

LA JERARQUIA DE LAS FUENTES EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO DEL ESTADO ESPAÑOL

El hecho fundamental del actual ordenamiento jurídico español es el establecimiento de un nuevo *régimen* (se habla a veces incluso de un «Nuevo Estado»); es decir, de la ruptura del régimen republicano instaurado el 14 de abril de 1931 y estructurado por la Constitución de 9 de diciembre del mismo año (1), que, a su vez, había reemplazado al régimen monárquico de la Restauración y a la Constitución de 1876.

Desde el punto de vista jurídico queda abierto un proceso constituyente, probablemente no cerrado todavía, y cuyas diversas fases no es este el momento de analizar (2), con la constitución, por Decreto de 24 de julio de 1936 (3); de la Junta de Defensa, y cuyo artículo único dice así: «Se constituye una Junta de Defensa Nacional, que asume todos los poderes del Estado y representa legítimamente al País ante las potencias extranjeras». Entre los poderes asumidos figuraba, por supuesto, el poder legislativo.

(1) V. Nicolás Pérez Serrano, «La Constitución española (9 de diciembre de 1931)», Madrid, 1932, y el dictamen de la Comisión sobre legitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936, Barcelona, 1939.

(2) Ver mi trabajo «Así se gobierna España», 2.ª ed., Madrid, 1952.

(3) B. O. del 25. Empieza un nuevo régimen, pero con instituciones antiguas (El Ejército, el Boletín Oficial, las tradiciones del pueblo español, etcétera).

Las normas emanadas tomaban la forma de Decretos, «previo acuerdo de la misma» Junta de Defensa, debían ser «autorizados con la firma del Presidente» y «publicados en el Boletín Oficial». Por supuesto, continuaba en vigor la mayor parte del ordenamiento jurídico nacional, con textos desde las Partidas y el Derecho foral, hasta muchísimos del propio régimen republicano fencido (4).

El segundo paso en la organización del régimen lo constituyó el llamado «Decreto de Nombramiento», de 29 de septiembre de 1936 (5), por el cual «se nombra Jefe del Gobierno del Estado español» (6) al Excelentísimo señor don Francisco Franco Bahamonde, «quien asumirá todos los poderes del nuevo Estado». La Junta de Defensa que ha sustituido al viejo régimen, transfiere todos sus poderes en el nuevo a quien debía ser el glorioso Caudillo en la guerra y en la paz.

La ley (7) de 1 de octubre de 1936 (8) creó la Junta Técnica del Estado y otros organismos, que vinieron a ser un embrión de la Administración central, de matiz deliberadamente provisional.

El Decreto de 19 de noviembre de 1936 (9) estableció su Reglamento orgánico y de procedimiento, en el cual encontramos un intento, también provisional (10), de establecer unos métodos de creación de normas jurídicas, y de jerarquizarlas. Las normas previstas son (11):

(4) Que aun conservaba la Capital y buena parte del territorio nacional.

(5) B. O. del 30.

(6) La terminología tuvo muy corta vida y pronto se dijo «Jefe del Estado» simplemente.

(7) Obsérvese que inmediatamente después del Decreto de Nombramiento, ya se emplea la palabra *ley* para designar una norma jurídica.

(8) B. O. del 2.

(9) B. O. del 19.

(10) El preámbulo de la ley de 30 de enero de 1938 dirá más tarde que «la rapidez con que hubo de proveerse la organización embrionaria del Estado, imprimió a éste de modo necesario un carácter de provisionalidad».

(11) El artículo 3 decía: «Las disposiciones que nazcan de la Administración Central han de adoptar una de las siguientes formas». Hay, pues, una preocupación por la garantía formal.

A) LEYES: «cuando se trate de regular materias que afecten a la constitución del Estado» (12).

B) DECRETOS-LEYES: «En los casos que deba ser modificada la legislación anteriormente establecida por una ley» (13).

C) DECRETOS: «cuando se trate de modificar legislación anteriormente establecida por un decreto» (14); 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»; y finalmente, «en los casos que se establezcan o modifiquen servicios generales de los Departamentos».

D) ORDENES: «para la ejecución de los Decretos-leyes o Decretos»; en «los nombramientos que puedan hacerse sin necesidad de expediente con arreglo a la legislación vigente»; y «para todas aquellas resoluciones que, como consecuencia de un expediente, se dictan con carácter general».

Se distinguía entre las Ordenes GENERALES y las Ordenes DE COMISION, debiendo ser suscritas por el Presidente de la Junta Técnica o por el Presidente de la respectiva Comisión en uno u otro caso (15).

El tercer paso fué dado por la ley de 30 de enero de 1938, que organizó ya un Gobierno de tipo normal y sus Departamentos. En su artículo 17 se reiteraba la asunción,

(12) Son de notar dos cosas en este inciso a) del artículo 3:

a) La Constitución (en sentido material) se hace objeto de la ley (en sentido formal).

b) El artículo 4, que regula quien ha de firmar cada tipo de norma, nada dice respecto de la ley.

(13) Aquí el Decreto-ley reemplaza a la ley formal; y ésta, en tanto en cuanto que fuese requerida en la legalidad anterior. En efecto; el inciso b) del artículo 3 impone también la *forma* de Decreto-ley en «los nombramientos, ceses y concesión de honores, recompensas, etc., que precisen de una ley con arreglo a la legislación vigente».

(14) Según el art. 4, «la firma de los Decretos-leyes y Decretos corresponde al Jefe del Estado español».

(15) Artículo 4.

por el Jefe del Estado, de la potestad legislativa (16) y se precisaba una jerarquía normativa más sencilla que la anterior:

a) LEYES: «cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico» (17).

b) DECRETOS: «en los demás casos». Es decir, las demás «disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado», que, como las leyes, debían dictarse «previa deliberación del Gobierno y a propuesta del Ministro del ramo» (18).

c) ORDENES. Era la forma que debían *revestir* «las resoluciones y disposiciones de los Ministros» en «el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en general, en la realización de las funciones administrativas» (19).

Esta clasificación fué expresamente confirmada por el artículo 7 de la ley de 8 de enero de 1939 (20), que reorganizó el Gobierno y que suavizó las disposiciones del citado artículo 17 de la ley de 30 de enero de 1938, dejando aún más exenta la potestad legislativa del Jefe del Estado. En efecto; se dice lo siguiente: «Correspondiendo al Jefe del Estado *la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general*, conforme al artículo 17 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 de decretos*, podrán

(16) «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» (art. 17. párr. 1 de la citada ley de 30 de enero de 1938. B. O. del 31).

(17) Expresión clásica, muy adecuada al momento. Obsérvese que de todos modos, la ley sigue elevada un grado dentro de la jerarquía normal (sólo es *ley* la *ley constitucional*).

(18) El Decreto viene, pues, a ser una especie de *ley formal*, toda vez que la potestad reglamentaria pasa a ser ejercida por simple Orden ministerial.

(19) La Orden adquiere, pues, un carácter netamente normativo en sectores amplísimos.

(20) B. O. del 9.

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» (21).

Esta situación, de la cual subsiste una parte interesante (22) no se modificó hasta la trascendental Ley de 17 de julio de 1942 (23), de creación de las Cortes Españolas.

El preámbulo de la misma hablaba de «la creación de un régimen jurídico», de «la ordenación de la actividad administrativa del Estado» y del «encuadramiento del orden nuevo en un sistema institucional», así como de la conveniencia de que «tanto para lograr la mejor calidad de la obra, como para su arraigo en el país», intervinieran en la tarea legislativa «representaciones de los elementos constitutivos de la comunidad nacional». Se desea «el contraste de pareceres, dentro de la unidad del régimen, le audiencia de aspiraciones, la crítica fundamentada y solvente, la intervención de la técnica legislativa», para que todo contribuya

(21) Debe suponerse que para nueva deliberación, pues, de otro modo el precepto carecería de todo sentido.

Antes de esta última ley, una disposición tan importante como el Fuero del Trabajo, que más tarde ha sido incluido en el número de las «leyes fundamentales», fué objeto no de una ley, sino de un simple Decreto (de 9 de marzo —de 1938—, B. O. del 10).

A pesar de tratarse de una importante declaración («declaramos», «el Estado se compromete», etcétera), en la que, como expresa la propia Exposición de Motivos, «el Estado español, *raciën establecido*, formula estas declaraciones que inspirarán su política social y económica».

Ver a este respecto Serrano, «El Fuero del Trabajo».

(22) La vigencia de las dos leyes citadas, de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, ha sido cuidadosamente reiterada en varias ocasiones, perjuicio de su modificación parcial. Así, en el preámbulo de la ley de creación de las Cortes Españolas («continuando en la Jefatura del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, en los términos de las leyes de...» etcétera) y en el de la ley de 22 de octubre de 1945 creando el Referéndum («esta Jefatura del Estado, en uso de las facultades que le reservan las leyes de...», etcétera).

(23) B. O. del 19.

«a la vitalidad, justicia y perfeccionamiento del Derecho positivo» (24). Se estima, pues, insuficiente la colaboración política que supone la deliberación del Gobierno y la cooperación técnica asegurada por organismos ad hoc, como el Instituto de Estudios Políticos, y se vuelve a una determinada concepción de la *ley formal*, como obra en la que interviene un *órgano deliberante y representativo*. Se dice, en efecto, que «es misión principal de las Cortes la *preparación y elaboración de las leyes*, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado» (25), y que «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» (26).

La ley de creación de las Cortes Españolas aportó otro elemento importante a la teoría y sistema de las fuentes en el régimen español. En efecto; los artículos 10 y 11¹ establecen una triple consideración de: a) las materias que son objeto de leyes (27) de especial trascendencia, de las que han de conocer las Cortes en pleno; b) las materias que, sin estar comprendidas en esas que destaca el artículo 10, «deban revestir forma de ley»; c) las demás

(24) Es más; se reconoce expresamente que «azores de una anomalía que, por evidente, es ocioso explicar, han retrasado la realización de este designio»; y «superada la fase del Movimiento Nacional en que no era factible llevarla a cabo, se estima llegado el momento de establecer un órgano que cumpla aquellos cometidos». Dicho órgano se define en el art. 1 de la Ley como «el *órgano superior* de participación del pueblo español en las tareas del Estado». Y el propio preámbulo señala su *entronque* con las tradicionales Cortes españolas. Por tanto, he de discrepar de la interpretación dada a esta ley, *empuñando* la institución, por Javier Coñde, en su libro «Representación política y régimen español», Madrid, 1945.

(25) Artículo 1.

(26) Preámbulo.

(27) Se trata de ley en sentido *formal*. El art. 10 dice: «actos o leyes», reconociendo que puede haber actos legislativos que no tengan carácter de *ley material* (Vbgr. concesiones de pensiones). Expresamente se prevé el caso de la ratificación de tratados (art. 11) y otros (art. 15); y en el inciso final del art. 10 se dice: «Igualmente, el Gobierno podrá someter al Pleno materias o acuerdos que no tengan carácter de ley».

materias en las que no es necesaria la ley, para cuya determinación se crea un órgano que resuelva en los casos de duda (28). Por otra parte, reaparece; d) la figura del decreto-ley, con unas características semejantes a las de los Estados constitucionales (29).

Examinemos cada una de estas figuras:

a) Según el artículo 10, «las Cortes conocerán en pleno (30) de los actos o leyes que tengan por objeto alguna de las materias siguientes»... Sigue una enumeración que no es exhaustiva (31) y que comprende, en primer lugar, las *materias constitucionales* (32), y en general, las *bases orgánicas de la Administración* (33), del *Derecho* (34), de la *Economía* (35) y de la *Educación nacional* (36). Comisiones de las Cortes todas las demás disposiciones que

(28) La cuestión ahora tiene importancia, una vez que se crea un órgano distinto del Gobierno, para intervenir en las disposiciones con rango de ley. Se garantiza así que determinadas materias no serán sustraídas a su conocimiento.

(29) Por la misma razón indicada en la nota anterior.

(30) Por supuesto, «los proyectos de ley que hayan de someterse al Pleno, pasarán previamente a informe y propuesta de las Comisiones permanentes».

(31) El apartado m) dice: «Las demás leyes que el Gobierno, por sí o a propuesta de la Comisión correspondiente, decida someter al pleno de las Cortes».

(32) Apartado f) «Leyes básicas de regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad española y de los deberes y derechos de los españoles», y apartado g) «la ordenación político-jurídica de las instituciones del Estado».

(33) Apartado j) «las bases de la organización judicial y de la administración pública»; y apartado h) «las bases del régimen local».

(34) Apartado i) «las bases del Derecho Civil, Mercantil, Social, Penal y Procesal».

(35) Apartados: a) «Los presupuestos ordinarios y extraordinarios del Estado»; b) «Las grandes operaciones de carácter económico y financiero»; c) «El establecimiento o reforma del régimen tributario»; d) «La ordenación bancaria y monetaria»; e) «La intervención económica de los Sindicatos y cuantas medidas legislativas afecten, en grado trascendental, a la economía de la Nación»; k) «Las bases para la ordenación agraria, mercantil e industrial».

(36) Apartado l) «Los planes nacionales de enseñanza».

b) Según el artículo 12, «son de competencia de las no estén comprendidas en el artículo 10 y que deban revestir forma de ley».

Debe aclararse que así como el artículo 10 ha sido interpretado progresivamente en el sentido de que las Cortes no sólo deben aprobar las *bases* de las leyes (37), sino los textos definitivos (38), así también en la práctica todos los dictámenes de las Comisiones son puestos en conocimiento del Pleno (39).

c) Respecto a la determinación de lo que a una materia corresponde según su rango, es decir, una ley o una disposición de rango inferior, el artículo 12 fija dos criterios. En primer lugar, «porque así se establezca en alguna (ley) posterior a la presente» (40). En segundo lugar, «porque se dictamine en dicho sentido por una Comisión compuesta por el Presidente de las Cortes, un Ministro designado por el Gobierno, un miembro de la Junta Política, un Procurador en Cortes con título de Letrado, el Presidente del Consejo de Estado y el del Tribunal Supremo de Justicia». Esta Comisión «emitirá dictamen a requerimiento del Gobierno, por propia iniciativa de éste o a petición del Presidente de las Cortes».

d) En cuanto a los Decretos-leyes, la Ley de creación de las Cortes Españolas dispuso, en su artículo 13, lo siguiente: «En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-ley, las materias enunciadas (41) 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 pro-

(37) Como en la ley de Bases de Régimen Local (1915), la ley de Bases de Arrendamientos Urbanos (1.916), etcétera.

(38) Como en la ley sobre Sociedades Anónimas (1950) y Sociedades de Responsabilidad Limitada (1.953), etcétera.

(39) Y no, como pudiera inferirse, remitidos directamente al Gobierno.

(40) *A sensu contrario*, no en otras anteriores (Como era el criterio del Decreto de 19 de noviembre de 1936 ya citado).

(41) Y, por lo tanto, también los constitucionales.

puestas de modificación que, en su caso, se estimen necesarias» (42). Este artículo fué modificado en su redacción por la ley de 9 de marzo de 1946 (43), que lo dejó en esta forma: «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».

Vigente la ley de Cortes, éstas aprobaron el 17 de julio de 1945 el Fuero de los Españoles, «con el carácter de *ley fundamental* reguladora de los derechos y deberes» (44), previéndose en el artículo 34 del Fuero la futura—y todavía no inaugurada—categoría de *leyes orgánicas* de los respectivos derechos y garantías: «Las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero».

La ley de 22 de octubre de 1945 (45) aportó nuevos e importantes elementos a la doctrina de las fuentes. Por una parte, es una «Ley de la Jefatura del Estado»; es decir, dictada por el Jefe del Estado sin intervención de las Cortes, y sin carácter de Decreto-Ley, con expresa mención de «las facultades que le reservan las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939» (46). Por otra parte, se crea un *referéndum legislativo*. La Ley faculta al Jefe del Estado para someter a referéndum, «cuando la trascendencia de determina-

(42) El procedimiento funcionó, efectivamente, en varias ocasiones.

(43) B. O. del 11.

(44) Artículo único.

(45) B. O. del 24.

(26) Resulta claro: a) Que la *reserva* es, más bien, la que entonces se hace en relación con la Ley de creación de las Cortes Españolas; b) Que se establece una distinción entre la «Ley de la Jefatura del Estado» y el «Decreto-Ley del Gobierno»; c) Que en aquélla se incluye muy específicamente la materia constituyente. Por otra parte —d)— es indudable que tales leyes están, en todo caso, sometidas a las disposiciones posteriores, y en cierto modo *rigidas*, de la ley de Sucesión.

das leyes lo aconseje o el interés público lo demande», «los proyectos de leyes elaborados ya por las Cortes» (47).

Finalmente, la ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, aprobada por el Pleno de las Cortes el 7 de junio, y sometida a referéndum, por Decreto de 8 de junio, que se celebró con clamoroso éxito el 6 de julio de 1947, completó (hasta lo que puede apreciarse el día de hoy) el sistema español de fuentes, creando una categoría especial de *leyes fundamentales* (artículo 10).

El preámbulo aludía a las circunstancias extraordinarias creadas por la «conflagración universal apenas terminada nuestra Cruzada»; a cómo éstas «han venido retrasando el *proceso constitutivo y de perfeccionamiento* de nuestro Estado»; al momento llegado de «continuar la obra *institucional* de nuestro *régimen*». Se alude a que la «coyuntura feliz» de su instauración «no es fácil se repita», por lo que «han de ser en lo sucesivo *las leyes* las que, recogiendo la voluntad de los españoles, aseguren las sucesiones ulteriores en la suprema Jefatura de la Nación, y den al *Estado nacido de la victoria* estabilidad, continuidad y permanencia» (48). Se alude a la necesidad de respetar el «pensamiento de los *distintos*

(47) No se trata, evidentemente, de una *garantía* frente a las Cortes, que sería innecesaria, toda vez que el Jefe del Estado dispone de la *sanción* (art. 1 de la Ley de Cortes) y de la facultad de «devoiver las leyes a las Cortes para nuevo estudio» (artículo 17), sino de:

a) Averiguar si efectivamente responden al sentir nacional (El preámbulo habla de garantizar a la Nación contra el desvío que la historia política de los pueblos viene registrando de que en los asuntos de mayor trascendencia o interés público, la voluntad de la Nación pueda ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios), lo que de modo claro en la mente del legislador incluye al propio Gobierno); y

b) de adornar con el sufragio popular determinadas medidas de gran importancia.

(48) Prudentemente se añade que la forma *constitucional* ha de ser *abierto*, para no impedir el avance de la transformación social («sin que por ello pueda ponerse en peligro la grande y trascendente obra social que caracteriza el resurgir español»); y además, para no cerrar el camino a los posibles y necesarios perfeccionamientos que, en su día, el interés de la Nación demande y la voluntad de los españoles refrende.

sectores políticos» que integran la Nación en la elaboraci6n de «las *leyes constitutivas* de nuestro Estado»; es decir, «levantando sobre cuanto no es com6n y alejado de cuanto pudiera, en este orden, separarnos», en torno del «ideario general que a todos interesa», para lograr as6 «la asistencia general y la continuidad en el tiempo que materia tan importante demanda».

La «ley institucional» de Sucesi6n buscaba, pues, —aparte de su contenido espec6fico, que no es 6ste el momento de estudiar— el consagrar «los principios espirituales, patri6ticos y sociales que el Movimiento alumbr6»; es decir, «la permanencia en las esencias del Movimiento, legitimidad de ejercicio, continuidad en la obra social y servicio a la voluntad de la Naci6n».

À este efecto, despu6s de disponer en su art6culo 9 que el Jefe del Estado deber6, entre otras cosas, «jurar las *Leyes fundamentales*, as6 como lealtad a los *principios* que informan el Movimiento Nacional», establece en su art6culo 10 que «son *leyes fundamentales* de la Naci6n: el Fuero de los Espa6oles, el Fuero del Trabajo, la Ley constitutiva de las Cortes, la presente Ley de Sucesi6n, la del Refer6ndum Nacional y *cualquier otra que en lo sucesivo se promulgue confiri6ndole tal categor6a*». Para derogar o modificar estas leyes «ser6 necesario, adem6s del acuerdo de las Cortes, el refer6ndum de la Naci6n» (49).

Por lo tanto, y en virtud del juego combinado de estas normas constitucionales y de la teor6a general de las fuentes establecida en el T6tulo preliminar del C6digo Civil (50) y en los dem6s C6digos y leyes vigentes, estimamos que el sistema y jerarqu6a de las mismas en nuestro ordenamiento jur6dico es el siguiente:

(49) Debe anotarse que, entre las misiones que se confieren al Consejo del Reino, creado por el art. 1 de la Ley de Sucesi6n, figura una de tipo legislativo. Seg6n el art. 5, n6mero 1, el Consejo debe ser o6ido, preceptivamente, en caso de «devouci6n a las Cortes para nuevo estudio, de una ley por ellos elaborada».

(50) «De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicaci6n», art6culos 1-16.

1. LEYES FUNDAMENTALES, en el sentido del artículo 10 de la Ley de Sucesión (51).

Estas leyes se caracterizan por:

a) Ser de *número abierto*, toda vez que expresamente se prevé la dación de otras nuevas.

b) Recibir dicha categoría, las que no han sido ya incluidas en el artículo 10 citado de la Ley de Sucesión, en virtud de un *pronunciamiento* formal en el acto de su promulgación (52).

c) Condición de *rigidas*. Sólo pueden ser derogadas o modificadas por acuerdo de las Cortes (53) y por referéndum nacional (54).

2. LEYES CONSTITUCIONALES NO FUNDAMENTALES.

(51) No habiéndose, por ahora, promulgado ninguna otra «confiriéndole tal categoría», éstas son por su orden:

1.º El Fuero de los Españoles. Fué aprobado por ley de las Cortes y ya entonces designada como ley fundamental (17) de julio de 1945.

2.º El Fuero del Trabajo. Fué aprobado por Decreto (9 de marzo de 1938) y parte de sus disposiciones habían sido ya refundidas en el Fuero de los Españoles (Cap. III, arts. 24 ss.). Ambas leyes fundamentales vienen, pues, a integrar el equivalente de la parte *dogmática* de las Constituciones clásicas.

3.º La Ley constitutiva de las Cortes. Estas fueron creadas por ley de 17 de julio de 1942, modificada por «ley de la Jefatura del Estado» de 9 de marzo de 1946. (No se incluye dentro de esta ley fundamental el Reglamento, aprobado por ley de 5 de enero de 1943 y adicionado por las propias Cortes en resolución de 15 de julio de 1946; B. O. de 8 de enero de 1943 y 18 de julio de 1946 respectivamente).

4.º La Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 6 de julio de 1947 (Primera ley fundamental aprobada en referéndum nacional).

5.º La Ley del Referéndum nacional (Ley de la Jefatura del Estado de 22 de octubre de 1945).

(52) Recuérdesse que el art. 1 del Código Civil hace sinónimas promulgación y publicación. «Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la Gaceta» (hoy Boletín Oficial del Estado).

(53) Parece, pues, que quedan excluidos, en este caso, la «Ley de la Jefatura del Estado» y el Decreto-Ley.

(54) Obsérvese en cambio, que ni este requisito, ni el anterior, se exigen para la *promulgación* de *nuevas* leyes fundamentales.

las facultades para «dictar normas jurídicas de carácter ge-

Es evidente que tal jerarquía ha de reconocerse a *todas las leyes vigentes que por su naturaleza sean constitucionales* y no hayan recibido formalmente la jerarquía y rigidez de las fundamentales. Sin ánimo de emprender un análisis exhaustivo, es evidente que tal concepto corresponde al:

Decreto de Nombramiento, de 29 de septiembre de 1936 (55), y a las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939.

A continuación de estas dos supremas categorías de normas escritas, vendrían las LEYES ORDINARIAS. Entre ellas, cabe distinguir:

3. LEYES ORDINARIAS, APROBADAS EN CORTES Y SOMETIDAS A REFERENDUM (VOLUNTARIO).

Hay que suponer que muchas de las leyes sometidas a referéndum, en los términos de la Ley de 22 de octubre de 1945, serán de rango constitucional. Pero habrá otras que no, sin perjuicio de que ello les asegure, indudablemente, un elevado rango normativo.

4. LEYES ORDINARIAS APROBADAS EN CORTES

Dentro de las cuales cabe distinguir las de mayor relieve, que enumera el artículo 10, y las que pueden ser sometidas al procedimiento abreviado del artículo 12; y las que sólo sean leyes en sentido formal, de las que lo sean también en sentido material.

Otra distinción muy importante es entre leyes de Bases y leyes propiamente dichas; existiendo, en el primer caso, un texto de bases y otro articulado por el Ministerio correspondiente (56).

5. LEYES DE LA JEFATURA DEL ESTADO.

Dictadas (antes o después de 1942) (57) en uso de

(55) Reforzado por Ley y Referéndum, por el tenor del art. 2 de la Ley de Sucesión.

(56) Vbgr. la ley de Bases, de 31 de diciembre de 1946, de Arrendamientos Urbanos y el texto articulado de 31 de marzo de 1947.

(57) En realidad, desde 1942 su empleo ha sido completamente excepcional.

neral», conferidas por las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939.

6. Con el mismo rango legal aparecen los DECRETOS LEYES a que se refiere el artículo 13 (según modificado) de la Ley constitutiva de las Cortes Españolas (58).

7. Es tradicional en el Derecho español la distinción entre CODIGOS y LEYES ESPECIALES, teniendo los primeros, y muy especialmente el Código Civil, el carácter de *Derecho común* y supletorio (59).

Todas estas normas, es decir, las leyes de todas clases, constitucionales o no, están protegidas por una serie de garantías generales del ordenamiento jurídico, que propende a basarse en la norma escrita (60). De modo que:

A) Se presume su conocimiento. Es decir, que obligan se conozcan o no. «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (artículo 2 del C. Civil).

(58) Estos Decretos-leyes entran de lleno en la categoría de ordenanzas de necesidad, y después de la modificación de 1916 aparecen convalidados de antemano. No deben confundirse con los *decretos legislativos* articulando una ley de Bases o desarrollando, de cualquier otro modo, una delegación o autorización de las Cortes.

(59) Así, el Código de Comercio se remite en su art. 2 al «Derecho común» (al Código Civil o al Derecho foral en su caso, como Derecho *privado* común). En el art. 50 declara que los contratos mercantiles se regirán por las disposiciones del propio Código, por las *leyes especiales* y por las «reglas generales del Derecho común», y en el art. 943 alude también a las disposiciones del «Derecho común».

V. también Código Civil, arts. 16, 429 y 1.101; y Código Penal, art. 7; etc. Debe añadirse que el Título Preliminar del Código Civil es «Derecho común general», es decir, incluso para las normas de Derecho público.

(60) Es más se viene entendiendo que leyes, en este sentido, son todas las *disposiciones escritas*. De todos modos, y aunque éste es el criterio del Tribunal Supremo, que en sentencia de 22 de junio de 1910 entendió comprendidas en la expresión «leyes» los Reglamentos, RRDD., Instrucciones, Circulares, RROO., etcétera, «dictadas de conformidad con las mismas (leyes) por el Gobierno, en virtud de sus atribuciones», debe mantenerse clara la distinción por las razones que veremos al tratar de las consecuencias de la jerarquía de las normas.

Debe tenerse en cuenta la jurisprudencia y doctrina en torno al artículo 1.691 de la ley de Enjuiciamiento Civil («*infracción de ley*»). V. Plaza, «La casación civil».

B) Se establece, de pleno derecho, la nulidad de «los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordena su validez» (art. 4 del C. C.).

C) Según el artículo 5 del Código Civil, «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerán contra su observancia ni el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario» (61).

D) Determinadas leyes, además, presentan una protección reforzada. Así, según el artículo 8, «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública», «obligan a todos los que habiten en territorio español» (62). Según el artículo 9, las «relativas a los derechos y deberes de familia», y a la «condición y capacidad legal de las personas», «obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero»; señalándose, además, una zona dominada por «el interés y el orden público», en la cual no juega el principio general de renunciabilidad de los derechos concedidos por las leyes (artículo 4 del C. C. (63).

E) Por supuesto, aparte de las específicas prohibiciones de la ley penal, ésta contiene unas disposiciones generales de *garantía del orden legal*. En primer lugar, se sanciona la coacción a los poderes legislativos (64); en segundo lu-

(61) Por supuesto, la validez de este precepto no puede pasar del plano de eficacia que es propio de una norma y no llega al terreno fáctico. Pero un Tribunal se vería obligado, en principio, a fallar con arreglo a la jerarquía que señalan el art. 6 del Código Civil y el art. 2 del de Comercio, que pasan la costumbre a segundo lugar (Sobre esto hemos de volver).

(62) Las leyes de policía han sido interpretadas en sentido amplio por el Tribunal Supremo, que vgr. en 1933 declaró que lo son las que regulan la jornada máxima de trabajo.

(63) Varias leyes, sobre todo en materia social, reiteran expresamente esta irrenunciabilidad.

(64) Código Penal, libro II, («Delitos y sus penas»); Título II (Delitos contra la seguridad interior del Estado); Capítulo I (Delitos contra el Jefe del Estado, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y la forma de gobierno); art. 141, 2.º (Obligar al Jefe del Estado con violencia o intimidación graves a ejecutar un acto contra su voluntad); arts. 149 y ss. (Delitos contra las Cortes y sus miembros); art. 160 y ss. (Delitos contra el Consejo de Ministros y sus miembros).

gar, se toman precauciones que protegen el orden legal del Estado, frente a confusiones o intromisiones con otros ordenamientos jurídicos (65); finalmente, se procura que los propios funcionarios públicos no puedan interferir con lo dispuesto en las leyes (66).

A su vez se toman estas precauciones (que son otras tantas garantías para los ciudadanos) para que la ley sea lo que debe ser:

A) Sólo es ley lo que como tal aprueban los órganos legislativos competentes. En determinadas materias, vbgr. la penal, la garantía es especialísima y los Tribunales sólo pueden hacer uso de una especie de «référé législatif» (67).

B) La ley Orgánica del Poder judicial, en su artículo 7, prohíbe a los jueces aplicar los reglamentos y disposiciones

Merecen destacarse especialmente los arts. 163-164 (Sec. 4 del capítulo cit. Delitos contra la forma de gobierno), en cuanto afectan a la especial garantía de las leyes constitucionales. V. también el art. 173, sobre todo el número 4.

(65) Ver en el Código Penal, Libro II, Título I (Delitos contra la seguridad exterior del Estado); el art. 126 (Introducción de «bulas, breves y despachos» o de «otras disposiciones o declaraciones que atacaren la paz o la independencia del Estado, o se opusieren a la observancia de sus leyes o provocaren su inobservancia», etc.); el art. 127 (id. de «cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero», etc.) y los arts. 140 y 141, que agravan los anteriores delitos, de ser cometidos por funcionarios públicos o extranjeros naturalizados. En el caso del art. 126 deba tenerse en cuenta lo estipulado en el art. II, número 2 del Concordato de 1953 (al que luego se hace referencia).

(66) Ver Código Penal, Libro II, Tit. II, Cap. 2, Secc. 2 (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes) y concordantes.

(67) Código Penal, art. I, apart. 1: «San delitos o faltas las acciones y omisiones penadas por la ley». «Artículo 2. En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal». Y lo mismo «cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal no debiera serlo o la penal fuere notablemente excesiva».

de cualquier clase que estén en desacuerdo con las leyes (68). Por otra parte, la jurisprudencia en torno al artículo 5 del Código Civil es constante en cuanto a que las disposiciones del Poder ejecutivo que implican derogación de una ley (69) no son válidas (70), y ello especialmente en lo que se refiere al Derecho privado (71) y a los reglamentos (72).

C) Las leyes no tienen, normalmente, efectos retroactivos, lo que en ciertos casos (ley penal) es principio absoluto (artículo 3 del Código Civil).

D) Es requisito fundamental de las leyes su promulgación y publicación (artículo 1.º del Código Civil) (73).

E) Normalmente hay una «vacatio legis» que impide las sorpresas. Según el artículo 1.º del Código Civil, «las leyes obligarán... a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiese otra cosa» (74).

F) Hay un texto oficial, única fidedigna *fuente de conocimiento*. Según una sentencia de 5 de junio de 1891, sólo

(68) En cambio, una Resolución de 3 de junio de 1927 denegó dicha Facultad a los Notarios y Registradores.

Téngase en cuenta que el art. 17 del Fuero de los Españoles dice que: «los españoles tienen derecho a la *seguridad jurídica*. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un *orden jerárquico de normas preestablecidas*, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas». V. también los arts. 3, 8, 9, 18, 19, 20, 32 y 36 del propio «Fuero».

(69) O intentasen, por el contrario, darle carácter retroactivo.

(70) Sentencias del Tribunal Contencioso de 24 de noviembre de 1.890, 16 de octubre y 4 de diciembre de 1900 y 25 de septiembre de 1909.

(71) Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1853, 12 de mayo y 29 de septiembre de 1868, 25 de abril de 1876, 3 de febrero de 1880, reiteradas por otra de 17 de junio de 1913.

(72) Resolución de 7 de abril de 1899.

(73) Las RR.OO. no promulgadas carecen de fuerza obligatoria (Tribunal Contencioso, 1 de junio de 1894). No pueden servir de fundamento a un Tribunal para hacer declaraciones de Derecho (Tribunal Supremo, 7 de julio de 1906, 26 de abril de 1934).

Las llamadas «órdenes comunicadas» parecen, pues, que no tienen efectos para «terceros».

(74) Se exceptúan las de carácter «urgente, circunstancial y transitorio» (Trib. Contencioso, 1901, 1929) o permisivo (Trib. Supremo, 1907, 1935).

lo es la «Gaceta» (hoy «Boletín Oficial») y la Colección legislativa.

Hasta aquí lo relativo al Derecho escrito con rango de ley. Por debajo de ésta hay que entender que sigue vigente lo dispuesto en el artículo 17 de la ley de 30 de enero de 1938, sobre la delimitación del campo propio del Decreto y la Orden Ministerial. De todos modos, la práctica ha creado otras figuras muy típicas del Estado planificador, como son la *Orden acordada en Consejo de Ministros* (que a su vez puede serlo *preceptivamente*, si una ley prescribe esta forma, o *voluntariamente*); la *Orden conjunta* de dos o más Departamentos, para no hablar de la discutible figura de la *orden comunicada*, etcétera (75).

Pero el Derecho escrito aplicable en el Estado español, está integrado, además, por un grupo importantísimo —y creciente— de otras fuentes que, aunque inadecuada e imprecisamente, cabe clasificar como *fuentes indirectas*. Tenemos entre éstas:

1. Los Tratados y Convenios internacionales, en cuanto que sean incorporados al ordenamiento español. El artículo 14 de la ley de Cortes dispone que «las Cortes en pleno o en comisión, según los casos, serán oídas para la ratificación de aquellos Tratados que afecten a materias cuya regulación sea de su competencia conforme a los artículos anteriores» (76).

2. Caso especialmente interesante es el de los Concordatos, y en general, el relativo al ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica o Derecho Canónico.

(75) Ver Viñar Pajasi, «Administración y Planificación», p. 140-141.

(76) El problema es particularmente interesante por lo que se refiere a los «convenios de adhesión», del tipo de los que con fecha de 26 de septiembre de 1953 se han suscrito con Norteamérica, traen consigo la vigencia, siquiera parcial y sin mengua de nuestra soberanía, de ordenamientos extranjeros en determinadas partes de nuestro territorio.

En efecto; el vigente de 27 de agosto de 1953 (77) reconoce a la Iglesia como «sociedad perfecta», así como el «libre ejercicio» de su «poder espiritual y de su jurisdicción». Es decir, la totalidad del ordenamiento eclesiástico rige en el territorio español (78); pudiendo, en particular, «libremente promulgar y publicar en España cualquier disposición relativa al gobierno de la Iglesia» (79). Además, ciertas disposiciones españolas se remiten a determinadas partes del ordenamiento canónico; así, el Código Civil (artículo 75) dice que «los requisitos, formas y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, *admitidas como leyes del Reino*». Por supuesto se entendieron automáticamente sustituidas por las del Decreto «*Nie temere*» y luego por las del vigente Código de Derecho Canónico de 27 de mayo de 1917 (80), al cual se concedió el *pase regio* por R. D. de 19 de mayo de 1919 (81). El Concordato actual consolida esta recepción en sus artículos XXIII-XXIV y en su Protocolo final.

También se remite el Código Civil al Derecho Canónico

(77) Que integran el acuerdo sobre privilegio de presentación, de 7 de junio de 1941; otro sobre Seminarios y Universidades de Estudios Eclesiásticos, de 8 de diciembre de 1946; el *Meta Propio* de 7 de abril de 1947, sobre restablecimiento del Tribunal de la Rota; el acuerdo sobre jurisdicción castrense y asistencia religiosa a las fuerzas armadas, de 5 de agosto de 1950; y la Bula «*Hispaniarum Fidelitas*», de 5 de agosto de 1953.

(78) Artículo II, número 1.

(79) Artículo II, número 2.

(80) Ver la excelente edición de Miguélez, Alonso y Cabrerós, bilingüe y anotado, publicada por la B. A. C. (2.^a ed., 1947).

(81) El «pase» como tal, sólo suponía la autorización para su publicación en España; y la recepción de las disposiciones en materia matrimonial es por efecto del Código civil, art. cit. Sin embargo, una Orden del Ministerio de Justicia, de 10 de marzo de 1941, sostiene que el «pase» incorporó el Código Canónico al Derecho español. Ver Lamas Lourido, «La Orden de 10 de marzo de 1941», en «Rev. de la Fac. de Derecho de Madrid», 1941; y página 360 del vol. II de su tradue. del «Derecho Canónico» de Cavignoli, 2 vols., Madrid, 1947.

en cuanto a la capacidad de sus personas jurídicas (82); punto éste también consolidado en el Concordato (83).

3. Los ordenamientos extranjeros, en cuanto recibidos por el ordenamiento español como resultado de las normas de Derecho internacional privado. Punto éste bastante oscuro, por la notoria insuficiencia de los artículos 9 a 11 del Código civil, y de la jurisprudencia, y que ha de confrontarse con lo dispuesto en numerosos tratados de paz y amistad, consulares, etcétera (84).

4. Los ordenamientos *subordinados*, a los que, en régimen de mayor o menor autonomía, se remite el Derecho estatal; tales como las normas de entidades locales (85);

(82) Según el artículo 38 del Código Civil, «la Iglesia se registrá en este punto por lo concordado entre ambas potestades»; y varias sentencias de Tribunal Supremo se remiten, además, al Derecho Canónico común.

(83) Según el art. IV, número 1, se reconoce personalidad jurídica, con plen capacidad, «a todas las instituciones y asociaciones religiosas», en tanto que, «constituídas según el Derecho Canónico», sean de «Derecho pontificio o de Derecho diocesano».

Hay un punto curioso en el protocolo final del Concordato de 1953, cuando dice que el art. 6 del Fuero de los Españoles (sobre religión del Estado y libertad religiosa) «seguirá en vigor» en el «territorio nacional». Esto viene a dotar a este precepto de una doble rigidez: constitucional e internacional.

(84) Ver López Oliván, «Repertorio diplomático español».

Punto interesante en relación con éste es el del Derecho foral, y al cual en principio los arts. 11-15 del Código Civil aplican «normas de colisión» semejantes al Derecho extranjero. No sería aventurado, tal vez, el construir el Derecho foral (que es, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, el establecido en las provincias y territorios españoles que no haya sido derogado o modificado por leyes y disposiciones de carácter general obligatorio) (Tribunal Supremo, 8 de junio de 1901); que es «derecho excepcional» (Sentencias varias: 1894, 1895, 1897, 1902); que contiene, a veces, cuerpos enteros supletorios como el Derecho Romano, el Derecho Canónico, etcétera; también como una *fuentes indirecta*, a la que, en determinar los casos excepcionales, se remite el Derecho común (ver artículos 12-13 del Código Civil).

(85) Ver sobre esto la ley de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1915; y S. Royo Vilanova, «Problemas del régimen jurídico municipal», Madrid, 1944.

entidades públicas diversas (86); organizaciones sindicales (87); y simplemente los estatutos de todas las corporaciones, instituciones, asociaciones y fundaciones válidamente constituídas (88).

Cerrado el capítulo de las fuentes escritas, directas o indirectas, pasemos a las demás.

El Código Civil, como es sabido, impone a los Tribunales la obligación de «fallar» en todo caso (por supuesto, dentro de su respectiva jurisdicción y competencia), sin poder *pre-textar* «silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes». Al falta de «ley exactamente aplicable al punto controvertido», se recurrirá a la costumbre del lugar», y «en su defecto», a los «principios generales del Derecho». Es claro que esto se refiere principalmente al Derecho civil.

El Código de Comercio contiene una disposición semejante en su artículo 2, al declarar que «los *actos de comercio*» se regirán por el propio Código; en segundo lugar, por los «*usos del comercio*» (89) «observados generalmente en cada plaza», y, en último término, por el «Derecho común».

Otras normas, como las penales, excluyen toda norma que no sea la legal.

En todo caso, es evidente para nuestro objeto:

(86) Muy especialmente, por su gran autonomía y status especial, las del Movimiento.

(87) Téngase en cuenta el Decreto de 21 de abril de 1938, la ley de 26 de enero de 1940, de unidad sindical; la ley de 6 de diciembre de 1940, de Organización sindical; el Decreto de 29 de noviembre de 1941 creando la Delegación Nacional; y las disposiciones posteriores. Cfr. la compilación de Bouthelier.

(88) En términos generales se remite a ellos el Código Civil, en sus artículos 35-37, que han dado lugar a abundante jurisprudencia. Tales ordenamientos son limitados y aprobados por el ordenamiento estatal, que lo reconoce y se remite a ellos.

(89) Ver mi trabajo citado.

A) Que el Derecho español reconoce la costumbre extra legem y praeter legem (no contra legem) (90).

B) Que en la expresión «principios generales del Derecho» hay un margen amplísimo para el *arbitrio judicial* (91), para la *doctrina* (92), para la *analogía* (93), para la *equidad* (94), para la *necesidad* (95), etcétera (96).

C) Que, en todo caso, el artículo 6 del Código Civil resuelve el problema del *Derecho que ha de ser aplicado por los Tribunales*, que, como ya indicamos, es lo excepcional en la aplicación del Derecho constitucional.

No soy, pues, partidario de arrancar de estos principios de los artículos 5 y 6 del Código civil, para una teoría de las fuentes en Derecho constitucional. La *costumbre* y la *convención* existen, por supuesto, en Derecho constitucional español. Es más; en un ordenamiento todavía abierto y fluido, son de la máxima importancia. Hay, sobre todo, unos *principios* (97) que forman un aservo que viene a ser

(90) Es decir, la costumbre puede ser interpretativa e introductiva; pero formalmente prohíbe el Código Civil la costumbre derogatoria de sus dos manifestaciones de desuso y costumbre contraria (Arts. 5 y 6).

(91) V.: Castán, «Teoría de la aplicación e investigación del Derecho», Madrid, 1947; Hans Reichel, «La ley y la sentencia», trad., Madrid, 1921; De Diego y otros, «La jurisprudencia como fuente de Derecho», Madrid, 1925.

(92) Por lo menos a través del concepto de «doctrina legal» que se maneja en cesación.

(93) Ver sobre esto las obras de De Buen, «Introducción al estudio del Derecho Civil»; De Castro, «Derecho Civil de España», parte general, etcétera.

(94) Ver Castán, «La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea», Madrid, 1950; y «La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad», Madrid, 1953.

(95) Ver la doctrina del «estado de necesidad» en nuestros penalistas. Nótese que la necesidad es un elemento clave de los Decretos-leyes.

(96) Hay, por otra parte, una abundante jurisprudencia *administrativa* que en no pocos casos (como ocurre en las Resoluciones de la Dron. Gral. de Registro) es de excepcional calidad técnica.

(97) A los que ya vimos que alude expresamente la ley de Sucesión y que son objeto de juramento, al igual que las leyes fundamentales.

el equivalente de un Derecho constitucional *común*. Tales principios generales del ordenamiento estatal no son aquéllos que se encuentran recogidos en la ley o en la jurisprudencia, sino los del Movimiento: son principios dinámicos, a la vez *tradicionales y revolucionarios*; órganos especiales (como el Consejo Nacional) y el Jefe Nacional del Movimiento, en particular, cuidan de su custodia, interpretación y renovación. Pero no mucho más allá puede llegar el jurista en el análisis. En cuanto tal, bien dicho está que el Jefe «responde ante Dios y ante la Historia».

MANUEL FRAGA IRIBARNE

CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE MADRID