidió en otros ámbitos...».

14. «El Gobierno no sólo participa en el proceso legislativo, sino que ejerce funciones legislativas directamente, bien por propio derecho o en virtud de delegación. La delegación de facultades legislativas de la asamblea en el Gobierno se ha convertido e una manifestación universal de la época tecnológica, La transformación del Estado legislativo en Estado administrativo ha conducido a un cambio muy importante en la dinámica del poder. Las intervenciones gubernamentales en la vida social y económica se han incrementado en un grado jamás alcanzado. Constantemente pasan a la órbita de vigilancia y control campos que antes pertenecieron a la iniciativa privada». LOEWENSTEIN, Carl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 274.

del objeto de las leyes ¹⁵, la escasa cualificación técnica de los parlamentarios, o las exigencias de rapidez anejas al modelo de Estado social ¹⁶. Es el Gobierno quien, como poseedor de la información, de los medios y de los conocimientos técnicos especializados, puede hacer frente, con mayor rapidez y eficacia, a los problemas que se plantean. Así, mecanismos como la delegación legislativa, la legislación de urgencia, la deslegalización y la remisión normativa están a la orden del día ¹⁷, y, de este modo, ocurre en la actualidad que, como en épocas pasadas el decreto se perfila como instrumento dispositivo de primer orden ¹⁸.

Súmese a lo anterior, que la integración de España en una entidad supranacional con capacidad legislativa ha dado lugar al surgimiento de un nuevo campo de acción para el decreto del Gobierno. Como es sabido, el órgano de dirección política general es el máximo responsable del cumplimiento del Derecho comunitario en el Estado. Por eso, él es quien normalmente incorpora al ordenamiento español aquellas disposiciones comunitarias que carecen normalmente de eficacia directa, las Directivas. Esa adaptación se lleva a cabo de ordinario, aunque no siempre, por el correspondiente decreto del Gobierno, cuya función, como suele decirse en la exposición de motivos, es «transponer» la Directiva al ordenamiento jurídico español. En realidad, en estos casos, la tarea del Gobierno se limita a incorporar mecánicamente por decreto la disposición comunitaria de que se trate.

Pero obsérvese que estos decretos, contemplados desde la perspectiva de la eficacia jurídica que proyectan, al no estar subordinados a un ley previa interior que desarrollen, son auténticos decretos de significación legislativa. En definitiva, nos hallamos ante un nuevo espacio de expansión del decreto del Gobierno. Por la peculiaridad del objeto de tales decretos de «transposición de Directivas» nos referiremos a ellos llamándoles «decretos de adaptación europea».

15. Sobre la relación entre el Estado de partidos y sus efectos sobre el sistema político parlamentario véase GARCÍA PELAYO, Manuel, *El Estado de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, en particular, págs. 101 y ss.

16. Ya en 1972, Maurice DUVERGER se refería a este fenómeno. Véase su obra *Las dos caras de Occidente*, Ariel, Barcelona, 1972, en particular las págs. 196 y 198.

17. «Se elude a menudo la utilización de la ley recurriendo a la legislación delegada, al uso continuado de la potestad reglamentaria y al progresivo desplazamiento de competencias en favor de organismos supranacionales...». Cfr. SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 169. En el mismo sentido ver PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de Teoría constitucional*, 2ª edición, EDESA, 1987, pág. 128.

18. Cfr. FINER, Herman, *Teoría y práctica del Gobierno moderno* (trad. de Enrique TIERNO GALVÁN), Tecnos, Madrid, 1964, págs. 640 y ss.

Por último, en el régimen político actual, el Presidente del Gobierno se sitúa ya muy lejos de la figura de un *primus inter pares* y se asemeja más a un Jefe de Estado en el originario sentido francés del término. Es él quien de hecho disuelve las Cortes, convoca elecciones, nombra y releva ministros, crea y suprime ministerios, y señala quién ha de sustituirle en su ausencia. Nadie niega hoy que, en la práctica, el Presidente del Gobierno es el eje del sistema político. Estos tintes presidencialistas se dejan notar con claridad, incluso, en las campañas para elecciones generales, cada vez más matizadas por el protagonismo de las figuras aspirantes a la Presidencia. Como ha señalado algún autor se ha llegado hasta el punto de desvirtuar el objeto de la elección hacia una designación casi directa del candidato a la Presidencia del Gobierno ¹⁹.

Centrándonos en la configuración típica, diremos que a ellos se refiere el artículo 62 f) de la Constitución: «Corresponde al rey expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros...». Otros preceptos constitucionales contemplan también la figura del decreto del Gobierno. Así, el artículo 85: «Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de decretos legislativos». Artículo 86.1: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes». Artículo 116.3: «El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros». Junto a estos decretos y otros de parecida importancia, están todos los de carácter ejecutivo que establecen disposiciones reglamentarias.

Como ya hemos escrito más arriba, por inercia de la historia plasmada en el texto constitucional, estos decretos se siguen firmando por el monarca en primera persona, simulándose así que es éste el autor último de la disposición que se emite a través del decreto, que el Consejo se limita a someter a su consideración y firma. Así pues, los decretos del Gobierno, como antiguamente cuando el rey era cabeza del Ejecutivo, se expiden por el monarca, quien los firma, actuando así todavía como cabeza formal y, consiguientemente, portavoz más solemne de los acuerdos del Consejo.

Por otra parte, y como ya hemos señalado al hablar de los decretos del Jefe del Estado, éstos son refrendados siempre, ya por el Presidente del Gobierno o por uno de los ministros.

19. Acerca de la posición constitucional del Presidente del Gobierno en España nos remitimos a la obra de BAR CENDON, Antonio, *El Presidente del Gobierno en España (encuadre constitucional y práctica política)*, Cívitas, Madrid, 1983. Sobre la importancia del Presidente del Gobierno véase RUBIO LLORENTE, Francisco, «Los poderes del Estado», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, pág. 212, y también PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 583 y ss.

Sin perjuicio de ampliar más adelante nuestra explicación sobre la diversidad de los decretos en razón de la eficacia de las disposiciones a que dan existencia, creemos ha llegado el momento más oportuno para referirnos al indebido **no uso** de la forma del decreto en numerosas ocasiones. Aludimos con esto a todas aquellas decisiones del Consejo de Ministros que debiendo haber aparecido, en razón de su autor y contenido jurídico, como decretos del Gobierno se publican como «Acuerdos del Consejo de Ministros» por supuesta decisión de un ministro, secretario de Estado o subsecretario. Nos hallamos ante unos textos legales cuyo mejor apelativo sería el de decretos del Gobierno disfrazados o disimulados. Vienen siendo utilizados para emitir disposiciones generales o resoluciones singulares que, en lugar de promulgarse, como correspondería, por el Jefe del Estado y bajo la forma de decreto, presentan la apariencia de una «promulgación» por orden ministerial o resolución de órgano de rango inferior.

En realidad, en cuanto que suponen en un acto deliberativo y decisivo del Consejo de Ministros son auténticos decretos. Lo que ocurre es que se elude la forma correspondiente de decreto, que implica la promulgación por el Jefe del Estado.

El tema no es baladí y suscita no pocas cuestiones. Aparte la irregularidad de publicarse unos acuerdos por un órgano inferior y sin que haya habido promulgación propiamente dicha, con frecuencia las disposiciones que contienen son de primerísima importancia, pues llegan incluso, como veremos, a condicionar el contenido de una ley del Estado. Seleccionemos unas de entre las abundantísimas manifestaciones.

En 1981, una «orden» de Ministerio del Interior dispone la «publicación» de un Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 por el que se aprueban nada más y nada menos que los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Las disposiciones contenidas en este Acuerdo del Consejo de Ministros son de una importancia extraordinaria y tienen significación constitucional, por cuanto afectan a las relaciones fundamentales de sujeción entre gobernantes y gobernados, en el plano correspondiente del ejercicio de los derechos fundamentales. El acuerdo en cuestión contiene una declaración de derechos y deberes básicos de la policía.

Debe destacarse que, en su día, tal acuerdo motivó una fuerte polémica, que se tradujo en una interpelación al Gobierno por parte del grupo parlamentario socialista (BO de las Cortes Generales, nº 768-I). En ella se alegaba que con la orden y dicho «acuerdo» se había vulnerado el principio de reserva de ley establecido en los artículos 53.1, 81.1. y 104 de

la Constitución. La interpelación no tendría mayores consecuencias que la mera denuncia.

Otro de esos numerosos decretos disfrazados es el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de abril de 1985 por el que se establecen las bases del Plan Nacional de Formación Profesional. La decisión de publicación aparece también como una supuesta orden ministerial (O. 31-VII-1985).

También es digno de ser destacado, por la trascendencia del contenido, el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se reorganiza la I Región Militar. En este caso la publicación se hace por virtud de orden de 20-VI-1985 del Ministro de Defensa. Otro caso interesante es el de la orden de 2 de julio de 1987 por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de junio de 1987 por el que se revocan con carácter general determinadas condiciones restrictivas de las inversiones extranjeras en España.

Pero, sin duda, la manifestación que mejor muestra la pérdida absoluta del respeto a las formas y de la seriedad mínima exigible en la creación de las disposiciones es la orden ministerial de 20-II-1987. Por esta orden, el Ministro de Economía y Hacienda, se autoriza a sí mismo para aprobar y publicar en el Boletín Oficial del Estado una orden acordada en el Consejo de Ministros de 20-II-1987 que, a su vez, aprueba el Plan de Disposición de Fondos del Tesoro Público. Por si el despropósito anterior no fuera suficiente, a continuación, aparecen dos «normas» del citado ministro de Hacienda que desarrollan ese «acuerdo que aprueba el Plan...». Pero lo mejor del caso es que la fecha de estas dos disposiciones es anterior en un día (19-II) a la del Acuerdo del Consejo de Ministros (20-II). El asunto no tiene desperdicio: la disposición de desarrollo precede temporalmente a la disposición a desarrollar.

De hace pocas fechas es la Orden de 21 de febrero de 1996, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por la que se ordena publicar el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre integración de empleados de No-tarías en el sistema General de la Seguridad Social.

Además de estos casos y otros muchos que por comodidad podríamos denominar «órdenes decretales», hay otros de gravedad, si cabe, aún mayor. Se trata de los acuerdos del Consejo de Ministros que son «emitidos» por un órgano inferior a ministro: un secretario de Estado, un subsecretario o un Director General. Son los supuestos de resoluciones que disponen la publicación de lo determinado por Acuerdo del Consejo de Ministros.

Como ejemplos de estas resoluciones decretales podemos citar la de la Secretaría General de Comunicaciones de 27 de abril de 1993 por la

que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan Operacional de Extensión del Servicio Telefónico al medio rural para los años 93-96. O, también, la de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de 31 de marzo de 1993 por la que se ordena la publicación del «Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Económico y Social».

Un caso llamativo es el de la Resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas aparecida en el BOE de 20 septiembre de 1994, por la que «se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1994 por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997 sobre condiciones de trabajo en la función pública». Este acuerdo tiene una indudable eficacia legislativa, pues por él se establece toda una tabla de derechos y obligaciones de la Administración y trabajadores al servicio de la misma. Lo más grave de todo es que el Consejo de Ministros, o, si se prefiere, una «resolución de una Secretaría de Estado» condiciona parcialmente el contenido de las leyes de presupuestos de los años 1995, 1996 y 1997, funcionando así con el mismo valor que una disposición constitucional de señalamiento de contenidos legislativos ordinarios. De momento, el acuerdo mencionado ya ha surtido efecto. En la Exposición de Motivos del decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, dictado ante la devolución del proyecto de Ley de Presupuestos para 1996, se dice respecto a las retribuciones del sector público, que las medidas adoptadas se justifican por «la necesidad de dar cumplimiento a los acuerdos con los sindicatos sobre dicha materia». Dichos acuerdos son los que se recogen en la resolución antes indicada.

En realidad en estos casos estamos ante un acto deliberativo y decisorio del Consejo de Ministros que proyecta una indudable eficacia jurídica. Y por eso, la formalidad de estas disposiciones debiera haber sido la de un decreto²⁰. Y ello, pensamos, a pesar de lo que se establece en el impreciso y laxo artículo 24.3 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado:

«Los Acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros constarán en el acta de la sesión correspondiente, tanto cuando se refie-

20. VILLAR EZCURRA ha pretendido justificar esta estrambótica figura en que el contenido es un «reglamento *ad intra*». Sin embargo, aquí, hemos podido ver que las disposiciones que se contienen en muchos casos proyectan una eficacia jurídica que excede los límites de la que podría considerarse típica de las disposiciones «*ad intra*». Por otra parte, si así fuera, tampoco habría necesidad de publicación. Cfr. VILLAR EZCURRA, José Luis, «Decreto», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1995.

ran a los asuntos comprendidos en los números anteriores, como cuando no requieran la formalidad de decreto, pero que por su naturaleza, importancia o repercusión en la vida nacional, exijan el conocimiento y dictamen del Gobierno».

A nuestro juicio, este precepto no es de aplicación a los acuerdos de que venimos hablando. Se refiere a los supuestos en los que, por la importancia política de tal o cual asunto, se considera necesario un «informe o dictamen del Gobierno», y esto es algo distinto del ejercicio de facultades decisorias propias del Consejo de Ministros con la consecuente emisión de disposiciones jurídicas, creadoras de posiciones de atribución y vinculación en la ciudadanía. Este precepto es de aplicación a todos aquellos casos en que, correspondiendo la facultad decisoria a un ministro, éste decide por la importancia del asunto, someterlo previamente a la consideración y dictamen del Consejo, o éste mismo lo atrae a su conocimiento.

Pero ahora estamos ante una realidad distinta. Son acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros en el ejercicio de facultades que le son propias y que, al tener que expresarse en disposiciones con eficacia jurídica directa –sobre todo si son disposiciones generales– deberían aparecer como decretos ²¹.

Esta práctica política es objetable por más de una razón. Primeramente, porque se desnaturaliza, al falsearse, el concepto institucional de la «orden» o «resolución». Una orden ministerial carece de toda capacidad para imprimir fuerza jurídica a un acuerdo del Consejo de Ministros. No existe equivalencia entre ellas y aquellas disposiciones antiguas dictadas por los ministros «de orden de S.M.» que en realidad eran decretos ²².

Por otra parte, y ligado con lo anterior, aparece el problema de la fuerza jurídica de esos decretos disfrazados. En principio, lo dispuesto por resolución podría derogarse por otra orden o resolución. Pero parece absurdo que una decisión de un secretario o un subsecretario de Estado, pueda dejar sin efecto nada menos que lo dispuesto por el Consejo de Ministros.

En nuestra opinión, esos acuerdos del Consejo tienen la misma fuerza que un decreto ²³, y deberían haberse revestido de esta formalidad. Por

21. LÓPEZ CALVO se ha referido a este tipo de acuerdos del Consejo de Ministros, y señala que se suele dictar uno cada diez días. El autor se limita a dar cuenta de la existencia de estos acuerdos aprobados por resolución y pasa por alto el análisis de la figura, la justificación y los problemas que su existencia plantea. Cfr. LÓPEZ CALVO, José, *Organización y funcionamiento del gobierno*, tecnos, Madrid, 1996, pág. 379 y ss.

22. Sobre el origen de la «orden» véase GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, pág. 289.

23. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 1975: «Cuando la Ley señala en el primer lugar de la escala jerárquica de las disposiciones

tanto, sólo pueden derogarse por el correspondiente decreto u otro acuerdo tan anómalo como el primero; con la particularidad, incluso, de que habiendo sido éste publicado por «orden», el segundo lo fuese por un «resolución». La situación sería entonces casi cómica.

Como ya se viene anunciando, a juicio de quien suscribe estas líneas, una solución plausible es la creación de un instrumento dispositivo propio del Gobierno y de su Presidente para todos aquellos supuestos en los que la promulgación por el Jefe del Estado pueda considerarse prescindible, y que como se ha anticipado ya, podría llamarse, con precisión «decreto presidencial», pues, en última instancia, y conforme a las connotaciones más clásicas de la idea de decreto, es el Presidente quien discierne y resuelve con la última palabra. Esta solución permitiría establecer un sistema de producción dispositiva más coherente con el sistema político actual. Volveremos al final sobre este punto.

4. Apariencia externa de los decretos

A diferencia de lo que ocurre con las leyes, los decretos no observan siempre la misma apariencia externa. Y tampoco parece que las variaciones se atengan a criterios fijos. La única que se observa por igual en todos los decretos es la fórmula que se emplea para lugar y fecha «*Dado en Madrid a ...*», y, seguido, JUAN CARLOS REY. Seguidamente, bajo la firma del rey, a la izquierda, el refrendo.

En algunos casos, cuando el decreto es dictado por el Jefe del Estado sin mediar propuesta del Consejo de Ministros, la fórmula promulgatoria suele referirse al precepto constitucional donde se establece la facultad regia que se ejerce al dictarse el decreto. Así tenemos, por ejemplo, un real decreto por el que se nombra al Secretario general de la Casa de S.M. el Rey: «*En virtud de lo prevenido en el artículo 65, apartado 2, de la Constitución, y conforme a lo dispuesto en los artículos 10.1 y 9.3 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, vengo en disponer...*».

Por su parte, en el caso de los decretos adoptados por el Consejo de Ministros, las fórmulas que se emplean son variadas. Por ejemplo, en el de los decretos aprobatorios de reglamentos, se suele emplear la siguiente: «*En su virtud, a propuesta del ministros de ..., de acuerdo con el Consejo de Estado, y previo acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión de ...; DISPONGO:*»; y, a continuación, el texto articulado del reglamento.

administrativas a los Decretos, alude al órgano del que emanan, siendo secundario o indiferente que revistan o no la forma de Decreto a efectos de respetar el principio de jerarquía normativa; lo importante es que la disposición o acuerdo emane del Consejo de Ministros».

Otras veces, no se hace referencia a un acuerdo del Consejo de Ministros, ni tampoco a una facultad regia, sino a que ha existido «deliberación del Consejo de Ministros» sobre la propuesta formulada por uno o varios ministros. Por ejemplo: «*En su virtud, a propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos exteriores, de Defensa, de Economía y Hacienda, del Interior, de Industria, Comercio y Turismo, de Agricultura, Pesca y Alimentación y Cultura, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión de ..., DISPONGO:...*».

Las fórmulas promulgatorias de los decretos han merecido la crítica de algún autor. Concretamente, FANLO LORAS nos dice que «la fórmula promulgatoria de las distintas modalidades de decretos no deja lo suficientemente clara la potestad normativa ejercida por el Gobierno»; y sigue más adelante: «En primer lugar, no deja de sorprender que se utilicen las mismas fórmulas que durante el régimen franquista, y por arrastre, durante la etapa de restauración monárquica previa a la aprobación de la actual Constitución. Y la sorpresa se ve aumentada si se examina con detenimiento la literalidad de las expresiones empleadas y se contrasta con las actuales previsiones constitucionales relativas a la «expedición de los Decretos acordados en el Consejo de Ministros».

Lo cierto es que no se sabe muy bien qué sentido debe darse al verbo «expedir». A juzgar por el nuevo esquema de relaciones interorgánicas, «expedir» viene a ser algo así como «declarar la existencia de...», y no «promulgar», que presupone un acto de potestad, que de hecho se realiza por el Presidente del Gobierno, quien posee voto de calidad y es el portavoz nato de los acuerdos de «su» Consejo de Ministros.

Tal vez, la importante modificación que la Constitución ha operado en la posición política del Jefe del Estado debiera haberse reflejado convenientemente en las fórmulas promulgatorias ²⁴.

Téngase en cuenta que la finalidad de las fórmulas promulgatorias, consiste, entre otras cosas, en proporcionar una cierta información sobre el origen de la disposición promulgada: quién es el autor; quién interviene en el proceso de elaboración; en ocasiones, incluso, la titularidad de la soberanía ²⁵. Por eso, el observar unas fórmulas promulgatorias que falseen el autor y el procedimiento, además de no ser de ninguna utilidad,

24. Cfr. FANLO LORAS, Antonio, «La expedición por el Rey de los decretos», en *Home-naje al profesor Eduardo García de Enterría*, III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1961 y ss. Sobre el valor de las fórmulas promulgatorias puede verse PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 801.

25. «Esas fórmulas, sobre cuya necesidad y utilidad es ocioso insistir, en su brevedad lacónica y estilo de rancio sabor rebosan de significación jurídica, son como estelas que situadas convenientemente en los textos normativos, transmiten una rica información sobre

lleva a la confusión, al contribuir a dibujar un cuadro falso del proceso de producción de las disposiciones e inadecuado a la realidad del nuevo orden constitucional.

5. Tipología de los decretos en razón de la eficacia jurídica

A continuación, clasificamos los distintos tipos de decretos atendiendo a la eficacia de las disposiciones susceptibles de ser emitidas a través de los del Jefe del Estado y los del Gobierno.

5.1. *Decretos del Jefe del Estado*

5.1.1. *Decretos de significación constitucional*

Son aquellos decretos regios cuyo contenido ordenador proyecta su eficacia sobre las relaciones fundamentales de potestad y sujeción entre gobernantes y gobernados.

Un caso claro y reciente es el RD 1455/ 1995, de 1 de noviembre (BOE 2 de noviembre). Recuérdese que a él nos referimos al hablar de los decretos «presidenciales» en sentido impropio. Establece la regla que ha de observarse para la sustitución provisional del Presidente del Gobierno, en los casos de vacancia de la Vicepresidencia.

Más frecuentes son los supuestos de decretos regios de ordenación constitucional concreta, es decir, de aquéllos que afectan a casos o personas determinadas. El más relevante de estos, y también de todos los decretos regios, es, sin duda, el decreto de nombramiento del Presidente del Gobierno. Además, la autoría de este decreto de nombramiento viene reforzada por la previa intervención del monarca en el proceso de designación del candidato a la investidura. Si bien es cierto que hasta la fecha las urnas han señalado un candidato claro, en un hipotético caso de empate la intervención regia adquiriría una gran importancia.

También forman esta categoría de los constitucionales los decretos regios de nombramiento de los ministros, presidentes autonómicos, o el decreto de disolución de Cortes y convocatoria de nuevas elecciones, o de convocatoria de referéndum constitucional.

cuestiones tales como quién es el titular de la soberanía, cuál es la posición de los órganos constitucionales que intervienen en el *iter* legislativo de aprobación de las normas, esto es, quién y cómo ejerce la potestad normativa, quién aprueba, sanciona y promulga las leyes, a qué condiciones se sujeta la potestad normativa ejercida por el Gobierno, cuáles son en definitiva, los títulos jurídicos en virtud de los cuales se ejerce la potestad normativa», en FANLO LORAS, Antonio, *op. cit.*, págs. 1961 y 1962.

Ya sabemos que, aunque formalmente son decretos que dicta el rey como portavoz más solemne del Estado, la opción que se ejerce a través del decreto suele ejercitarse previamente por otro órgano constitucional, sobre cuya propuesta el monarca dicta su decreto. Dicho eso, no debe desconocerse la influencia que en ocasiones ha ejercido la suprema magistratura del Estado en la adopción de algunos de estos decretos.

5.1.2. *Decretos de significación legislativa*

Llamamos así a los que sirven de vehículo a la emisión de disposiciones legislativas, es decir, aquellas que establecen o inician el establecimiento de derechos y obligaciones con carácter general.

En la actualidad no existen decretos del rey con significación legislativa. Una de las novedades que presenta el actual orden constitucional con respecto a la tradición española es la atribución de la facultad legislativa a las Cortes, y no a las Cortes con el Rey, según el modelo decimonónico español. Así, en el artículo 66-2º CE se establece que: «*Las Cortes ejercen la potestad legislativa del Estado...*».

Sin embargo, es de señalar cierta falta de coherencia en el texto constitucional. No se entiende bien cómo después de asignarse exclusivamente la facultad legislativa a las Cortes, se atribuye al monarca la sanción: «*Corresponde al rey la sanción y la promulgación de las leyes*» (art. 62 a) CE); «*El rey sancionará en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación*» (art. 91.1 CE). Como se sabe, históricamente la sanción presupone el reconocimiento de un grado de participación decisoria en la adopción del texto. Por eso, si el rey realiza una auténtica sanción estamos hablando de una potestad legislativa compartida. Pero si la firma regia de las leyes es un trámite de rutina que no debe entenderse como una adhesión de consentimiento al de las Cortes, y así ha venido siendo en la práctica constitucional, no puede hablarse propiamente de sanción.

Por eso, a diferencia de lo que hemos podido ver al estudiar otras épocas de la historia de España, no hay ya decreto sancionador de textos legales.

Por otra parte, al excluir al Rey de toda iniciativa legislativa, atribuida ahora al Gobierno como complejo formado por los ministros con el Presidente del Consejo, se entiende que haya desaparecido el decreto, frecuente en la historia de España, por el que el Jefe del Estado autorizaba a su Consejo de Ministros para presentar en las Cortes un proyecto de ley.

5.1.3. *Decretos regios de significación ejecutiva*

Son los más abundantes. Contienen resoluciones sobre personas o grupos de personas concretas.

Los más típicos son los de nombramientos y ceses que no presuponen el acuerdo del Consejo de Ministros: por ejemplo, de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Han de situarse también en esta categoría los que dicta el monarca en el ejercicio de ese poder organizativo interno que posee, como se reconoce en el texto constitucional, en el ámbito de su Casa. Según se establece en el artículo 56.3 en relación con el artículo 64 CE, en estos supuestos el monarca actúa libremente, y por tanto no rige para ellos la exigencia del refrendo. Sin embargo, en la práctica se los ha venido refrendando igualmente.

También forman parte de este grupo, como hemos dicho, los decretos de concesión de títulos, honores y distinciones que no requieren el concurso decisorio del Consejo de Ministros. Valga como ejemplo el RD 323/1995 de 3 de marzo por el que S.M. el Rey concede a título vitalicio a su hija, Su Alteza Real la Infanta Doña Elena, la facultad de usar el título de Duquesa de Lugo:

«En atención a las circunstancias que concurren en Mi muy querida Hija Su Alteza Real Doña Elena de Borbón. Infanta de España, con ocasión de su matrimonio y como prueba de Mi profundo afecto y cariño,

*He tenido a bien concederle, con carácter vitalicio la facultad de usar el título de Duquesa de Lugo...»*²⁶.

5.2. *Decretos del Gobierno*

5.2.1. *De significación constitucional*

En el texto constitucional de 1978 se atribuye al Gobierno entendido como colegio ministerial la facultad de emitir algunas disposiciones que afectan a las instituciones políticas del Estado o a las relaciones fundamentales entre gobernantes y gobernados. Son de varios tipos los decretos del Gobierno susceptibles de encuadrarse en esta categoría.

Citemos primeramente los decretos de emergencia previstos en el texto constitucional. Concretamente, el decreto del Gobierno declarando el estado de alarma, que está contemplado en el artículo 116.2 CE:

26. La disposición puede verse en el BOE nº 54 de 4 de marzo de 1995.

*«El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante **Decreto acordado en Consejo de Ministros** por un plazo máximo de quince días (...). El decreto determinará el ámbito territorial al que se extiendan los efectos de la declaración.»*

También se prevé que por decreto se declare, en su caso, el estado de excepción:

*«El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante **decreto acordado en Consejo de Ministros...**» (artículo 116.3 CE).*

Teóricamente, podría tener también significación constitucional el decreto dictado en el ejercicio de la facultad de tutela atribuida al Gobierno en el artículo 155.1.

«Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución y otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.»

Por ejemplo, es evidente la significación constitucional cuando las medidas adoptadas consistieran en la suspensión del Estatuto, o disolución o suspensión de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas ²⁷.

Parecida a la del supuesto anterior, pero tocante a la autonomía local, es la facultad que se otorga al órgano gubernamental en el artículo 61 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril): *«El Consejo de Ministros, a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o a solicitud de éste, y en todo caso previo acuerdo favorable del Senado, podrá proceder, mediante Real Decreto a la disolución de los órganos de las Corporaciones Locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales.»*

Por otra parte, también dicta el Gobierno decretos constitucionales de ordenación concreta. Un caso típico es el de nombramiento del Delegado del Gobierno para la dirección de la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 154).

²⁷. Téngase en cuenta que el ejercicio de la facultad contemplada en ese precepto sólo tiene sentido para casos muy graves, lo que hace suponer que las medidas vayan más allá de una posible persecución penal promoviendo la acción del Ministerio Fiscal.

5.2.2. *Decretos de significación legislativa*

Son los que contienen disposiciones generales que suponen el ejercicio de una potestad de imperio en cuanto que establecen o inician el establecimiento de mandatos generales y susceptibles de aplicaciones reiteradas para un número indefinido de personas y de hechos.

Ya sabemos que, en principio, en nuestro orden constitucional la facultad legislativa está atribuida a las Cortes (art. 66 CE), que la ejercen a través del instrumento dispositivo que les es propio: la ley, expresión de la voluntad popular, según la mítica y consagrada fórmula.

Sin embargo, este principio general conoce importantes excepciones. En muchas ocasiones el Gobierno ejerce la potestad legislativa por decreto, emitiendo disposiciones equivalentes a las de una ley parlamentaria.

En términos generales, la crisis del Parlamento y la prepotencia del Gobierno en el régimen constitucional actual han supuesto una importante expansión del ámbito del decreto en lo referente a la actividad legislativa ²⁸.

Atendiendo a los distintos procedimientos de emisión, podemos distinguir los tipos siguientes de decretos legislativos: delegados (decretos-legislativos conforme al lenguaje constitucional, de urgencia (decretos leyes) o independientes.

Como apreciará el lector, de todas estas categorías nos limitamos a dar una visión muy general, pues su estudio pormenorizado ha sido ya realizado por diversos autores, y no creemos oportuno repetir aquí todo lo dicho y bien dicho. Recuérdese que el objeto de esta obra es la visión general del decreto como instrumento dispositivo.

A. Decretos legislativos delegados (decretos-legislativos)

a. Aproximación conceptual

Son los decretos cuyo contenido ordenador versa sobre materias reservadas al Parlamento y se dictan por el Gobierno en el ejercicio de una previa delegación de las Cámaras, teniendo, por ello, la misma fuerza que una ley de Cortes ²⁹.

28. Nos remitimos a lo dicho al tratar de los presupuestos constitucionales.

29. Además de las obras que se citan a lo largo de esta exposición, para unas nociones generales del fenómeno de la delegación legislativa en el actual régimen constitucional español pueden consultarse las obras y artículos doctrinales siguientes: DE LA QUADRA-SALCEDO,

En la España actual esta categoría de decretos gubernamentales se encuentra recogida en los artículos 82 a 85 del texto constitucional. Concretamente, dice el artículo 82:

«1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse el Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que haga de ella el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control».

Tomás, «La delegación legislativa en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, I, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 357 y ss.; PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 94 y ss.; Balaguer CASTEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, II, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 85 y ss.; ANGULO RODRÍGUEZ, Edmundo, «Delegaciones legislativas tras la Constitución Española de 1978», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Institutos de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 185 y ss.; ENTRENA PALOMERO, Carlos José, «La Constitución española y el control de la legislación delegada», en *AVV, La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979; JIMÉNEZ CAMPO, Jaime, «Decreto-legislativo», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 1936 y ss.; VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

Así pues, la autorización de las Cortes ha de hacerse a través de la correspondiente ley de delegación, que no es sustituible por un decreto-ley. Tampoco cabe la delegación por ley de Comisión (art. 75.3 CE) ³⁰. Además, debe precisar el objeto y alcance de la autorización, y el plazo para ejercerla (párrafos primero y tercero del artículo 82). Por eso, no caben los apoderamientos globales o generales, ni se los puede otorgar por tiempo indefinido ³¹. Los decretos que excedan los límites establecidos en la ley delegatoria incurrirán en vicio de invalidez por ser *ultra vires*, pudiéndose declarar su nulidad por los órganos jurisdiccionales.

Según cuál sea el objeto de la delegación, ésta habrá de hacerse a través de una ley de bases o una ley común. Para el caso de la primera, la Constitución prevé unos límites adicionales: que no puede autorizar su propia modificación, ni facultar para la aprobación de disposiciones con carácter retroactivo (artículo 83 CE).

Pero, además de los límites de naturaleza procedimental, la Constitución contempla otros materiales: la delegación no podrá realizarse para regular materias reservadas por el artículo 81 a la ley orgánica. A este límite deben sumarse aquéllos casos para los que la Constitución prevé un procedimiento específico y más exigente para su regulación: por ejemplo los presupuestos generales del Estado y las leyes de armonización.

De otra parte, atendiendo al objeto de la delegación, pueden distinguirse dos tipos de decretos legislativos. Primero, los que tienen por objeto la refundición de textos legales en uno solo. Su finalidad es reconducir a unidad la normativa dispersa y fragmentaria. En este caso, como ha señalado DE OTTO, el Gobierno se encuentra sujeto, no a directrices fijadas por las Cortes en la ley, sino a la propia normativa legal vigente que debe refundir, y que no puede modificar salvo para mejoras técnicas y eliminación de contradicciones ³². Por eso, bastará con una ley ordinaria de las Cortes para realizar la delegación. El segundo tipo supone la autorización al Gobierno para dictar *textos articulados*. En este caso la labor creadora y ordenadora del Gobierno es mucho más importante, pues la

30. Las comisiones legislativas actúan en virtud de una previa delegación de las Cámaras, y según la conocida máxima *delegatus delegare non potest*.

31. Veremos más adelante, al hablar de la práctica constitucional española del decreto legislativo, cómo en una ocasión se ha empleado esta figura de la delegación para hacer un apoderamiento general al Gobierno: exactamente para adaptar la legislación española a la comunitaria. En general, sobre las estrictas condiciones de la delegación y los límites materiales a los que está sujeta constitucionalmente, véase DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás, *op. cit.*, págs. 370 y ss.

32. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2ª edición, 1988, pág. 181 y ss.

autorización de las Cortes es para innovar el ordenamiento jurídico, dictar disposiciones con rango de ley conforme a unas ideas matrices formuladas en la ley de delegación.

Por otra parte, en el sistema constitucional español se prevén determinados controles para los decretos legislativos delegados. En primer lugar, las Cortes podrán establecer en la propia ley de delegación los que consideren oportunos. Además está el control jurisdiccional, que, en principio, como se trata de disposiciones con rango de ley, corresponde al Tribunal Constitucional (art. 163 CE). La doctrina discute si, en los casos de exceso de la delegación (*ultra vires*), las disposiciones no amparadas por la autorización tiene rango reglamentario y por tanto pueden ser directamente inaplicadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios. Esta última es la tesis defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA³³, que ha sido seguida en más de una ocasión por el Tribunal Constitucional: «el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria» (STC 47/1984). La contraria es entender que los tribunales ordinarios no pueden inaplicar por sí mismos los decretos legislativos que hayan incurrido en actuación *ultra vires*³⁴.

b. Práctica

Es de señalar que, en principio, en nuestro actual régimen constitucional, la técnica de la delegación legislativa se ha venido ajustando más o menos a la previsión constitucional.

La anomalía más frecuente en el empleo de este método de legislación gubernamental es la extralimitación. Nos remitimos a lo dicho al hablar del control sobre este tipo de irregularidad.

Mención aparte merece un supuesto de delegación que se aproxima más a una *delegación genérica, en blanco*, que a la prevista en el texto constitucional. Nos referimos a la Ley de Bases 47/1985, de 27 de di-

33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 278 y ss.

34. Esta es la posición defendida, entre otros por JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Control jurisdiccional y parlamentario de los decretos-legislativos», RDP, nº 10, 1981, págs. 77 y ss. Sígase la discusión doctrinal en DE OTTO, Ignacio, *op. cit.*, págs. 189 y ss. La publicación más reciente sobre el tema es la de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Los controles de la legislación delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. También ofrece abundante información sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos legislativos GARCÍA TREVIANO, Ernesto, «Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos-legislativos», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1991.

ciembre, dictada con motivo del ingreso de España en las Comunidades Europeas. Por dicha ley de bases, las Cortes Generales autorizaron al Gobierno para dictar disposiciones con rango de ley cuyo objeto fuera adecuar el ordenamiento jurídico español al europeo ³⁵. Veamos algunos aspectos curiosos que presenta esta delegación.

Nótese en primer lugar que esta ley de bases resulta peculiar incluso en su estructura. Así, el texto que precede a la parte dispositiva lleva por título «Dictamen», denominación ajena absolutamente a la técnica legislativa en España, donde lo usual es singularizar esta parte del texto como «exposición de motivos» o «preámbulo». Pues bien, en dicho «Dictamen» se justifica la amplia delegación, citando los casos similares de otros países al incorporarse a esta organización supranacional: «Similares razones de urgencia y seguridad jurídica aconsejaron a los Estados miembros de la Comunidad adheridos, con ocasión de anteriores ampliaciones, la instrumentalización de amplias delegaciones legislativas a los respectivos Gobiernos...». Y sigue el citado «Dictamen»: «El volumen del acervo comunitario en el momento de la adhesión de España, muy superior al vigente en anteriores ampliaciones, y la notable reducción del plazo entre la firma del Tratado de Adhesión y su entrada en vigor, hacen aún más necesario en el caso de España delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 82 de la Constitución.»

En el artículo 1º de la ley de bases se dice lo siguiente: «Para el cumplimiento de las obligaciones que España asumirá por su ingreso en las Comunidades Europeas, al amparo del artículo 82 de la Constitución, se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley en el ámbito de las competencias del Estado, sobre las materias reguladas por las leyes incluidas en el anexo (ahí figura un listado de –nada menos– treinta y seis leyes), a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario y en la medida en que tales materias resulten afectadas por el mismo, así como sobre materias objeto de normas comunitarias vigentes el 6 de noviembre de 1985, que exijan desarrollo por ley y no se hallen actualmente reguladas (se trata de una lista de 70 disposiciones comunitarias –66 Directivas entre las del Consejo y las de la Comisión y 4 Decisiones–) ³⁶.

En fin, como se ve, en este caso, la amplitud de la delegación legislativa, sin señalar directriz alguna sobre cada materia y sobre una variedad

35. MONTORO CHINER, María Jesús, «Integración Europea y creación del Derecho», RAP, nº 128, mayo 1992, págs. 150 y ss. Ha estudiado este caso DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás, *op. cit.*, págs. 383 y ss.

36. La disposición citada puede verse en el BOE número 312, 30 de diciembre de 1985.

importante de asuntos, hace que nos encontremos más ante una autorización en blanco que ante un decreto-legislativo de los que se prevén en el texto constitucional.

Para concluir, es de señalar que junto a las leyes de bases, hay también leyes de delegación, más o menos en blanco, y disposiciones finales de ciertas leyes comunes en las que se autoriza al Gobierno para establecer por Decreto un texto refundido o, por lo menos, determinar el grado de exigencia de las leyes anteriores.

Así por ejemplo, por la Ley 40/1981, de 18 de octubre se reguló el régimen jurídico de las Corporaciones Locales. En la disposición derogatoria se establecía lo siguiente: «*El Gobierno, en el plazo de un mes, presentará una tabla de vigencias*». A los dos meses se publicó el decreto del Gobierno (RD 3183/1981, 29 de diciembre) declarando qué artículos debían considerarse derogados por los preceptos de la citada Ley de Corporaciones Locales y cuáles en vigor. En conclusión, que sin mediar ley de delegación típica, ni ser formalmente el resultado un decreto-legislativo, por su eficacia nos encontramos ante un fenómeno equivalente al de la elaboración de un texto refundido.

B. Decretos legislativos de urgencia o decretos-leyes

a. Aproximación conceptual

Estos se dictan espontáneamente por el Gobierno, quien, atendiendo a razones de necesidad y urgencia, asume la función legislativa e invade por decreto el dominio reservado a las Cortes. Son provisionales hasta su convalidación, y adquieren con ésta la misma fuerza que si sus disposiciones hubieran sido dictadas por las Cortes ³⁷.

37. Aquí nos limitamos a trazar la panorámica actual del decreto en España. Mayor información acerca de esta concreta manifestación del decreto puede encontrarse, entre otras, en las obras siguientes: ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español» RAP, n° 106, 1985; BALAGUER CASTEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Vol. II, Madrid, 1992; CARRILLO, Marc, «El decreto-ley: ¿Excepcionalidad o habitualidad?», RCG, n° 11, 1987; CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Tres sentencias sobre el Decreto-Ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)» en AAVV, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985; DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 195 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Las Diputaciones permanentes y el control sobre el decreto-ley», RDP, n° 15, 1982; IDEM, «Decreto-ley», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1995; LAVILLA ALSINA, Landelino, «Sobre los decretos-leyes», en AAVV, en el *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Cívitas, 1989; SALAS HERNÁNDEZ, Javier, «Los Decretos-Leyes en la teoría y práctica constitucional» en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. I, Madrid,

La previsión de este tipo de decretos se encuentra en el artículo 86 del texto constitucional:

«1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho Electoral General.

2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. En Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el periodo anterior las Cortes podrán tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Con respecto a otras épocas, esta regulación constitucional presenta algunas novedades. Por primera vez se establece como presupuesto de hecho habilitante la «extraordinaria y urgente necesidad». No se habla ya de supuestos excepcionales: cuando no estén reunidas las Cortes, o cuando esté en juego la forma de Estado, como ocurría en la Constitución del 31. Pero tampoco se establecen unos términos tan amplios como los de la legislación de la época de Franco, donde bastaba la «urgencia» para recurrir al decreto-ley como mecanismo de legislación gubernamental.

Resulta además absolutamente innovadora la inclusión de una lista de materias vedadas al decreto-ley³⁸. Con esto, parece aún más clara la

Cívitas, 1991; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, Tecnos, 1988; SEGURA, Luis, «El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia de 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso RUMASA, RAP, nº 104, 1984; TRAYTER, José María, *Los límites materiales del Decreto-Ley en la Constitución*, Santiago de Compostela, 1988; F. de TROCONIZ MARCOS, Fernando, «Los decretos leyes en la constitución», *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 891 y ss.; y, VEGA GARCÍA, Agustín de, *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?*, colección «Jurisprudencia Práctica», Tecnos, Madrid, 1991.

38. Según parece, la idea de establecer un listado de materias se habría tomado del célebre constitucionalista italiano MORTATI, quien en la elaboración de la Constitución italiana

voluntad del constituyente de preservar el ámbito propio de la ley formal, y de restringir al máximo el recurso a la legislación por decreto. Más aún, en principio las materias que aparecen prohibidas debieran haber constituido una barrera de gran alcance por la amplitud de esos límites materiales: instituciones básicas del Estado, derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, régimen de las Comunidades Autónomas y Derecho Electoral General. Sin embargo, como veremos, estos límites se han interpretado en la práctica con gran flexibilidad.

También es novedoso el mecanismo de control que se establece sobre este instrumento dispositivo. Si en la Constitución del 31 este control se hacía *a priori*, como ya vimos, en el Régimen de Franco varió desde 1946. Si al principio se exigió una votación parlamentaria de convalidación, luego bastaría con «dar cuenta» a las Cortes previa apreciación de la urgencia por el Jefe del Estado y una Comisión parlamentaria.

Ahora, en la Constitución de 1978 se prevé que, en los treinta días siguientes a su promulgación, los decretos-leyes se someterán a debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados, convocándolo al efecto si no estuviera reunido, o en la Diputación Permanente.

En el régimen constitucional actual, el Congreso habrá de pronunciarse expresamente sobre su convalidación o derogación, pudiendo también en el plazo de treinta días tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. En el artículo 151 RC se regula el procedimiento especial y sumario para la convalidación de los decretos-leyes.

Dicho procedimiento de convalidación se inicia con la defensa del decreto-ley por un miembro del Gobierno. A continuación se celebra el debate, según las reglas de los de totalidad. Seguidamente, se procede a la votación. El acuerdo adoptado no tiene forma de ley, y el instrumento de comunicación del acuerdo es una resolución del Presidente del Congreso de los Diputados que se publica en el BOE.

Como ha señalado DE OTTO el juicio que lleva a cabo el Congreso de los Diputados, o en su caso la Diputación Permanente, es un juicio de «control» no equiparable al que se lleva a cabo por la jurisdicción constitucional: «El Congreso no se limita, como forzosamente ocurre con el control jurisdiccional, a examinar si se han respetado o no los límites constitucionales de la legislación de urgencia, sino que puede rechazar el

de 1947 hizo notar la oportunidad de incluir esa lista de materias vedadas a este instrumento dispositivo excepcional, aunque debe notarse que, después, no fue incluida en el texto de 1947 por las dificultades que entrañaba su formulación. Véase SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 45.

decreto-ley por cualquier razón. Incluidas cualesquiera consideraciones de índole política»³⁹.

Sobre el valor de la convalidación, el Tribunal Constitucional en su sentencia 6/1983 de 4 de febrero, ha declarado que no tiene la virtualidad de cambiar la naturaleza del decreto-ley, convirtiéndolo en ley formal. La convalidación es una homologación de la actividad legislativa gubernamental por la que el decreto-ley pierde su provisionalidad y adquiere firmeza (en el mismo sentido, entre otras, las sentencias 29/1982 y 111/1983).

Por otro lado, para el difícilmente previsible supuesto de que el acuerdo del Congreso de los Diputados fuera negativo, se viene entendiendo que tiene efectos derogatorios sobre el decreto-ley. Pero no puede olvidarse que una de las posibles eficacias del decreto-ley ha podido ser la derogación de disposiciones con rango de ley con lo que, en principio, la derogación del decreto dejaría un siempre indeseado vacío legal. Para este supuesto se viene entendiendo de aplicación la doctrina italiana, según la cual el decreto-ley, por su carácter provisional, no deroga la legislación anterior, sino que sólo la suspende, y, por eso, derogado el decreto la legislación recupera su vigencia.

En conjunto, la mayor novedad del actual régimen del decreto-ley estriba en el espíritu altamente restrictivo que late en la Constitución de 1978. Asoma, pues, en las líneas del texto constitucional la voluntad de minimizar las posibilidades de recurrir a esta figura, a sabiendas de que es típica de los períodos de gobiernos de hecho y de concentración de poderes. La experiencia del régimen político anterior, donde el abuso de esta figura fue notable, llevó al constituyente a establecer una regulación restrictiva, formulando límites materiales, temporales y procedimentales, además de un presupuesto de hecho habilitante literalmente drástico en sus términos: «extraordinaria y urgente necesidad»⁴⁰.

Sin embargo, en sus sentencias, el Tribunal Constitucional ha relajado las exigencias de los presupuestos materiales y límites constitucionales del decreto-ley⁴¹. La interpretación flexible, favorable en todo caso, al ejercicio dilatado de la «facultad» del Gobierno ha hecho de este instrumento dispositivo un «medio alternativo para la realización del programa gubernamental»⁴². Esto ha provocado que algún autor hable de au-

39. DE OTTO, Ignacio, *op. cit.*, pág. 204.

40. DE OTTO, Ignacio, *op. cit.*, págs. 195 y siguientes.

41. A la laxitud interpretativa del Tribunal Constitucional se ha referido TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 1992, pág. 303.

42. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El régimen constitucional del los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 48.

técnica «mutación contitucional» en la comprensión de la figura del decreto-ley ⁴³.

Primeramente, el TC ha entendido de forma muy amplia el supuesto de hecho habilitante, a saber: la extraordinaria y urgente necesidad ⁴⁴. Tan es así que, a nuestro juicio, se ha desvanecido lo extraordinario y excepcional:

Son abundantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se refieren a la «necesidad» como una «necesidad relativa», donde tendrían cabida las determinaciones dispositivas que fueran necesarias para «dar respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad actual» (STC 6/1986, 4 de febrero). Así, en el Fundamento jurídico 5º, dice el Tribunal:

«Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso *para dar respuesta a las necesidades cambiantes de la vida actual*, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Lo que quiere decir que la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un problema grave para el sistema constitucional o para el orden público (...) sino que *hay que entenderlo con mayor amplitud, como una necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales...*».

Además, el Tribunal Constitucional ha entendido la extraordinaria y urgente necesidad como supuesto que queda a la discrecionalidad del Gobierno. De esta forma, poco a poco, el TC ha creado un ambiente jurisprudencial propicio a la expansividad del decreto-ley, al reconocer expresamente que puede ser dictado tras un sencillo «juicio de oportunidad» (STC 29/1982, de 31 de mayo, STC 60/1986, 20 de mayo, y STC 166/1986, 19 de diciembre).

En suma, nos encontramos con que el TC, por una parte, ha venido a relativizar la necesidad de la que se habla en el art. 86 de la CE, y, además, ha cedido a la discrecionalidad del órgano gubernamental el juicio de oportunidad para apreciar dicha necesidad. Así, por vía jurisprudencial, el Tribunal ha consagrado la técnica del decreto-ley como legítimo instrumento sustitutivo ordinario de la ley, al que el Gobierno puede re-

43. PÉREZ ROYO, Javier, en *La distribución de la capacidad normativa...*, págs. 142 y ss. Por su parte de «desviación constitucional» habla SALAS, Javier, «Los decretos leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *op. cit.*, pág. 326.

44. Véase DE VEGA GARCÍA, Agustín, *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?*, colección «Jurisprudencia Práctica», Tecnos, Madrid, 1991.

currir sin más causa que la de estimar la conveniencia para lograr los objetivos ordinarios de gobierno. Por este cauce se produce la difusión del decreto como instrumento dispositivo de legislación, por el que se crea Derecho «sin padecer el tortuoso camino del procedimiento legislativo»⁴⁵.

Por otra parte, en lo que se refiere a los límites materiales al decreto-ley, también la labor del Tribunal Constitucional ha favorecido la expansión de este instrumento dispositivo, al interpretar de forma muy relajada los límites del artículo 86, en particular los relativos a derechos y libertades del Título I⁴⁶.

La sentencia con que se inicia esta interpretación expansiva es la de 2 de diciembre de 1983 (caso RUMASA): «La cláusula restrictiva del art. 86.1º de la Constitución –«no podrán afectar»– debe ser entendida de tal modo que ni reduzca a la nada el decreto-ley... ni permita que se regule el régimen general de los derechos y libertades del Título I...»⁴⁷.

En síntesis, puede decirse que el Tribunal Constitucional ha contribuido con su labor interpretativa a la difusión de la figura del decreto de urgencia.

Por su parte, la doctrina se divide en dos grandes grupos: aquellos que contemplan el decreto-ley como un instrumento más o menos ordinario de legislación, y los que, desde la consideración del carácter extraordinario de este instrumento dispositivo, critican duramente el uso abusivo que se en nuestros días se viene haciendo de la institución.

Los primeros justifican su postura en la legitimidad democrática del Gobierno, cuyas disposiciones legislativas adoptadas por decreto gozarían indirectamente de ese soporte de legitimidad. Aceptan el decreto-ley como un instrumento dispositivo alternativo a la ley, al que puede acudir

45. Parte de la doctrina ha criticado duramente esta expansión del ámbito del decreto por vía jurisprudencial. Véase el artículo de CARRILLO, Marc, «El decreto-ley: Excepcionalidad o habitualidad», RCG, nº 11, 1987. Por su parte, DE VEGA GARCÍA ha señalado lo siguiente: «La «teoría de la «necesidad relativa» que ha servido al TC para revestir jurídicamente su posición permisiva, se construye sin embargo sobre una argumentación que no se resiste a la crítica...». Cfr. DE VEGA GARCÍA, Agustín, *¿En qué casos...*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 14 y 15.

46. Sobre el tema de los límites materiales del decreto ley nos remitimos a la obra de TRAYTER, José María, *Los límites materiales del decreto-ley en la Constitución Española*, Santiago de Compostela, 1988; también son de interés ASTARLOA HUARTE MENDICOA, Ignacio, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», RAP, nº 106, 1985, págs. 87 y ss.

47. Véase el comentario a la sentencia citada de SEGURA, Luis, «El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia de 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso RUMASA», RAP, nº 104 mayo-julio, 1984.

el Gobierno cuando así lo estime oportuno para alcanzar sus fines de gobierno, sin necesidad de que concurren circunstancias extraordinarias.

Por ejemplo, dentro de ese grupo, SANTOLAYA MACHETTI apoyándose en MIRKINE GUETZEVICH –padre del parlamentarismo racionalizado–, afirma que en la actualidad, habida cuenta del origen democrático del órgano gubernamental y de sus mayores medios técnicos para legislar, no debe escandalizar el hecho de que éste sustituya sistemáticamente al Parlamento en la tarea legislativa: lo que importa, en definitiva, es la realización del programa electoral, y tanto Gobierno como Parlamento están legitimados para llevarlo a cabo: «la división de poderes en la actualidad sería la existente entre Gobierno en sentido amplio y oposición, y los instrumentos que garantizan la libertad de acción parlamentaria, la libertad de expresión, los medios de comunicación social y, en última instancia, los procesos electorales libres y competitivos mediante los cuales se puede invertir diariamente la dialéctica Gobierno-oposición»⁴⁸.

Por otra parte están quienes, aferrados al modelo liberal clásico de distribución de funciones, ven en el instituto del decreto-ley, un mecanismo de usurpación de las atribuciones parlamentarias sólo justificable por razones realmente extraordinarias y excepcionales (SALAS, CRUZ VILLALÓN, GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros)⁴⁹. Para estos autores, el recurso que en la actualidad se hace al decreto-ley es abusivo, y es signo de un ejercicio autocrático del poder.

Lo cierto es que, si nos atenemos al modelo clásico de división de poderes, la figura del decreto-ley supone una quiebra del principio rector de dicho modelo. Sin embargo, lo que hay que preguntarse, a nuestro juicio,

48. «Hoy no es defendible que el Parlamento sea el único órgano representativo y responsable ante el pueblo. Por el contrario, en todos los sistemas parlamentarios hay una tendencia a la consideración del Gobierno, y en concreto de su Presidente, como la figura central del sistema político, y de atribuirle la responsabilidad del cumplimiento del programa electoral de la mayoría parlamentaria, independientemente de que contenga en buena parte medidas legislativas. Tanto la Ley como el Reglamento son socialmente considerados más que en su aspecto de fuentes normativas distintas provenientes de sujetos diferentes uno de los cuales es “legítimamente democrático” y el otro “menos” o de “segundo grado”, como elementos de un programa que ha de ser desarrollado, y cuyo responsable último es el Presidente del Gobierno. Y precisamente porque el Gobierno es democráticamente responsable hoy no se puede seguir planteando la supuesta oposición entre los binomios Sociedad/Parlamento y Estado/Ejecutivo (...). La primera consecuencia de esta evolución en la concepción de la separación de poderes y del carácter social del Estado democrático es un claro aumento cuantitativo de la actuación del Ejecutivo a través de sus instrumentos normativos...» Cfr. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *op. cit.*, págs. 15 y ss.

49. La posición de estos autores se encuentra definida en las obras citadas a lo largo de esta exposición.

es si ese modelo no ha sido ya superado por la realidad. Según parece, el sistema político tradicional no basta para atender a las demandas sociales y políticas actuales. La atrofia de los 'Parlamentos'⁵⁰, la falta de cualificación técnica de sus componentes, la lentitud de los trabajos parlamentarios⁵¹, y la preeminencia de la voluntad del Gobierno en el procedimiento legislativo ordinario, son ya aspectos indiciarios de una crisis del citado modelo liberal. Mientras parte de la doctrina, más en un tono desiderativo que descriptivo, se aferra a los dogmas tradicionales, éstos se ven superados por el carril de lo fáctico. El nuevo soberano es el Gobierno, auténtico legislador, ya sea haciendo valer especialmente su voluntad en el procedimiento legislativo ordinario, ya sea plasmándola a través de decretos de «urgencia relativa»⁵².

Así, cabe decir que, en nuestros días, estamos lejos del decreto-ley como manifestación del principio «*salus rei publicae suprema lex esto*», y que más bien, el decreto de urgencia se nos presenta como un instrumento alternativo de legislación al que acudir por razones de conveniencia y comodidad. Pero esto se verá más claro en el apartado siguiente.

b. Práctica

Esta es la radiografía que de la práctica ha hecho PÉREZ ROYO: «Número alto de decretos leyes, dificultad para justificar el presupuesto de hecho habilitante en bastantes casos, regulación de materias no susceptibles de serlo por esta vía, instrumentación de procedimientos vedados al Decreto-Ley. La verdad es que tanto el marco general como el particular se han visto desbordados con frecuencia....»⁵³.

50. «Lo que el recurso al decreto-ley pone de manifiesto es la insuficiencia de las Asambleas para cubrir con rapidez y rigor técnico las urgencias que plantea la vida acelerada de la sociedad de nuestro siglo». Cfr. ASTARLOA HUARTE MENDICOA, Ignacio, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», en RAP, 1985, pág. 107.

51. Así es en realidad, no obstante lo establecido en los reglamentos de las Cámaras que regulan un procedimiento legislativo de «lectura única» que, al menos teóricamente, permitiría la aprobación de una ley en el brevísimo plazo de dos días. (Ver art. 150 RC y art. 129 RS).

52. «En la práctica apareció, de modo más o menos consciente la preeminencia de un poder que asumía la función de orientación política y de coordinación (...). La manifiesta simbiosis entre Parlamento y Gobierno significa la superación de la hipótesis de la superación de poderes tradicionalmente entendida (...). El juego de controles más que entre Gobierno y Parlamento se establece hoy entre mayoría y oposición, lo que trastoca muchos de los dogmas demoliberales que a fecha de hoy, la práctica ha dejado trasnochados...». Cfr. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado* (trad. por Pablo Lucas VERDÚ), Espasa-Calpe, Madrid, 1983, págs. 256 y 257.

53. PÉREZ ROYO, Javier, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en AAVV, *El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de*

Vemos pues que, a pesar de la contundencia y gravedad de la letra constitucional, en la práctica política se han obviado los límites que impone. Así describe TORRES DEL MORAL la realidad política del decreto-ley: los hay que carecen de exposición de motivos; que ordenan su entrada en vigor a los dos meses de la publicación; que disponen una delegación legislativa al Gobierno; que contienen la deslegalización de una materia; que afectan a los derechos constitucionales; que afectan al régimen autonómico; que regulan fragmentariamente una institución estatal tan básica como el Gobierno, etc.⁵⁴

De esta forma se produce una dilatación del ámbito propio del decreto-ley, que, en ocasiones, se emplea como instrumento alternativo de legislación gubernamental que permite al Gobierno evitar la siempre incómoda discusión parlamentaria.

La flexible interpretación del Tribunal Constitucional y la posición de la doctrina dominante, favorable a la expansión del decreto gubernamental, han hecho que en la práctica sea tan fácil como en la época política anterior este método de legislación por decreto. Por otra parte, si es que hacía falta alguna prueba más de la superación de la ley por el decreto del Gobierno, el reciente episodio de los presupuestos generales del Estado para 1996, prorrogados por decreto-ley, no ha dejado duda alguna.

Así, diremos que dos son las principales notas que caracterizan la práctica del decreto-ley en España: la relajación de la urgencia y extraordinaria necesidad y la expansividad del ámbito material del decreto-ley.

En cuanto a la primera, son abundantísimos los supuestos en que se acude al decreto-ley sin concurrir el requisito de la urgencia. Un ejemplo típico lo constituyen aquellos decretos-leyes que tras ser aprobados en Consejo de Ministros apelando a dicha urgencia han de esperar dilatados períodos de tiempo hasta su publicación⁵⁵. Valga como muestra el decreto-ley 10/1980, de 29 de agosto, que autorizaba un crédito extraordi-

Autonomía, Barcelona, 1985, pág. 135. También se ha referido al número excesivo de decretos leyes el profesor Marc CARRILLO en su artículo «El decreto-ley: Excepcionalidad o habitualidad?», RCG, n° 11, 1987, pág. 69. La posición más crítica con el uso que se viene haciendo de la institución de la decretación legislativa de urgencia es la de Javier SALAS, que lleva a cabo un estudio pormenorizado de los distintos abusos practicados a través de este instrumento dispositivo. Cfr. «Los decreto-leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid, 1991, págs. 267 y ss.

54. Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio, *op. cit.*, págs. 302 y 303.

55. «Un retraso notable en la publicación del decreto-ley obviamente desmentiría la urgencia de su adopción» en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, pág. 164.

nario para financiar la participación del INI en «SEAT» y «Babcock & Wilcox» y que no sería publicado hasta más de un mes después: en el BOE de 2 de octubre. Obsérvese además que, en este caso, la actividad usurpada a las Cortes consistía en autorizar o denegar un crédito extraordinario, no en elaborar un complicado y extenso texto legislativo, lo que hace suponer que se recurrió al decreto-ley para evitar posibles choques con la oposición parlamentaria, o sea, con fines claramente elusivos, y no por razones de urgencia.

Otro ejemplo de falta de premura justificadora del decreto-ley se encuentra en esos que prevén su entrada en vigor tras un periodo de tiempo más o menos largo después de su publicación. Esa tardanza, y, en su caso esa omisión, desmienten la urgencia justificadora del recurso al decreto.

Un ejemplo de lo que decimos es el DL 14/1981, 20 de agosto, publicado en el BOE de 29 de agosto por el que se rebaja a 64 la edad de jubilación. Se justifica en la urgencia el recurso al decreto-ley y, después, en la disposición final se establece la entrada en vigor transcurridos dos meses desde la publicación ⁵⁶.

En cuanto al requisito de la extraordinaria necesidad, es de notar que, al igual que ocurre con la urgencia, con frecuencia es inobservado por el Gobierno. Hay casos en los que la extraordinaria necesidad, e incluso la necesidad relativa para la realización de los fines de gobierno brilla por su ausencia; y, en algunos de ellos la utilización del decreto-ley puede calificarse de escandaloso. Obsérvese, si no, el DL de 18 junio de 1993 por el que se fijan las condiciones contractuales para la «adquisición de la colección de cuadros Thyssen-Bornemisza», o el 19/1993, de 10 de diciembre, de medidas urgentes para la «cinematografía» ⁵⁷.

Además, ha sido práctica habitual la de utilizar el decreto-ley para incluir los llamados «paquetes de medidas». A la sombra de esto se ha consolidado un vicio en el manejo de este instrumento dispositivo, consis-

56. Este caso ha merecido la atención de algún autor que no ha dudado en calificarlo de «escandaloso» precisamente por lo chocante de la urgencia con esos dos meses de aplazamiento. Ver ASTARLOA HUARTE MENDICOA, Ignacio, «Teoría y práctica del decreto ley...», pág. 121.

57. Abundantes decretos susceptibles de ser encuadrados en esta categoría, pueden encontrarse citados en ASTARLOA HUARTE MENDICOA, Ignacio, *op. cit.* pág. 121. También ZAFRA VALVERDE da noticia de algunos de estos decretos que responden claramente a la tendencia al alza de dilatar al máximo el uso de la vía del decreto. Concretamente, es llamativo el caso de los decretos leyes que se dictaron para cumplir cierto acuerdo firmado entre los sindicatos y la CEOE (ANE). Cfr. «La Constitución española extravagante», *La Ley*, nº 290, nov. 1981, págs. 1 y ss.

tente en aprovechar la necesidad de dictar un decreto-ley para, de paso, incluir en él disposiciones, que no están en absoluto conectadas con el tema del decreto, y que deberían por tanto haberse conducido por la correspondiente ley formal. Bajo esta perspectiva, el decreto ley se nos presenta como un sucedáneo de la «ley de medidas», o conjunto de disposiciones dictadas para hacer frente a circunstancias sociales, económicas o políticas transitorias. Tales decretos perentorios son difícilmente conciliables con la mínima seguridad jurídica exigible.

En segundo lugar nos referíamos a la expansividad del ámbito material del decreto-ley. A esa difusión del campo del decreto-ley se llega por varias vías: una primera es la lectura restrictiva que el Gobierno hace de las limitaciones materiales impuestas en el artículo 86 del texto constitucional. Como hemos visto esta interpretación obtendría desde un principio la aceptación del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la figura no se ha utilizado sólo para adoptar medidas «legislativas» provisionales, sino también para usurpar funciones parlamentarias que, con independencia de su vestidura formal, carecen de carácter materialmente legislativo, y están más conectadas con otras actividades parlamentarias: control financiero y salvaguardia de los derechos ciudadanos, entre otras. Así, por ejemplo, resulta escandaloso el elevado número de DDLL por los que el Gobierno se «autoconcede» créditos extraordinarios de cientos de miles de millones de pesetas –más de 900.000 millones de pesetas en 1992–.

Recordemos, como caso más clamoroso el DL 30-XII-1995, que es una especie de ley presupuestaria complementaria. Dada su convalidación en enero ¿qué valor tiene el rechazo del proyecto de ley de presupuestos? ⁵⁸.

En fin, con todo lo visto llegamos a la conclusión de que en nuestro días, el decreto-ley se maneja como un instrumento dispositivo ordinario, a través del cual el Gobierno interviene directamente en la actividad legislativa y ejerce atribuciones que constitucionalmente han sido encomendadas a las Cortes Generales o a una de sus Cámaras. Estamos ante una de las principales vías de difusión del decreto, que, según hemos visto, vendría impulsada por la hegemonía del órgano gubernamental en el sistema político y, como contrapunto, por el declive del órgano represen-

58. «La aprobación del Presupuesto por el Parlamento ha sido considerada históricamente como el acto de control más importante sobre la actividad del Gobierno (...). La importantísima función de control que corresponde a las Cortes en esta materia quedaría privada totalmente de contenido, sin que sirviera de paliativo alguno la intervención a posteriori del Congreso en orden a la ratificación de aquél.» Cfr. SALAS, Javier, *op. cit.*, pág. 299.

tativo por excelencia ante los nuevos retos que se plantean al sistema político.

C. Decretos legislativos independientes o residuales

Son los decretos del Gobierno que, como en casos anteriores, sirven de vehículo a disposiciones legislativas en razón de la eficacia, aunque formalmente se les otorgue un rango inferior a la ley. En cuanto implican un fenómeno de la imperación jurídica básica, estos decretos, en apariencia de orden secundario, se comportan como auténticas leyes en el plano de la eficacia, creando *ex novo* posiciones jurídicas de atribución y vinculación.

Sin embargo, y eso los diferencia de las categorías precitadas (decretos-leyes y decretos-legislativos), tienen formalmente rango reglamentario, de manera que sus disposiciones no pueden contravenir ni derogar las establecidas en disposiciones reconocidas como dotadas de fuerza de ley, y son fiscalizables por la jurisdicción ordinaria.

Por esa vía de los decretos legislativos independientes, el Gobierno, cada día, bajo apariencia de disposiciones de orden secundario, está creando derechos y obligaciones para la ciudadanía. Subrepticamente, extiende el alcance de su acción legislativa, disimulándola con la apariencia de «reglamentos».

Atendiendo al origen de estos decretos legislativos independientes, podemos distinguir varios tipos:

En primer lugar, aquéllos que se dictan en el ejercicio de la «remisión normativa implícita». El Parlamento, dominado por el partido del Gobierno, al elaborar la ley deja intencionadamente vacíos de regulación, dando tan sólo, y no siempre, alguna indicación muy general sobre la materia de que se trate. Tales vacíos de regulación habrán de ser posteriormente suplidos por la legislación gubernamental a través del correspondiente decreto. Por eso, dicho decreto, aunque se nos presente como una disposición reglamentaria, de desarrollo, en aquello que suple a la legislación parlamentaria se comporta como una disposición imperativa de primer grado. Ante tales vacíos, los reglamentos, desde el punto de vista de la eficacia de las disposiciones, vienen a desempeñar la función de auténticas leyes.

Otro caso parecido es el de los decretos dictados en materias en que se ha procedido a una deslegalización. En este caso, la operación previa que posibilita estos decretos consiste en trasladar al Gobierno, a través de una disposición con fuerza de ley, la facultad de regular una materia por

decreto ⁵⁹. La reserva absoluta de ley establecida para determinadas materias en el texto constitucional es el límite para las operaciones de remisión y deslegalización ⁶⁰.

Por otra parte, están aquellos decretos del Gobierno cuyo contenido ordenador, bajo la envoltura del reglamento, inicia el fenómeno de la imperación jurídica, pues no desarrolla una ley previa. Son los llamados por la doctrina «reglamentos independientes o autónomos». Tan abundantes son estos decretos legislativos independientes que se ha llegado a plantear toda una polémica en torno a su admisibilidad en el sistema dispositivo español actual.

En dicha polémica, los representantes de la ortodoxia liberal rechazan la posibilidad de esta figura en nuestro sistema jurídico: Los principios de división de poderes y de legalidad, exigencias básicas de la configuración del Estado de Derecho, vendrían a actuar, para estos autores, a modo de tope infranqueable que dejaría fuera los decretos legislativos independientes. Por su parte, otros autores, conscientes de la necesaria adaptación del modelo de producción dispositiva a la celeridad y complejidad técnica, han venido a admitirlos como exigencia de la superación de un modelo trasnochado, que deja paso a uno nuevo, caracterizado por la hegemonía del llamado, peor que nunca, «Ejecutivo». Para estos otros autores, el principio de legalidad no exige necesariamente que toda actuación gubernamental y administrativa tenga el soporte previo de una ley ⁶¹.

59. Sobre el concepto de deslegalización nos remitimos a lo dicho por DE OTTO, Ignacio, *op. cit.*, págs. 227 y 228. Véase también el artículo de TORNOS MAS, Javier, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la Jurisprudencia constitucional», RAP, 100-102, 1983, págs. 471 y ss.

60. Las raíces históricas de la reserva de ley se sitúan en el marco del dualismo jurídico típico de la monarquía alemana del siglo XIX. Como es sabido, bajo este sistema asentado sobre el «principio monárquico» el Parlamento y el monarca tenían repartido el ámbito material de la facultad legislativa. El primero dictaba leyes, y el segundo reglamentos, cada uno en sus respectivos campos materiales. Para prevenir que, ante la lentitud operativa del primero, el rey invadiera con sus decretos el ámbito de la ley, se creó un campo de materias «especialmente importantes» que sólo por ley podían regularse. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo español*, I, 2ª edición, EUNSA, Pamplona, 1993, págs. 1083 y ss. Sobre los orígenes históricos de la reserva de ley y sus manifestaciones en el texto constitucional español consúltese GARCÍA MACHO, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.

61. Baste con remitirnos a la obra de BAÑO LEÓN donde este autor desmonta uno por uno los argumentos esgrimidos por quienes niegan la posibilidad del reglamento independiente. BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente)*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 163 y siguientes., págs. 178 y ss.

En cualquier caso, estos decretos legislativos independientes han llegado a obtener incluso el visto bueno del Consejo de Estado y en alguna ocasión del Tribunal Supremo ⁶², quienes, por esta vía, han propiciado la difusión del decreto, en esta manifestación de potestad soberana.

Además, contienen también auténticas disposiciones legislativas aquellos decretos que bajo la cobertura reglamentaria, introducen disposiciones absolutamente novedosas, creando derechos y obligaciones para la ciudadanía. Son abundantísimos estos casos de excesos en la reglamentación.

Tenemos, por ejemplo, el Real Decreto 1119/1989, de 15 de septiembre, sobre el tráfico de embarcaciones especiales de alta velocidad en aguas marítimas españolas. En este caso, con el fin loable de combatir el contrabando, el Gobierno legisla sobre un aspecto que carece de apoyatura legal previa, y define incluso conductas sancionables. Esto último hace pensar que estamos ante un caso que rebasaría los límites de la reserva de ley. Pero es que, además, el decreto se refiere a una base legal inadecuada, (ley de 23 de diciembre de 1961) que se limitaba a habilitar al Subsecretario de la Marina Mercante para sancionar hasta el límite de 25.000 pesetas ⁶³. Otro supuesto es el del decreto por el que se regula la profesión de detective privado, sobre el que recayó sentencia del Tribunal Supremo el 20 de diciembre de 1988 el que regula la publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas en los medios dependientes del Estado o el que regula la autorización de armas de fuego: Real Decreto 2179/1981 de 24 de julio ⁶⁴.

Súmense a los anteriores todos los decretos aprobatorios de reglamentos de organización administrativa, que establecen disposiciones legislativas para los funcionarios y personal al servicio de la Administración. Tampoco en éstos, el contenido dispositivo significa desarrollo de una ley previa, sino que supone el ejercicio de una facultad propia del Gobierno y de la Administración. Lo mismo que los anteriores, tienen rango reglamentario, y sin embargo, en razón de la eficacia innovadora no subordinada en el ordenamiento jurídico, tienen una eficacia imperativa máxima.

62. Véanse los dictámenes del Consejo de Estado número 43.336, de 24 mayo y 46.310 de 12 de abril. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos remitimos a las Sentencias de 24 de noviembre de 1980 (ref. Aranz. 4597), 30 de noviembre de 1983 (ref. Aranz. 6849); 24 de mayo de 1984 (ref. Aranz. 3132).

63. El caso ha merecido la dura crítica de algún autor muy favorable a la hora de reconocer al Gobierno la facultad de dictar reglamentos independientes. Ver Baño LEÓN, José María, *op. cit.*, pág. 194.

64. Una crítica plausible a este supuesto se encuentra en GARCÍA CUADRADO, Antonio, *op. cit.*, págs. 254 y 255.

Por otra parte, últimamente, a partir de la incorporación de España a la organización supranacional europea, se ha formado un nuevo campo para los decretos legislativos independientes.

Como es sabido, una de las modalidades de creación dispositiva comunitaria son las Directivas. En principio, no son directamente aplicables en los Estados miembros, sino que obligan al Estado a adaptar su ordenamiento en un plazo determinado a lo que se dispone en las Directivas.

Por otra parte, como es sabido, el órgano gubernamental es el máximo responsable del cumplimiento del Derecho comunitario en el Estado ⁶⁵. Por eso, es el Gobierno quien, llegado el caso, procede a incorporar mecánicamente en el ordenamiento español las mencionadas directivas.

Viene siendo habitual realizar la incorporación de algunas Directivas a través de un decreto del Gobierno, que según la terminología acuñada para la operación, «transpone» la disposición comunitaria de que se trate. Es una operación más o menos mecánica. El decreto del Gobierno viene a ser una especie de promulgación de la directiva, pues lo normal es que se limite a «transponerla» tal y como viene del centro de producción. Es verdad que, muchas veces, la regulación técnica y excesivamente detallada de las Directivas hace imposible toda labor de adaptación, y obliga casi a una incorporación automática de las mismas.

Como ejemplo de lo que decimos, podemos citar el decreto 66/1994, de 21 de enero, que «transpone la Directiva 91/628 CEE sobre transporte de animales», o el RD 2.069/1993, de 26 de noviembre, por el que se incorpora al Derecho nacional la Directiva 92/48 CEE, 16 de junio sobre higiene en buques pesqueros.

Obsérvese que estos decretos, contemplados desde la perspectiva de la eficacia jurídica que proyectan, al no estar subordinados a un ley previa que desarrollan, son, nada más y nada menos que, auténticos decretos de significación legislativa. En definitiva, un nuevo ámbito para la difusión del decreto del Gobierno.

5.2.3. *Decretos de significación ejecutiva*

Son aquellos cuya función es desarrollar o aplicar disposiciones legislativas. Frente a los decretos vistos con anterioridad, que constituyen

65. Sobre la responsabilidad del Estado por no incorporar al ordenamiento jurídico interno las Directivas nos remitimos al artículo de QUINTANA LÓPEZ, Tomás, «La responsabilidad del Estado Legislador», RAP, n° 135, 1994, págs. 136 y ss.

el ejercicio de un acto originario de imperio, éstos tienen un carácter secundario, pues están ordenados a la aplicación de las disposiciones legislativas, con respecto a las cuales tienen un valor subordinado. Frente a los decretos de soberanía, son «decretos degradados», según los llamábamos con anterioridad en el presente trabajo.

Dentro de estos decretos de eficacia ejecutiva, es preciso distinguir dos tipos: a) los que contienen disposiciones generales; y b) los que afectan a personas o casos concretos, es decir, los que sirven de vehículo a resoluciones o actos administrativos singulares.

Los primeros tienen por objeto el desarrollo o complemento de las disposiciones legislativas, y encuentran su fundamento, como ha señalado el profesor GONZÁLEZ NAVARRO, en «la necesidad de dar flexibilidad a la regulación de una determinada materia, haciendo más fácil su modificación por norma posterior al quedar esta posibilidad en manos de la Administración, cuyo procedimiento normativo es más ágil que el legislativo, no sólo por la simplicidad mayor de los trámites, sino también por evitar así la interferencia de la oposición, presente siempre, por la vía de enmiendas y consiguiente debate en la elaboración de las leyes», y, asimismo, en «la conveniencia de dar a la norma una adaptabilidad y detalle pormenorizado que no es posible alcanzar con la ley, que, por naturaleza ha de detenerse en las grandes líneas, en los principios generales de la regulación»⁶⁶.

Nótese ya que esta especie de los decretos aprobatorios de reglamentos es la más abundante en el género del decreto. Y lo es en un grado tal, que es habitual que la doctrina, al referirse al decreto venga a considerarlo ligado siempre a la potestad reglamentaria del Gobierno. Eso, en no pocas ocasiones, lleva a los autores a adoptar una visión reduccionista con respecto a este instrumento dispositivo, pues ven en él únicamente un instrumento de creación de Derecho de orden secundario o subordinado cuya única finalidad sería la de canalizar las disposiciones que desarrollan las contenidas en las leyes.

Frente a las características de generalidad y abstracción propias de la ley, el reglamento, siendo también general, es más concreto y detallado, y precisa los mandatos de la ley, al completar así las directrices esbozadas en ésta. Por tanto, estos decretos aprobatorios de reglamentos tendrían también disposiciones imperativas de carácter general, pero su-

66. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, I, EUNSA, Pamplona, 2ª edición, Pamplona, 1993, pág. 1079.

bordinadas a las leyes, creando Derecho para la ciudadanía ⁶⁷. Por eso, decimos, a este tipos de decretos se les reconoce un carácter inferior o subordinado.

La facultad de emanar este tipo de decretos se reconoce al Gobierno ⁶⁸. Así, el artículo 97 establece que: «*El Gobierno ... ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y con las leyes*».

El Tribunal Constitucional ha interpretado ese artículo 97 en el sentido de potestad reglamentaria como potestad de ejecución y desarrollo, siguiendo así el modelo tradicional español en esta materia ⁶⁹. En su Sentencia de 14 de junio de 1982, se dice del poder reglamentario que «es radicalmente limitado y que sólo actúa cuando el primero lo habilita (se refiere al Legislativo)» ⁷⁰.

En cuanto al proceso de elaboración de estas disposiciones, son de señalar varios aspectos. En primer lugar, que actualmente, siguen en vigor las disposiciones de la antigua LPA a las que ya nos referimos al tratar el decreto en el régimen político de Franco. Se trata, concretamente de los artículos 129 a 132. La inobservancia del procedimiento previsto acarrea

67. Para conceptos generales sobre este aspecto de la potestad reglamentaria, los tipos e reglamentos, etc., nos hemos servido de la obra de NAWIASKY, Hans, *Teoría General del Derecho* (T.O. *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, trad. al castellano por J. ZAFRA VALVERDE), 2ª edición, Madrid, 1962, págs. 115 y siguientes.

68. No debe derivarse de ahí la exclusividad del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Actualmente, los ministros, a través de la orden, ejercen también esta potestad. Es conocida la polémica doctrinal que sobre este último punto se ha suscitado desde 1978. Finalmente, la potestad reglamentaria de los ministros se ha impuesto por la fuerza de los hechos.

69. Es de destacar que, en un primera fase de la elaboración del texto constitucional, se propuso un modelo de distribución ley-reglamento similar al francés, reconociendo, pues, un ámbito material propio de la ley, y otro propio del decreto. Finalmente, se optó por el modelo más ligado a la tradición hispánica: ley: disposición general y abstracta; reglamento: disposición subordinada de desarrollo.

70. Sobre este aspecto hay abundante bibliografía. En particular pueden consultarse las obras siguientes: BASSOLS COMA, Martín, «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», RAP, n° 8, 1979, págs. 129 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Civitas, Madrid, 1995, págs. 226 y ss; MESTRE, Juan Francisco, «Potestad reglamentaria y principio de legalidad», REDA, n° 57, 1988; REBOLLO PUIG, Manuel, «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», en RAP, n° 125, 1991, García MACHO, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988; TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa», RAP, 100-102, 1983; BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución Española de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.

la nulidad de las disposiciones, que debe declararse por el órgano jurisdiccional competente. En relación con esto es de señalar que el Tribunal Supremo viene considerando estos vicios como de «orden público», por lo que los jueces y tribunales pueden apreciar estos vicios *de oficio*. Esto constituye una importante limitación formal al ejercicio de la potestad reglamentaria ⁷¹.

Sigue siendo preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, que es una garantía de perfección técnica y acierto. Además, es de notar, que con la aprobación de la nueva ley del Consejo de Estado se ha reforzado la exigencia de la intervención de este alto cuerpo consultivo, frenando así los abusos habituales.

La exigencia de dictamen se establece en los artículo 10.6 de la LRJAE y 22.3. de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 2 de abril de 1980. Este dictamen no es vinculante. Cuando el Gobierno siga lo dicho por el Consejo, esto se hará constar en la fórmula promulgatoria del correspondiente decreto con la lectura siguiente: el Consejo de Ministros «de acuerdo con el Consejo de Estado». En caso contrario, es decir, si no se sigue el dictamen, bastará con hacer notar su existencia con esta otra fórmula: «oído el Consejo de Estado».

Por otra lado, en el actual orden constitucional se exige la audiencia a los ciudadanos afectados por estas disposiciones (art. 106 CE). En la práctica, son numerosos los decretos reglamentarios que se dictan con base en la actuación del algún órgano de representación corporativa: Consejo de Formación Profesional, etc.

Por otra parte, son también decretos de significación ejecutiva los que contienen resoluciones que afectan a personas o a casos concretos. Son, por ejemplo, los de autorizaciones, concesión de subvenciones y declaraciones de utilidad pública.

5.2.4. *Decretos de significación jurisdiccional*

Conforman esta categoría los decretos cuyo contenido dispositivo proyecta su eficacia sobre el plano de la responsabilidad jurídica. Típicamente son los decretos de indulto, total o parcial. Son acordados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, aunque el titular de la prerrogativa de gracia es el Rey (art. 62.i) CE) y su intervención resulta por tanto imprescindible. Esto es lógico pues, si las senten-

71. Sobre este asunto nos remitimos a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, págs. 208 y ss.

cias son dictadas por los jueces y tribunales en nombre el rey (117. 1º CE), sólo en este mismo nombre puede otorgarse el perdón.

6. Balance crítico y recomendaciones

A la vista de todo lo anterior, no es exagerado decir que en España se gobierna en gran medida por decreto. Por una parte, debemos insistir en la desmesura con que se recurre al método del decreto-ley, así como en la expansión cada vez mayor del decreto legislativo independiente.

Pero dejando ese uso desmedido y no pocas veces abusivo del decreto importa destacar muy especialmente ese fenómeno que hemos denunciado de *no uso o elusión del decreto en supuestos en que se debería haber observado dicha formalidad*. Recuérdense los que hemos llamado «decretos subrepticios», que, inexplicablemente, aparecen bajo la cobertura de una orden o resolución. Son una anomalía que se ha de corregir cuanto antes en beneficio del rigor técnico jurídico, la preservación de la legalidad y la transparencia de responsabilidades.

Ese desorden del panorama dispositivo se debe en buena parte a diversas actitudes de irrespetuosidad hacia las formas; pero también es consecuencia de que nuestro sistema de emisión de disposiciones, básicamente anclado todavía en la mentalidad y los hábitos del siglo XIX, resulta inadecuado al nuevo esquema real de relaciones interorgánicas. La profunda transmutación que desde el siglo XIX ha experimentado la Jefatura del Estado, separado del llamado «Ejecutivo», y la pareja potenciación de la Presidencia del Gobierno, nos obligan a pronunciarnos sobre la conveniencia de introducir unas reformas que contribuyan a mejorar, sincerar y actualizar el cuadro de los instrumentos dispositivos de gobierno, adaptándolo a al esquema orgánico del sistema constitucional actual.

Como ya hemos venido adelantando, a nuestro juicio, tal adaptación del sistema de producción dispositiva pasa por la configuración de un nuevo instrumento dispositivo: el propio del Consejo de Ministros y de su Presidente para la emisión de aquellas disposiciones que pueden considerarse de entidad secundaria y que se dictan en el ejercicio de la potestad reglamentaria y de administración que les corresponde por atribución constitucional. Se trataría de una disposición firmada por el Presidente del Gobierno como cabeza y portavoz nato del órgano colegiado de dirección política general, y estaría previsto para todas las decisiones *ad extra* de un Gobierno entendido inequívocamente como órgano colegiado compuesto por el Presidente y el equipo ministerial. En consecuencia, sería el Presidente quien, con su firma, se hiciese directamente respon-

sable de las disposiciones con que el Gobierno ejerce las facultades que tiene constitucionalmente atribuidas como propias: la reglamentaria y la llamada función ejecutiva, y también de esos espurios «acuerdos» a que nos hemos referido. Por último, también sería esa figura del decreto Presidencial la indicada para todas aquellas decisiones que, según las últimas vicisitudes de nuestro orden político, han sido confiadas al criterio personal del Presidente del Gobierno. Así, por ejemplo, la decisión de crear, suprimir o reestructurar los departamentos ministeriales.

Aparte imprimir mayor agilidad a los procedimientos de producción del Derecho, la creación del *decreto presidencial* vendría a realzar la firma de la Jefatura del Estado al reservarla para asuntos de primera magnitud y disposiciones con fuerza de ley. La institución del «real decreto», y por tanto la firma regia, la requerirían aquellas decisiones específicamente previstas en la Constitución Española como facultades del Rey, como por ejemplo, para el nombramiento del Presidente del Gobierno o las de concesión de honores y distinciones; y para la promulgación de disposiciones con fuerza de ley (decretos-leyes y decretos-legislativos), para los que se mantendría el nombre de Reales decretos leyes y Reales decretos legislativos. Al igual que ahora, y en cumplimiento de la exigencia constitucional, estos decretos serían refrendados por el Presidente del Gobierno, o los ministros, según los casos.

Por otra parte, la figura del decreto presidencial o ministerial promulgado por el Presidente del Gobierno es conocida más allá de nuestras fronteras. Hablaremos aquí de cuatro países: Suecia, Francia y Marruecos y Alemania.

Importa destacar el caso de Suecia (Ley constitucional de 24 de noviembre de 1994) por dos razones. En primer lugar porque, como en España, la forma de gobierno es una Monarquía. Y, en segundo, porque el ordenamiento constitucional sueco es pionero en la adaptación de la emisión de disposiciones al nuevo estatuto de la Corona. Así, se distinguen, de una parte, los «Reales Decretos» que son los dictados por el Monarca, y que son contadísimos, y, de otra, los «Decretos promulgados por el Primer ministro», que son los más. Así, por Decreto del Primer Ministro son nombrados los ministros del Gobierno (artículo 1 del Capítulo Sexto) ⁷²,

72. Artículo 1, *in fine*: «El Primer ministro será designado del modo que se establece en los artículos 2 a 4 y siguientes, y designará a los demás ministros». Glosando este artículo dice RUBIO LLORENTE, Francisco que en él se aprecia la «consagración total y absoluta del régimen de primacía del Primer Ministro, hasta el punto de que ni siquiera se exige el requisito formal y simbólico de la firma o sensación del Jefe del Estado para el nombramiento de los demás miembros del gobierno». Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

y por decreto del Gobierno, firmado también por el Primer ministro, se emiten disposiciones con fuerza de ley, normas sobre ejecución de leyes, normas que según las leyes fundamentales no estén reservadas al Parlamento (Capítulo VIII del Instrumento de Gobierno).

Por otra parte, es de notar que en la ley constitucional sueca (Instrumento de Gobierno) se impide expresamente la emisión de acuerdos del Consejo de Ministros que no vayan firmados, como por otra parte corresponde a la lógica de la producción dispositiva, por el Primer Ministro o un miembro del Gobierno en su nombre, so pena de invalidez. Así, el artículo 7 del Capítulo VII relativo al funcionamiento del Gobierno establece lo siguiente: «Las disposiciones legales, propuestas al Parlamento, o cualesquiera otras certificaciones de acuerdos del Consejo de Ministros deberán para su validez ir firmadas por el Primer Ministro o por otro miembro del Gobierno en nombre de éste. Podrá, sin embargo, el Gobierno ordenar por decreto que un funcionario quede facultado para firmar certificaciones en casos especiales».

En cuanto al caso de Francia, es de señalar que junto a los decretos del Presidente de la República, están los del Primer Ministro. Si los primeros son firmados por el Presidente y refrendados por el Primer ministro o el ministro responsable (art. 19 CF), los decretos simples o ministeriales son firmados por el Primer ministro y refrendados por el ministro encargado de su ejecución (art. 22) ⁷³.

La doctrina distingue cuatro categorías de decretos. Por una parte, los decretos del Presidente de la República dictados en Consejo de Ministros. De otra, los adoptados singularmente por el Presidente de la República. En tercer lugar, los decretos del Primer ministro en Consejo de Estado, que son aquellos por los cuales ejerce el poder reglamentario; por último, los decretos simples del Primer ministro para el nombramiento de civiles y militares no competencia del Presidente de la República.

73. Décret: acte juridique exprimant une décision du président de la République ou du Premier ministre. Aux termes de l'article 19 de la Constitution de la V République, certains décrets du président de la République sont signés par lui seul, les autres devant être contresignés par le Premier ministre et, s'il y a lieu, par les ministres responsables. Les décrets du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution (art. 22). En PARODI, Jean-Luc, *La politique*, Paris, 1971, pág. 116. Más información sobre los decretos en Francia *Dictionnaire Constitutionnel*, PUF, París, 1992, página 277; FOURNIER, J., *Le travail gouvernemental*, Paris, PFNSP, Dalloz, «Amphithéâtre», 1987; LACHAUME, J.F., *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires*, Paris, 1966; LECLERCO, Claude, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1992, 638 y ss; *Dictionnaire de Droit DALLOZ*, Tomo I, 12ª edición, París, 1966, págs. 32 y ss.

En cuanto a los decretos del Presidente de la República baste decir que son los tomados en el ejercicio de sus atribuciones, aquellas que tiene conferidas en exclusividad. Llevan el refrendo del Primer ministro, y en su caso el del ministro interesado. Por su parte, dentro de los del Primer ministro, como ya hemos señalado son firmados por éste y refrendados por un ministro ⁷⁴. En Francia, el reparto de competencia normativa entre el Presidente de la República y el Primer Ministro está fijado por los artículos 13 y 21 de la Constitución que reserva la firma del Jefe del Estado exclusivamente a aquellos decretos deliberados en Consejo de Ministros.

También la Constitución de Marruecos de 1992, distingue un instrumento dispositivo propio del monarca alawita, equivalente a los clásicos «reales decretos» –el *dahir*– para el ejercicio de las facultades atribuidas por la Constitución al monarca ⁷⁵, y de otra el «decreto» que es el instrumento dispositivo propio del Gobierno ⁷⁶ y del Primer ministro, que firma este último y refrenda el ministro responsable de la ejecución (artículo 62). Además, entre los mencionados «decretos del Gobierno» se encuentran los que afectan al poder del legislativo que eventualmente ejerce el Gobierno, bien por delegación, bien por asunción espontánea en razón de las circunstancias.

Por su parte, en la disposición reguladora del Gobierno vigente en Alemania (*Gesdhäftsordnung der Bundesregierung*) se establece también la figura del decreto del Canciller. Concretamente en el artículo 30 de la disposición citada, relativo a la firma de los decretos (*Unterzeichnung von Verordnungen*) se determina lo siguiente:

«1. Los decretos del Gobierno federal serán firmados por el Canciller federal una vez refrendados por el ministro sectorialmente competente. Las demás disposiciones reglamentarias serán firmadas en principio, únicamente, por el ministro federal competente, aun cuando se hayan sometido al Gobierno federal.

2. Sólo el Canciller Federal o con él el ministro federal competente o todos los ministros federales podrán firmar bajo la designación expresa

74. *Dictionnaire de Droit*, DALLOZ, Tomo I, 12ª edición, París, 1966, págs. 32 y ss.

75. En diversos artículos se hace referencia al *dahir* como instrumento dispositivo propio del monarca, que debe ser refrendado por el Presidente del Gobierno. Por ejemplo, el artículo 27 establece que «*el rey podrá disolver la Cámara de Representantes por dahir*». Y el 29 que «El Rey ejercerá por *dahir* los poderes que le son expresamente reservados por la Constitución. Los *dahires* serán refrendados por el Primer Ministro, salvo los previstos en los artículos 21 (2º apartado), 24, 35, 68, 70, 77, 82, 89 y 99».

76. En Marruecos, tampoco el Rey forma parte del Gobierno, que lo componen el Primer ministro y los ministros (art. 58).

«El Gobierno federal» y salvo casos de autorización especial por el propio Gobierno Federal.»

Vistas algunas manifestaciones del decreto presidencial o ministerial en Derecho Comparado, nos referimos a continuación al que a nuestro juicio sería el procedimiento más idóneo y más sencillo para incorporarlo al sistema de producción dispositiva español.

La cuestión creemos que exige reformar o salvar el apartado f) del artículo 62 de la Constitución española, donde se dice expresamente que corresponde al Rey «expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros».

Una solución podría ser la mejora perfectiva del texto constitucional sustituyendo la letra del denostado apartado f) por una fórmula más acorde con el actual modelo político. La fórmula podría ser la siguiente: «Corresponde al Rey expedir los decretos dictados en el ejercicio de las facultades que la Constitución y las leyes le atribuyan, así como la de aquellos que tienen fuerza de ley». Por su parte, en el Título IV podría añadirse un nuevo precepto encomendando al Presidente del Gobierno la firma del resto de los decretos: «*Los aprobatorios de disposiciones reglamentarias, los dictados en el ejercicio de la llamada función ejecutiva y los que establezcan las leyes*».

Sin embargo, no hace falta señalar las gravísimas dificultades que acarrearía la reforma de este apartado f). Por su ubicación, la Constitución exige el recurso al procedimiento más agravado de reforma constitucional (artículo 168 CE)⁷⁷ cuya excesiva rigidez no es preciso recordar.

Pero creemos que es posible un camino más sencillo para incorporar la figura del decreto presidencial salvando ese artículo 62 f). Bastaría con añadir un nuevo precepto constitucional en el Título IV «Del Gobierno y de la Administración» cuyo tenor podría ser así:

«Sin perjuicio de lo establecido en el apartado f) del artículo 62, los acuerdos del Consejo de Ministros aprobatorios de disposiciones reglamentarias y otras de índole secundaria, para las que no se exige expresamente la

77. «1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al capítulo II, Sección..., se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional que deberá ser aprobado por mayoría de los tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales será sometida a referéndum para su ratificación.»

intervención de la Jefatura del Estado, serán promulgados por Decreto Presidencial, que será refrendado por el ministro responsable de la ejecución».

Desde el punto de vista formal, no exigiría un procedimiento tan rígido como el anterior. Y desde un punto de vista material, el precepto vendría a explicitar el contenido del artículo 62 f), interpretándolo a la luz de la posición del Jefe del Estado y la del Gobierno en el actual sistema constitucional.

COLECCIONES LEGISLATIVAS Y PUBLICACIONES OFICIALES

Aranzadi, Repertorio cronológico de legislación.

Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia.

Boletín Oficial de las Cortes Generales.

Boletín Oficial del Estado.

Boletín de Jurisprudencia Constitucional.

Colección de decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias, Madrid, 1820.

Colección de Reales Decretos y órdenes de S.M. Fernando VII.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz.

FERNÁNDEZ Y SANTAMARÍA, Legislación administrativa española del siglo XIX, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

Gaceta de la Regencia de España y de las Indias.

Gaceta de Madrid.

Gaceta de Sevilla.

GIL DE AYUSO, Noticia bibliográfica de los textos y disposiciones legales de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII, Madrid, 1935.

La Nueva Compilación de Leyes del Reino de Navarra, hechas por las Cortes Generales desde el año 1512 hasta 1716.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Diccionario de Legislación Administrativa, Madrid, 1858.

MORENO GARBAYO, Colección de Reales Cédulas del Archivo Histórico Nacional, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1977.

SEVILLA ANDRÉS, Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España, Madrid, 1969

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Manual de Derecho Canónico*, EUNSA, Pamplona, 1988.

AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española*, Universidad de Valencia (Facultad de Derecho), Valencia, 1980.

AAVV, *Estudios sobre las Cortes de Cádiz*, Colección Histórica de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

AAVV, *Gran Dictionnaire Universel du XIX siècle*, París, 1870, Tomo VI, voz «*decret*».

AAVV, *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa*, (t.o. *Histoire et Dictionnaire de la Revolution Française*), Cátedra, Madrid, 1989.

AAVV, *La grande Encyclopédie, inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, París, Vol. XIII, 1820.

ABELLA, Joaquín, *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1894.

ALONSO GARCÍA, Rafael, «La ejecución normativa del Derecho Comunitario europeo en el ordenamiento español», *RAP*, n° 121, 1990.

– «Sobre la posibilidad de desarrollo del Derecho Comunitario a través de la técnica del Decreto-ley», *RAP*, n° 123, 1990.

ALVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1993.

– *El régimen político español*, Tecnos, 4ª edición, Madrid, 1990.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo V, EDERSA, 1983.

ANGULO RODRÍGUEZ, Edmundo, «Delegaciones legislativas tras la Constitución Española de 1978», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Institutos de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

APARICIO, Javier, *Historia y fuentes del Derecho Romano*, CEURA, Madrid, 1988.

ARAGÓN REYES, Manuel, «La Monarquía parlamentaria» en *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1981.

– *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1990.

ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, traducida al castellano por Francisco Pelsmaecker e Ivañez, Madrid, 1963.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Leyes singulares, leyes de caso único», RAP, nº 118, 1989.

ARTOLA, Miguel, *Los orígenes de la España Contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición, Madrid, 1975.

– *La legislación del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982.

ASTARLOA HUARTE MENDICOA, Ignacio, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», RAP, nº 106, 1985.

AYMES, Jean-René, *España y la Revolución francesa*, Crítica, Barcelona, 1989.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, «Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución Española», *La Constitución y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

BAGEHOT, Walter, *The English Constitution* (introducción de Crossman), Londres, 1964.

BALAGUER CASTEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Tomos I y II, Tecnos, Madrid, 1991-1992.

BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente)*, Cívitas, Madrid, 1991.

BAR CENDON, Antonio, *El Presidente del Gobierno en España (encuadre constitucional y práctica política)*, Civitas, Madrid, 1983.

BARBOSAE, Agustini, *Repertorium iuris civilis et canonici*, 1669, voz «*decretum*».

BARCÍA, Roque, *Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*, Madrid, 1881.

BASSOLS COMA, Martín, «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», RAP, n° 8, 1979.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Nueva York, 1953.

BERMEJO, José Luis, «Principios y apotegmas sobre la ley y el Rey en la Baja Edad Media castellana», Hispania, XXXV, 1975.

– *Estudios sobre la Administración Central Española (s. XVII y XVIII)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

– *Aspectos jurídicos e institucionales del Antiguo Régimen en España*, Albir, Barcelona, 1985.

– *Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1985.

BERMEJO VERA, José, *La publicación de la norma jurídica*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

BODINO, Jean, *Seis Libros de la República (1576)*, reimp. del Centro de Estudios Constitucionales de la traducción al castellano en 1590 por GASPARE DE AÑASTRO, Madrid, 1992.

BOISACQ, Emile, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, París, 1916.

BOQUERA OLIVER, José María, «La publicación de las disposiciones generales», RAP, n° 31, 1960.

– «Naturaleza jurídica de la ley y del reglamento», en la obra colectiva *Diez años del régimen constitucional*, Valencia, 1989.

CABO, Carlos de, «División y predominio de poderes», en *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas (el proceso constitucional español)*, Labor, Barcelona, 1987.

CÁCERES CROSA, Gonzalo, *El refrendo ministerial*, RCJS, n° 62-66, 1933-1934.

CALVO SOTELO, Leopoldo, *Derecho Político y Administrativo*, Madrid, 1927.

CARPENTIER, J. y LEBRUN, F., *Breve historia de Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

CARRE DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1948.

CARRERAS, Francesc de, «La Ley en el constitucionalismo y en la Constitución Española», RFDUC, n° 15, 1989.

CARRILLO, Marc, «El decreto-ley: Excepcionalidad o habitualidad?» RCG, n° 11, 1987.

CASTEJÓN, Aegidig *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoricum, practicum, morale, atque politicum*, Madrid, 1678, voz «*decretum*».

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, «¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho Español?», RAP, n° 62, 1970.

COLMEIRO, Manuel, *Historia de las Cortes de León y Castilla*, I, Madrid, 1883.

– *Derecho Administrativo Español*, Madrid, 1865.

COLLIARD, Jean-Claude, *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*, Blume, Barcelona, 1981.

CONSTANT, Benjamín, «Principios Políticos», en *Escritos Políticos*, (Edición recopilatoria del Centro de Estudios Constitucionales, Estudio preliminar de M^a Luisa SÁNCHEZ MEJÍA), Madrid, 1989.

COROMINAS, J. y PASCUAL, J.A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispano*, Gredos, Madrid, 1980.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Tres sentencias sobre el Decreto-Ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)» en AAVV, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985.

CHANTRAINE, Pierre, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, París, 1968.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Aguilar, Madrid, 1974.

CHOFRE SIRVENT, José, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994.

DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, París, 1861, Tomo IV, voz «*edictum-decretum*».

D'AURIA, Gaetano, «La «funziones legislativa» dell'amministrazione», RTDP, n° 3, 1995.

D'ORS, Alvaro, «De la «prudencia iuris» a la «jurisprudencia del Tribunal Supremo» y al Derecho Foral», en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n° 24, Roma-Madrid, 1973.

– *Derecho Privado Romano*, EUNSA, 8^a edición revisada, Pamplona, 1991.

– «Las declaraciones jurídicas en el Derecho Romano», AHDE, 1964.

– *Teología Política: una revisión del problema*, REP, nº 64, 1976.

DANVILA Y COLLADO, Manuel, *El poder civil en España*, Madrid, 1885.

DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo IV, 2ª edición, 1924.

DE ESTEBAN, Jorge, *Las Constituciones de España*, 2ª edición, Taurus, Madrid, 1988.

DE GUZMÁN, Eduardo, *España entre las dictaduras y la democracia*, Tesoro, Guadalajara, 1967.

DE LA BROSSE, O., *Diccionario del cristianismo*, Barcelona, 1974, voz «decreto».

DE MARIANA, Juan, *De rege*, Ed. titulada «Del Rey y de la Institución Real», Publicaciones Españolas, Madrid, 1961.

DESANTES GUANTER, José María, «La elaboración de las disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo», DA, nº 8-9, 1958.

DEVOTO, Giacomo, *Origini indoeuropee*, Sansoni-Firenze, 1962.

Diccionario de Autoridades, 1732, Madrid, Vol.II, facsímil de la Real Academia Española, Madrid, 1963.

Diccionario de las Ciencias Sociales, Madrid, 1975.

Dictionary of selected Synonyms in the Principal Indo-European Languages, University of Chicago Press, 1949.

Dictionnaire de Droit canonique, Tomo IV, París, 1947

DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición, Madrid, 1956.

DÍEZ PICAZO, Luis María, «La estructura del Gobierno en el Derecho español», DA, nº 215, 1988

– «Concepto de ley y tipos de leyes», REDC, nº 24, 1988.

DUVERGER, Maurice, *Constitutions et documents politiques*, 2ª edición, PUF, París, 1960.

– *Las dos caras de Occidente*, Ariel, Barcelona, 1972.

ELLIOT, J.H., *Richelieu y Olivares*, Crítica, (trad. Rafael SÁNCHEZ MANTERO), Barcelona, 1984.

EMBID IRUJO, A., «La potestad reglamentaria», RVAP, nº 29, 1991.

Enciclopedia Jurídica Básica, 4 tomos, Civitas, Madrid, 1995.

Enciclopedia jurídica española, SEIX, Barcelona, Vol. XII, 1910.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana, vol. XVI, España-Calpe, Madrid, 1968, voz «crisis».

ENTRENA CUESTA, Ramón, Comentarios al artículo 62 de la CE, en GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución Española*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1985.

ENTRENA PALOMERO, Carlos José, «La Constitución española y el control de la legislación delegada», en AVV, *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del Despacho*, Instituto de Estudios Administrativos, vol. II 2ª edición, Madrid, 1976.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, «Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española», RCG, nº6, 1985.

FACCIOLATI, J. y FORCELLINI, A., *Totius Latinitatis Lexicon*, Tomo II, 1828, «*decretum*».

FANLO LORAS, Antonio, «La expedición por el rey de los decretos acordados por el Consejo de Ministros (sus fórmulas promulgatorias tras la Constitución de 1978), en *Estudios sobre la Constitución Española* (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría), Civitas, Madrid, 1991.

FARIAS GARCÍA, Pedro, *Breve historia constitucional de España*, Latina, Madrid, 1981.

FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor, «Del Antiguo Régimen a las Cortes de Cádiz», REP, nº 126, 1962.

FERNÁNDEZ Fontecha TORRES, Manuel y PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, Alfredo, *La Monarquía y la Constitución*, Fundación «Agrupación Independiente del Senado», Civitas, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «La remisión normativa y el control de los reglamentos en dos Sentencias recientes», RAP, nº 63, 1970.

– ¿Desaparece el recurso contra reglamentos?, RAP, nº 65, 1971.

– «Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno», RVAP, nº 34 II, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las constituciones históricas españolas: (un análisis histórico-jurídico)*, ICAI, Madrid, 1982.

– *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ MARCOS, Fernando, «Los decretos leyes en la constitución», *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, Vol. I, voz «crisis».

FINER, Herman, *Teoría y práctica del Gobierno moderno* (trad. de Enrique TIERNO GALVÁN), Tecnos, Madrid, 1964.

FREIXES Sanjuan, Teresa, «La legislación delegada», REDC, nº 28, 1990.

– «La jefatura del Estado monárquica», REP, nº 73, 1991.

FRISK, H. *Griechisches Etymologisches Wörterbuch*, Vol. II, Heidelberg, 1970.

FURETIERE, Antoine, *Dictionnaire Universel d'Antoine Furetière*, París, 1690, (edición facsímil de Ediciones LE ROBERT, París 1978)), voz «décret».

FUSILIER, Raymond, *Les monarchies parlementaires*, Ed. Ouvrières, París, 1960.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.

GARCÍA CANALES, Mariano, *La monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA CUADRADO, Antonio, *El gobierno por orden ministerial*, EUNSA, Pamplona, 1986.

– «Las disposiciones del Gobierno y la Administración», RDP, Nº 37, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970.

– *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Cívitas, Madrid, 1995.

GARCÍA DE OVIEDO, Vicente, *Diccionario etimológico español e hispánico*, Madrid, 1954.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, *Curso de Historia de las instituciones españolas*, Revista de Occidente, Madrid, 1967.

GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tomos I y II, 9ª edición, Madrid, 1982.

– «La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI», AHDE, años 1951-52.

- *Textos jurídicos antiguos*, Madrid, 1953.
- GARCÍA GARCÍA, Antonio, *Historia del Derecho Canónico*, Tomo I (primer milenio), Salamanca, 1967.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid, 1982.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, «Problemas actuales del Decreto-Ley», RAP, n.º 15, 1954.
- GARCÍA LABELLA, Joaquín, *Nociones de Derecho Político y Legislación Administrativa*, 1ª edición, Madrid, 1935.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977.
- *El Estado de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Tomo II, Madrid, 1971.
- GARCÍA TREVIJANO, Ernesto, «Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos-legislativos», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1991.
- GARRIDO FALLA, Fernando, «La impugnación de las resoluciones administrativas de carácter general y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», RAP, n.º 6, 1951.
- «Fiscalización de los decretos-legislativos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», RAP, n.º 60, 1969.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.
- GARRORENA MORALES, Angel, *El lugar de la ley en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Jornadas organizadas por la Asamblea Nacional de Murcia, Tecnos, Madrid, 1990.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan, «Problemas actuales del decreto-ley», RAP, n.º 15, 1954.
- «Decreto», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Madrid, 1956.

- «Decreto-ley», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Madrid, 1954.
- GASCÓN Y MARÍN, José, *Introducción al Estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, 1933.
- GAUDEMET, Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Ed. Montchrestien, París, 1982.
- GIL DE AYUSO, Faustino, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1935.
- GOJOSO, Eric, *Loi et décret selon Joubert en 1791*, Dr. Pros., Presses Universitaires, Marsella, n° 3, 1995.
- GÓMEZ ACEBO, «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes», *RAP*, n° 6, 1951.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Instituciones de Derecho Administrativo Español*, Tomo I, Madrid, 1843.
- GÓMEZ DE SANTAMARÍA, Eduardo, *Manual completo de Administración*, Madrid, 1843.
- GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, «El Conde Duque de Olivares y la Administración de su tiempo», *AHDE*, Vol. LIX, 1989.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros en España (1800-1875)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, «La participación del Jefe del Estado en la actividad de decretación», *RDAF*, n° 38-39, 1974.
- *Derecho Administrativo Español*, I, EUNSA, Pamplona, 2ª edición, Pamplona, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «El recurso contencioso-administrativo contra disposiciones generales», *RDAF*, n° 1, 1962.
- «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *RAP*, n° 40, 1963.
- GONZÁLEZ POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1897.
- GUAITA, Aurelio, *El Consejo de Ministros*, Escuela Nacional de Administración Pública, 2ª edición, Madrid, 1967.
- GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto romano*, Editore Jovene Napoli, 10ª edición, Nápoles, 1994.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Los controles de la legislación delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, París, 1903.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, «La posición constitucional de la Corona», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1991.

IGLESIAS FERREIROS, Aquilino, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, Vol. II, Barcelona, 1988.

JAEGER, Werner, *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, trad. al castellano por A. TRUYOL SERRA, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953.

JÁUREGUI, GURUTZ, *La democracia en la encrucijada*, Anagrama, Barcelona, 1994.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, 2ª ed. (trad. FERNANDO DE LOS RÍOS), Albatros, Buenos Aires, 1954.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Control jurisdiccional y parlamentario de los decretos-legislativos», RDP, nº 10, 1981.

– «Las Diputaciones permanentes y el control sobre el decreto-ley», RDP, nº 15, 1982.

– «Decreto-ley», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II., Cívitas, Madrid, 1995.

– «Decreto-Legislativo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1995.

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *La ilusión política, ¿Hay qué reinventar la democracia en España?*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

JOANIQUET SIRVENT, Ignacio, «Legislación delegada», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Madrid, 1971.

KASER, Max, *Das römische Zivilprozessrecht*, vol.3.4, Munich, 1966.

LABANDEIRA, Eduardo, *Manual de Derecho Administrativo Canónico*, EUNSA, Pamplona, 1988.

LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDESA, Madrid, 1987.

– *Comentarios a las Leyes Políticas*, (Dir. Oscar ALZAGA VILLAAMIL), Tomo V, EDESA, Madrid, 1983.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Ariel, Barcelona, 1970.

– *Derecho Histórico Español*, Barcelona, 1974.

LAVILLA ALSINA, Landelino, «Sobre los decretos-leyes», en AAVV, en el *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Cívitas, 1989.

LIIPHART, Arend, *Las democracias contemporáneas*, Ariel, Barcelona, 1987.

LOEWNSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (traducido al castellano por GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1975.

– *The Governance of Rome*, La Haya, 1973.

LÓPEZ CALVO, José, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, tecnos, Madrid, 1996.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, «Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real decreto Ley 1/1992, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección po desempleo», REDC, n° 38, 1993.

LÓPEZ GUERRA, Luis, «Función de gobierno y dirección política», DA, n° 215, 1988.

– «La posición constitucional del Gobierno», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

– «Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación en la Constitución española», REDC, n° 23, 1988.

– *Derecho Constitucional*, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

LÓPEZ PINA, Antonio, (recopilador), *La Constitución y la monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983.

– *Democracia representativa y parlamentarismo (Alemania, España. Gran Bretaña y Francia)*, Secretaría General del Senado, Madrid, 1994.

LUCAS MURILLO, Pablo, «Observaciones en torno a los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno», en AA, *El gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Duputació de Barcelona, Barcelona, 1985.

LUCAS VERDÚ, Pablo (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, 1983.

MACKINTOSH, J.P., *The British Cabinet*, Londres, 1962.

MAITLAND, F.W., *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1963.

MALTBY, Robert, *A Lexicon of ancient Latin Etymologies*, Wiltshire, 1991.

MAROTO, Felipe, *Instituciones de Derecho Canónico*, Tomo I, Madrid, 1919.

MARTÍN MATEO, Ramón, «La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias. Su contraste con la Ley Orgánica del Estado», RAP, nº 51, 1966.

MARTÍN, Fernando, *La documentación griega de la cancillería del emperador Adriano*, EUNSA, Pamplona, 1982.

MARTINES, Temistocle, *Diritto Pubblico*, 2ª ed., Guiffirè, Milán, 1992.

Martínez ARANCÓN, Ana, *La revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ DE VELASCO, Angel, *La formación de la Junta Central*, EUNSA, Pamplona, 1972.

MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Teoría de las Cortes*, Ed. preparada por PÉREZ PRENDES, José Manuel, Editora Nacional, Madrid, 1979.

– *Discurso sobre el origen de la monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, reimpr. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

– *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación en los reinos de León y Castilla*, Tomo I, Madrid, 1834.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Aproximación al Derecho Constitucional Español. La Constitución de 1978*, Valencia, 1980.

MARTINO, Francesco de, *Storia de la Costituzione Romana*, II, 2ª edición, Nápoles, 1973.

MELLADO, Fernando, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Madrid, 1894.

MENDOZA OLIVÁN, Víctor, «Tipología de las leyes en la Constitución», *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, *Historia de España*, vol. XXV, Espasa-Calpe, Madrid, 1982.

MENÉNDEZ REXACH, Angel, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1979.

MESTRE, Juan Francisco, «Potestad reglamentaria y principio de legalidad», REDA, nº 57, 1988.

MIGUEL GARCÍA, Pedro de «Reuniones y acuerdos del Consejo de Ministros», RAP, nº 83, 1977.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934.

MOMMSEM, Theodor, *Compendio del Derecho Público romano*, Trad. al castellano por Pedro Dorado Montero, Madrid, 1893.

MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Cívitas, Madrid, 1994.

MONTORO CHINER, María Jesús, «Integración Europea y creación del Derecho», RAP, nº 128, mayo 1992.

MORALEA ARRIZABALAGA, Jesús, «La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)», en Colección de Estudios Altoaragoneses, nº8, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 1986.

MORÁN ORTÍ, Manuel, *Poder y gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, EUNSA, Pamplona, 1986.

MORENO GARBAYO, Natividad, *Colección de Reales Cédulas del Archivo Histórico Nacional*, Tomo I (1366-1804), Dirección General del Patrimonio artístico y cultural, Madrid, 1977.

MORILLO VELARDE, José Ignacio, «El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Cívitas, Madrid, 1989.

MORNET, Daniel, *Les origines intellectuelles de la Revolution française (1715-1787)*, 5ª edición, Armand Colin, París, 1954.

MUNGUÍA, Santiago, *Diccionario etimológico latín-español*, Anaya, Madrid, 1985.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho Español», RAP, nº 77, 1975.

MURGA, José Luis, *Derecho Romano clásico*, vol. II. El proceso, Zaragoza, 1983.

NAWIASKY, Hans, *Teoría General del Derecho* (T.O. *Allgemeine Rechtslehre als System der Rechtlichen Grundbegriffe*, trad. al castellano por J. ZAFRA VALVERDE), 2ª edición, Madrid, 1962.

NICOLSON, Harold, *La monarchie. Du droit divin aux constitutions modernes*, Bergamo, 1962.

OLIVER ARAUJO, Joan, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma de Mallorca, 1991.

OTTO, Ignacio de, «Sobre la Monarquía», en *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978.

– *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 3ª reimpresión, Barcelona, 1993.

PALACIO ATARD, Vicente, *La España del siglo XIX (1808-1898)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978.

PALAU Y DULCET, Antonio, *El Manual del librero hispanoamericano*, Vol. IV, Barcelona, 1951.

Paulys Realencyclopädie der classischen Altertunswissenschaft, Stuttgart, 1901, Vol. IV.II, voz «*decretum*».

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2ª edición, EDESA, 1987.

PÉREZ FRANCESCH, Juan Luis, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993.

– «Notas acerca del Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978. En especial su incidencia en el ejercicio de las potestades normativas», REP, n° 79, 1993.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Antonio, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965.

PÉREZ MARTÍN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1978.

PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

– «La Jefatura del Estado y democracia parlamentaria», REP, n° 39, 1984.

– «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en AAVV, *El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985.

– *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1995.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Cívitas, Madrid, 1976.

– *Escritos de Derecho Político*, I, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1984.

POKORNY, Julius *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch*, München, 1959.

POSADA HERRERA, José, *Lecciones de Administración*, Tomo I, Madrid, 1843.

QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, «La delegación legislativa en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, I, Cívitas, Madrid, 1991.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, «La responsabilidad del Estado Legislador», RAP, n° 135, 1994.

QUINTERO, César, *Los decretos con valor de ley*, Madrid, 1958.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel, «La problemática actual del Parlamento», REP, n° 1995.

REBOLLO PUIG, Manuel, «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», RAP, n° 125, 1991.

REQUEJO PAGES, Juan Luis, «Constitución y remisión normativa», RCEC, n° 39, 1993.

RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, 24ª edición, corregida y aumentada por Segismundo ROYO-VILLANOVA, Tomo I, Valladolid, 1964.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

– «Parlamento y Ley», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n° 1, 1995.

– *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, 1ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

RUGGIERO, Ettore de, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, Spoleto, 1910, Vol. II, voz «*decretum*».

SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, reimpresión, Méjico, 1994.

SALAS HERNÁNDEZ, Javier, «Los decretos leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», RAP, n° 51, 1966.

– *El decreto ley en la Constitución española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1979.

– «Los Decretos-Leyes en la teoría y práctica constitucional» en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. I, Madrid, Cívitas, 1991.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del Constitucionalismo Español*, 3ª edición, Madrid, 1974.

– «Poder Ejecutivo y división de poderes», REDC, n° 3, 1981.

Sánchez FÉRRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

SANTAMARÍA, Julián, «El papel del Parlamento durante la consolidación de la democracia y después», REP, n° 84, 1994.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, «Tribunal Constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos», RAP, nº 132, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano actual*, obra traducida al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1924.

SCHMITT, Carl, *Politische Theologie*, Munich, 1934.

– *Sobre el parlamentarismo* (t.o. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923)), Tecnos, Madrid, 1990.

SEGURA, Luis, «El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia de 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso RUMASA», RAP, nº 104, 1984.

SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, Ed. Nacional, Vol. I, Madrid, 1969.

SIEYES, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Estado Llano?*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, *La sanción y la promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

SOTELO, Ignacio, «La crisis de la democracia», Pol. Ext., nº 47, 1995.

STEPHANUS, Henrico, *Thesaurus Graecae Linguae*, Akademischer Druck, Graz, 1955.

– *Thesaurus Linguae Latinae*, Akademische Druck, Graz, 1934.

STRADLING, R.A., *Felipe IV y el gobierno de España (1621-1665)*, título original *Philip IV and the Government of Spain* Cátedra, Madrid, 1989.

SUÁREZ, Federico, *El proceso de convocatoria a Cortes (1808-1810)*, EUNSA, Pamplona, 1982.

– «Sobre las raíces de las Reformas de las Cortes de Cádiz», REP, nº 126, 1962.

The Oxford classical Dictionary, Oxford, 1957, voz «constitutiones».

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1980.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del Constitucionalismo Español*, Centro de Estudios Constitucionales, 11ª edición, Madrid, 1994.

– *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

– «Ministros y Gobierno en el Estado Moderno. Un análisis realista», DA, 188, 1980.

– «Las Cortes de 1810. Primeras medidas», CCFFC, nº 1, 1992.

TORNOS MAS, Javier, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la Jurisprudencia constitucional», RAP, 100-102, 1983.

TORRENT, Armando, *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982.

TORRES DEL MORAL, Antonio, «La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en la obra colectiva *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, dirigida por Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1983.

– *Constitucionalismo Histórico español*, Atomo ediciones, Madrid, 1991.

– «La Corona», RDP, nº 36-37, en el monográfico sobre «La reforma constitucional», Madrid, 1992.

– *Principios de Derecho Constitucional Español*, I, 3ª edición renovada, Madrid, 1992.

– «El lugar de las Cortes Generales en el sistema constitucional español», *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 1, 1995.

TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, (trad. al castellano por J. PRADERA), Tecnos, 4ª reimpression, Madrid, 1993.

TRAYTER, José María, *Los límites materiales del Decreto-Ley en la Constitución*, Santiago de Compostela, 1988.

TUÑÓN DE LARA, Manuel, «La coyuntura histórica española de 1930-1931», REP, nº 31-32 (monográfico sobre la II República española y la Constitución de 1931), 1983.

VACANT Y MANGENOT, *Dictionnaire de théologie catholique*, París, 1911, Tomo IV, voz «décret».

VALBUENA, Manuel de, *Diccionario Universal Latino-Español*, 4ª edición, Madrid, 1819.

VAN HOVE, *Prolegomena*, Roma, 1945.

VARELA SUANCÉS, Joaquín, «La monarquía en la Historia Constitucional española», RCGG, nº 30, 1993.

VEGA GARCÍA, Agustín de, *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?*, Tecnos, Madrid, 1991.

– «La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del decreto ley en la jurisprudencia constitucional española», REP, nº 6, 1990.

VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*, (trad. por Pablo LUCAS VERDÚ), Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

VILE, M.J.C., *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967.

VILLAR EZCURRA, José Luis, «Decreto», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1995.

VILLAR PALASÍ, José Luis, *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965.

VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Madrid, 1991.

VON STEIN, Lorenz, *Die Verwaltungslehre*, vol I, 2ª edición, 1869.

WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, Munich, 1988.

WILLEMS, Pierre, *Le Sénat de la République romaine*, vol. II, reproducción de la edición de 1883-1885 (Lovaina), Aalen, 1968.

– *Le droit public romain*, Lovaina, 1874.

WOLFF, Hans Julius, *Introducción Histórica al Derecho Romano*, traducción al castellano de José M^a Fernández Pomar, Santiago de Compostela, 1953.

ZAFRA VALVERDE, José, *El Derecho como fuerza social*, Pamplona, 1964.

– *Régimen político de España*, EUNSA, Pamplona, 1973.

– «La Constitución española extravagante», *La Ley*, n.º 290, noviembre, 1981.

– «La revolución 'legal' en España», en *Estudios en Homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, II, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

– *Teoría Fundamental del Estado*, Pamplona, 1990.

ADDENDA

El 23 de enero de 1997, cuando se ultima este trabajo para enviarlo a imprenta, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el *Proyecto de Ley del Gobierno*. Varios preceptos se refieren a la figura del decreto, y esto hace ineludible la formulación de unas, siquiera breves, consideraciones.

En lo que aquí nos interesa, destaca en este proyecto de ley la voluntad de consagrar legalmente lo que ya es *de facto*: la preeminentísima posición del Presidente del Gobierno en el sistema político español. Y así, se dice en la Exposición de Motivos dirigida a las Cortes que entre los tres principios que son pilares en el funcionamiento del Gobierno figura el de *dirección presidencial*.

En consonancia con este principio, y tal vez en un intento de adaptar la nomenclatura de los instrumentos dispositivos a la nueva realidad, se establece en el apartado 3 del artículo 23 del proyecto lo siguiente:

«Los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:

*1º) Disposiciones aprobadas por **Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros***

*2º) Disposiciones aprobadas por **Orden de las Comisiones Delegadas del Gobierno***

*3º) Disposiciones aprobadas por **Orden Ministerial**»*

Es de suponer que este artículo viene a sustituir al famoso 23.2 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (TR 26 de julio de 1957). De él, importa destacar aquí especialmente cómo se intenta establecer un nuevo tipo de decreto: el «del Presidente del Gobierno». Volveremos sobre este punto.

Más adelante, en el artículo 25 del proyecto de ley se regula «la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas». Se hace de la forma siguiente:

«Las decisiones de los órganos regulados en esta Ley revisten las formas siguientes:

*a) **Reales Decretos-Legislativos y Decretos-Leyes**, las decisiones que aprueban respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86 de la Constitución.*

*b) **Reales Decretos del Presidente del Gobierno**, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente.*

*c) **Reales decretos acordados en el Consejo de Ministros**, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica.*

*d) **Acuerdos del Consejo de Ministros**, las decisiones de dicho órgano que no deban adoptar la forma de Real Decreto.*

*e) **Acuerdos adoptados en Comisiones delegadas del Gobierno**, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales Acuerdos **revestirán la forma de Orden del Ministro de la Presidencia**, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros.*

*f) **Ordenes Ministeriales**, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios departamentos, revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los ministros interesados.*

A la vista de estos preceptos formularemos algunas reflexiones.

En primer lugar, es de notar la insistencia en consagrar legalmente esos *decretos presidenciales*, que consisten, por tanto, en *decisiones propias del Presidente del Gobierno en el ejercicio de las facultades que por Constitución y por ley se le encomiendan*. Esto se aprecia, como decimos, de una parte en el citado artículo 23 del proyecto, y de otra en el apartado b) del artículo 25. También se entiende implícita la figura del decreto presiden-

cial en otros dos preceptos: en el apartado j) del artículo 2, cuando al regular la posición y las facultades del Presidente del Gobierno se dice que le corresponde «*crear, modificar y suprimir por Real decreto, los departamentos ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno*»; y, en el apartado 2º del artículo 13 del proyecto: «*La sustitución de los ministros será determinada por Real Decreto del Presidente del Gobierno, debiendo recaer, en todo caso, en otro miembro del Gobierno*».

Por nuestra parte, hemos dejado ya apuntado en este trabajo lo conveniente y deseable que sería la creación del decreto presidencial para el buen orden del sistema español de producción dispositiva, e incluso indicamos las vías menos gravosas para su incorporación.

Siendo que en este proyecto de ley y otras leyes anteriores se reconoce la existencia de unos decretos que son decisiones personales del Presidente del Gobierno en el ejercicio de facultades que le son propias, es lógico para estos supuestos hablar ya abiertamente de Decreto del Presidente del Gobierno. Pero una vez que se dice legal y expresamente «Decreto del Presidente del Gobierno» resultan difícilmente sostenibles los aspectos siguientes:

uno) la elusión de la firma del Presidente en un decreto que, como se dice, es ya abiertamente «del Presidente del Gobierno», y que queda diferida al refrendo.

dos) con la firma del Jefe del Estado a título de autor (dispongo:). Sobre todo cuando en las leyes que establecen estos «decretos presidenciales» ya no se mantiene la ficción del «decreto del rey dictado *a propuesta* del Presidente del Gobierno».

tres) con la expresión «real» que antecede al término «decreto del Presidente del Gobierno». Dicha expresión, desde que surge en la historia, allá por el siglo XVII, no significa otra cosa que «que la decisión es voluntad del Rey». Igual que se habla hoy de orden «ministerial» para indicar que la orden procede de voluntad del ministro, aquí, el término «real» tiene un valor similar, y no es un simple tributo a la forma política del Estado español. Por eso, hablar de «Real decreto del Presidente del Gobierno» es lo mismo que decir «Decreto del Rey del Presidente del Gobierno». Salta a la vista que esta fórmula roza peligrosamente el ridículo, al intentar poco menos que la cuadratura del círculo. Teniendo en cuenta que de mantenerse es previsible su aparición reiterada en las páginas del Boletín Oficial del Estado, no sería de extrañar que cualquier estudiante aventajado hiciera notar lo que tiene de absurdo.

En opinión de quien suscribe estas líneas, lo anterior no hace más que confirmar la tesis defendida en este trabajo: la clamorosa necesidad de incorporar en España la figura del Decreto presidencial, que poco tiene que ver con lo que se ha hecho en este proyecto de ley del Gobierno.

Sépanse que la incorporación del decreto presidencial no sería distinto de lo que en su día se hizo con la que hoy es orden ministerial: en su origen era «De orden del Rey» o «Real Orden». Pues bien, cuando dichas órdenes, como consecuencia de la evolución del sistema político, expresaban ya abiertamente la voluntad del ministro y no la del Rey, pasaron a llamarse «órdenes ministeriales» y a firmarse por el ministro a título de autor, quien se hacía responsable de lo dispuesto por él. Imagínese que, en lugar de haber optado por la vía lógica que se siguió, para adaptar la «orden» a los tiempos, se hubiera decidido bautizarla con el nombre de «Real Orden ministerial o del ministro». Pues una cosa así es la que hoy se propone para el caso del decreto.

Por eso, una vez que se ha superado en los textos legales la ficción del decreto del Rey dictado «a propuesta del Presidente o de su Consejo de Ministros» debe pensarse con seriedad en la incorporación del decreto presidencial, pero más allá de las simples fórmulas que, como hemos visto, tienen el riesgo de llevar al ridículo, aparte de no servir para nada. Por otra parte, como queda recogido en el trabajo, este paso ha sido dado ya en países como Francia, Marruecos, Suecia o, finalmente, Alemania.

En segundo lugar, importa llamar la atención sobre esos «Acuerdos del Consejo de Ministros» cuya configuración legal se pretende en el apartado d) del artículo 25 del proyecto de ley.

En este trabajo nos hemos referido con detenimiento a esa práctica que consiste en que ciertos «acuerdos del Consejo de Ministros» que deberían, en razón del autor, revestir la forma de decreto se deslizan a través de instrumentos dispositivos de inferior categoría como son la orden ministerial y la resolución, desvirtuando no sólo la figura del decreto, sino también la de esos dos últimos instrumentos dispositivos.

Tal y como la figura se recoge en el proyecto de ley del Gobierno más que solucionar un problema de la práctica, inexplicablemente, lo que se hace es dar cobertura legal a un vicio del proceso de creación de actos y disposiciones del Consejo de Ministros que, como es de suponer por su carácter espurio presenta problemas. En una primera aproximación a la figura encontramos las siguientes trabas:

uno) en razón de qué criterio unos acuerdos del Consejo de Ministros revestirán la forma de decreto y otros no. ¿En razón de la importancia? ¿en razón de la urgencia?

dos) ¿Quién firma estos Acuerdos del Consejo de Ministros? Hasta la fecha el vicio ha consistido en publicarlos por orden ministerial o resolución que firma el autor formal correspondiente de estos instrumentos dispositivos; pero eso no tiene mucho sentido. Nos remitimos a la crítica hecha en las páginas de este trabajo.

tres) ¿Qué posición ocupan estos acuerdos en la jerarquía de las disposiciones? La lógica indica que han de tener la que corresponde al órgano que los dicta: el Consejo de Ministros. Por tanto deberían situarse al nivel de los decretos. Nada se dice en el proyecto de ley. En la práctica, al exteriorizarse por orden o resolución, podrían ser derogados por un ministro o un secretario o subsecretario, y no parece lógico que un órgano inferior pueda derogar lo acordado por un órgano superior.

Por nuestra parte ya hemos indicado en el trabajo que esa anomalía, a la que ahora se pretende elevar a la categoría de vicio legal, tiene solución con la configuración del decreto presidencial tal y como lo proponemos.

Concluimos estas páginas con la esperanza de que el buen hacer del Parlamento permita sacar adelante una Ley del Gobierno de calidad política y técnica.

INDICE GENERAL

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCION	11

PARTE HISTORICA

CAPITULO PRIMERO

ETIMOLOGIA Y ANTIGUOS ORIGENES

I. RASTREO ETIMOLOGICO

1. Indicios de una riqueza semántica	21
2. Etimología	24

II. ORIGENES DE LA INSTITUCION

1. El decreto en Roma	27
2. Recepción en los primeros tiempos de la Iglesia	32

III. EL DECRETO EN EL ANTIGUO ORDEN MONARQUICO

1. Consideraciones generales	37
2. El decreto en las más antiguas monarquías hispánicas	38
3. El decreto en la monarquía limitada	40

3.1. El decreto como acto regio con asistencia	40
3.2. Irrupción del «real decreto»	43
4. Absolutismo y uso generalizado del decreto	47

CAPITULO SEGUNDO
EL DECRETO EN LA HISTORIA CONTEMPORANEA (I):
EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

II. REVOLUCION FRANCESA: DECRETOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL

1. Decretos de la Asamblea Nacional Revolucionaria	53
2. Mentalidad subyacente a los decretos de asamblea	56
3. Decretos de crisis: manifestación antonomástica del decreto	56

III. DECRETOS DE CORTES EN LOS ORIGENES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

1. Contexto histórico de las Cortes de Cádiz y caótico panorama dispositivo	58
2. Irrupción del decreto en las Cortes de Cádiz	60
2.1. Situación constitucional	60
2.2. Los decretos de Cortes	62
2.2.1. Significación	62
2.2.2. Publicación y caracteres externos	63
2.2.3. Regulación y tipos	64

IV. EL DECRETO EN LA MONARQUIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

1. Contexto histórico	67
1.1. La era de la monarquía parlamentaria	67
1.2. Afianzamiento del Consejo de Ministros	69
2. Tipos y caracteres de los decretos	72
3. Tipología de los decretos en razón de la eficacia	75
3.1. Decretos constitucionales	75
3.2. Decretos legislativos	77
3.2.1. Decretos legislativos delegados	78
3.2.2. Decretos legislativos de urgencia	81
3.2.3. Decretos legislativos independientes	84

3.3. Decretos ejecutivos	86
3.4. Decretos de significación jurisdiccional	88
V. DECRETOS DE CRISIS ENTRE LOS SIGLOS XIX Y XX	89

CAPITULO TERCERO
EL DECRETO EN LA ESPAÑA CONTEMPORANEA (II):
DE LA II REPUBLICA A LA TRANSICION

I. EL DECRETO DURANTE LA SEGUNDA REPUBLICA

1. El decreto de crisis en los comienzos de la II República	91
2. Reaparición de los decretos de Cortes	94
3. El decreto en el sistema constitucional de 1931	95
3.1. Tipos y caracteres	95
3.2. Tipología en razón de la eficacia	97
3.2.1. Decretos constitucionales	98
3.2.2. Decretos legislativos	98
A. Decretos legislativos delegados	99
B. Decretos legislativos de urgencia	100
C. Decretos legislativos independientes	101
3.2.3. Decretos ejecutivos	102
3.2.4. Decretos de significación jurisdiccional	103

II. EL DECRETO DURANTE EL REGIMEN DE FRANCO

1. Los decretos de crisis de la Junta de Defensa Nacional	105
2. El decreto: instrumento dispositivo personal de Franco	105
3. El decreto desde la ley constitutiva de las Cortes (1942) hasta la sucesión en la Jefatura del Estado	109
3.1. Tipos y caracteres externos de los decretos	111
3.2. Tipología de los decretos en razón de la eficacia	113
3.2.1. Decretos constitucionales	113
3.2.2. Decretos legislativos	114
A. Decretos legislativos delegados	115
B. Decretos legislativos de urgencia	117
C. Decretos legislativos independientes	119
3.2.3. Decretos ejecutivos	121
3.2.4. Decretos de significación jurisdiccional	124

4. Sinopsis: Jefatura del Estado y Gobierno, desde el punto de vista del decreto al expirar el Régimen de Franco	124
III. TRANSICION POLITICA	124

PARTE ANALITICA

CAPITULO CUARTO PANORAMICA ACTUAL DEL DECRETO EN ESPAÑA

I. CONSIDERACIONES GENERALES. Presupuestos constitucionales.	131
II. ESTUDIO ANALITICO DEL DECRETO EN LA ESPAÑA ACTUAL	136
1. Generalidades	136
2. Decretos del Jefe del Estado	136
3. Decretos del Gobierno; los decretos subrepticios	138
4. Apariencia externa de los decretos	146
5. Tipología de los decretos en razón de la eficacia jurídica	148
5.1. Decretos del Jefe del Estado	148
5.1.1. Decretos de significación constitucional	148
5.1.2. Decretos de significación legislativa	149
5.1.3. Decretos de significación ejecutiva	150
5.2. Decretos del Gobierno	150
5.2.1. Decretos de significación constitucional	150
5.2.2. Decretos de significación legislativa	152
A. Decretos legislativos delegados	152
a. Aproximación conceptual	152
b. Práctica	155
B. Decretos legislativos de urgencia	157
a. Aproximación conceptual	157
b. Práctica	164
C. Decretos legislativos independientes o residuales	168
5.2.3. Decretos de significación ejecutiva	171
5.2.4. Decretos de significación jurisdiccional	174
6. Balance crítico y recomendaciones	175
BIBLIOGRAFIA	181
ADDENDA	201

