

EL JEFE DEL ESTADO EN LA LEY ORGANICA

I

SENTIDO UNÍVOCO DE LA LEY

El título II de la Ley Orgánica le da a nuestro Estado su configuración definitiva, con estricta fidelidad a los motivos que estuvieron implícitos en el Alzamiento del 18 de julio y buscando el modo de servirlos con la mayor eficacia. La decisión política fundamental, adoptada por el Referéndum del 14 de diciembre, se concreta en este título de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.º de la ley que declara al Estado español constituido en Reino, y con el principio 7.º del Movimiento, según el cual la forma política del Estado Nacional, dentro de los principios inmutables del Movimiento y de cuantos determinan la ley de Sucesión y demás leyes fundamentales, es la Monarquía tradicional, católica, social y representativa.

Oliveira Salazar dijo en una ocasión que la Monarquía no era de por sí un régimen, sino una modalidad que podía incorporarse y beneficiar a regímenes del tipo más diverso. Quiso, sin duda, significar, porque otra cosa sería incurrir en una contradicción etimológica, que la simple conversión de electiva en hereditaria de la Jefatura del Estado, pese a sus indiscutibles ventajas, no bastaría para calificar la naturaleza del régimen. Es el conjunto de instituciones lo que cuenta, lo que permite el calificativo final. Por ello, evidentemente, aciertan los que ven en la Monarquía mucho más que una simple forma de gobierno. Es una forma de Estado. Un sistema. Y yerran lamentablemente los que, sin haber intuido siquiera aquella hondura de dimensión, declaran su creencia en «la indiferencia de las formas». La forma, siempre y en todos los casos, ya lo dijo Ihering, es la enemiga jurada de la arbitrariedad y el cauce del Derecho. «Forma dat esse rei». La forma delimita el ámbito dentro del cual se desarrolla el proceso político, y en última instancia, el Estado es sólo el ordenamiento jurídico de ese proceso. Dejadas a sí mismas, las energías sociales se desparramarían de modo catastrófico, chocando entre sí, destruyéndose e inutilizándose para ningún fin

positivo. Igual que un dique y una red de canales encauzan un torrente de agua y lo utilizan de un modo provechoso, así el Estado convierte el torrente social en algo eficaz. Pero ese algo no está predeterminado de manera única e inflexible. Las aguas pueden utilizarse para fines diversos: el riego, la pesca, la producción de energía eléctrica, el baño, etc. Los fines de la comunidad social son aún más numerosos y trascendentes. Tan absurdo en un caso como en otro es decir que la forma del encauzamiento es indiferente para cualquier fin. No ha incurrido, ciertamente, en esa confusión nuestra Ley Orgánica. Su artículo 1.º, como el mismo de la ley de Sucesión, constituye en Reino al Estado español. El art. 6.º atribuye, entre otras, al Jefe del Estado la función de cuidar de la exacta observancia de los Principios del Movimiento, el 7.º de los cuales define la forma política del Estado como una «Monarquía tradicional, católica, representativa y social». El art. 11 se refiere al «heredero de la Corona», y el 12, a la «tutela de las personas reales». La ley de Sucesión, modificada por la Orgánica en alguno de sus artículos, establece el procedimiento para cubrir la vacante de la Jefatura del Estado con la persona de un Rey, y sólo supletoriamente, con la de un Regente.

La suma de prerrogativas enumeradas en el art. 6.º, tanto por la naturaleza de las mismas como por la forma de su exposición, están más adecuadas a la figura de un Rey que a la de otro tipo de Jefe de Estado. El art. 7.º se refiere a facultades concretas de convocación, presidencia y ejercicio de funciones que corresponderían a cualquier encarnación de la Magistratura suprema. Pero el primer párrafo del art. 8.º contiene otro precepto específico: «La persona del Jefe del Estado es inviolable». Sólo para un Rey tiene congruencia este precepto. «The King can do no wrong». Un Presidente puede ser depuesto por motivos políticos, como lo fué Alcalá Zamora durante nuestra segunda República; o enjuiciado después de su mandato, como lo fueron en Francia Malvy en 1918 y Peret en 1931, lo cual, como es lógico, constituye una amenaza permanente sobre su cabeza que ha de influir sobre él psicológicamente durante el tiempo que ocupa el cargo. Ni siquiera se entiende generalmente, por la doctrina, que la inviolabilidad de un Jefe de Estado no monárquico alcance a otros actos que no sean los de sus funciones públicas. En algunos países se prevé expresamente que puede ser, por su actuación privada, acusado criminalmente. Y es evidente que la inviolabilidad en términos absolutos del art. 8.º se refiere a la persona en todos sus aspectos; está concebida para una figura que no admite desdoblamiento: la de un Rey.

A partir del segundo párrafo del art. 8.º se elabora un sutil mecanismo que entreteje la función del Jefe del Estado con las de otras Instituciones para ofrecer un sistema de ejercicio del Poder concorde con la concepción de una Monarquía moderna. El refrendo del Gobierno, del Presidente de las Cor-

tes, o del Consejo del Reino, es indispensable para cualquier disposición Real. Las Cortes asiste al Jefe del Estado en ciertos casos (ratificar tratados o convenios internacionales, declarar la guerra y acordar la paz, y autorizar ciertos actos de las personas reales y sus inmediatos sucesores). El Consejo del Reino en otros referentes a las relaciones del Jefe del Estado son las Cortes, o al nombramiento y destitución del Jefe del Gobierno. El Poder queda así distribuido, evitándose cualquier peligro de concentración del mismo, pero atribuyéndose al Jefe del Estado la función característica de un Rey, no dependiente de ninguno de los factores que intervienen en la lucha política para mejor respetar su libre juego, sin que ninguno de ellos pueda sobreponerse a los demás ni se produzca una paralización como resultado de un equilibrio demasiado perfecto.

II

EL PRINCIPIO MONÁRQUICO

Sobre la verdadera diferencia entre la Monarquía y otra forma cualquiera de Estado se ha derramado mucha tinta. Se escribe todavía por algunos que el primer rasgo distintivo consistiría en la divinización del Rey y la racionalización de otro tipo de Jefe de Estado. Se olvida que el *quod principi placuit* fué sólo la característica del Estado antiguo. En nuestra Edad Media se decía ya: «Si hicieras justicia serás rey e si non non lo serás.» Y si en nuestro tiempo se ha vuelto a producir la divinización del Jefe del Estado, en figuras como Stalin, Hitler o Mussolini, ello ha constituido la desembocadura lógica del proceso democrático abandonado a su curso natural, no ciertamente una evolución regresiva de la Monarquía.

Biscaretti de Rufia rechaza, como rasgos de la contraposición Monarquía-República, el carácter hereditario o no de la suprema magistratura, puesto que puede haber Monarquías electivas; el que la voluntad decisoria resida en una persona o en varias, ya que en las Monarquías constitucionales está también compartida aquella voluntad, o que el «derecho al oficio» sea personal o conferido por el ordenamiento jurídico, ya que el Rey no ejerce en los Estados modernos más poder que el que le concede la Constitución. Tras ello, Biscaretti sitúa lo que, a su juicio, constituye la verdadera diferencia entre ambos regímenes en el carácter representativo o no del Jefe del Estado. En las Monarquías, el *jus ad officium* sería un derecho propio; en las Repúblicas, el Presidente lo ejercería a título representativo de una colectividad más o menos numerosa.

Pero esto no es rigurosamente exacto. No puede afirmarse, dentro de un verdadero concepto moderno de la representación, que en la Monarquía el

Jefe del Estado esté fuera del orden representativo ya que precisamente el proceso de despersonalización del Estado se acusa más visiblemente en las Monarquías, con la consecuencia de que en el Rey se desvanece la persona más que en ningún Presidente de República, acentuándose correlativamente su carácter representativo de toda la nación. Y la despersonalización es la característica más acusada del Estado moderno. El Emperador romano, el señor feudal, o el Monarca absoluto de otros tiempos, no perdían su condición de persona. Imponían su voluntad, aunque estuviera en mayor o menor grado regulada desde fuera por el orden moral o jurídico. El servidor del Estado actual desaparece completamente tras la figura de la ley. Se subsume en ella. Pero la idea de esta verdadera transustanciación no hubiera sido posible sin el apoyo de otra idea que la precedió y que ha ido también evolucionando sin cesar desde su nacimiento: la de la representación. Rousseau, padre del pensamiento democrático, la aceptó de mala gana. Para él la «voluntad general» era la de la totalidad del pueblo concebido como una unidad. De ahí se desembocó directamente en las llamadas «democracias populares», en la tiranía, pero no en las Instituciones del mundo libre, «que configuran el Estado sobre la representatividad, en cualquier forma, de una pequeña *élite*, nunca sobre el pueblo, incluso a veces, si es necesario, contra el pueblo equivocado» (1).

Hasta el siglo XIX podía todavía distinguirse entre el Rey como persona natural y la Corona como Institución. Hartum decía que se podía negar obediencia al uno y prestársela a la otra. Igualmente se dedicaban grandes esfuerzos a distinguir el patrimonio privado del Príncipe del patrimonio público, lo que dió lugar a muchas discusiones sobre con cargo a cuál de los dos correspondían dotar a las Princesas, o fijar las remuneraciones de los servidores de Palacio. También era posible, en aquellas épocas, que el Príncipe financiara los gastos del Estado o utilizara los ingresos públicos para sus atenciones particulares. La Constitución de Cádiz, en su discurso preliminar, se refería a la falta de conveniente separación entre los fondos que la nación destinaba para la decorosa manutención del Rey, su familia y casa, y los que señalaba para el servicio público de cada año. De aquí, añadía, «la funesta opinión de que las rentas del Estado eran propiedad del Monarca y su familia».

Pero al pensamiento moderno, dice Krüger, le sería intolerable esa simbiosis entre el carácter público y el privado del Príncipe. Hoy la idea del Príncipe va unida también al concepto representativo. No reina como persona, sino como institución. Todo el poder político se ha institucionalizado, es decir, se ha transferido de la persona de los gobernantes a una entidad: el Estado. El poder del Príncipe no constituye una excepción, y por eso no

(1) HERBERT KRÜGER: *Allgemeine Staatslehre*, pág. 232.

se superpone como antes a otra entidad, pueblo o Estado, sino que se identifica con ella. Las expresiones de «lugarteniente de Dios», «primer servidor del Estado» o «por la gracia de Dios» adquieren sentido a la luz de esta despersonalización, que sólo deja subsistentes funciones y convierte al Estado, al que el Príncipe sirve, en una abstracción de la que él mismo forma parte (2). La representación es, por tanto, un concepto más amplio que la elección. La elección es uno de sus métodos, pero no el único. «Junto al sufragio no se puede excluir hoy la *ratione officii* como método de designación de representantes —dice Rodrigo Fernández Carvajal—, porque el Derecho público no puede permitirse en nuestros días de universal crisis de confianza el lujo de despreciar los espontáneos fenómenos de confianza que en la sociedad se produzcan.» Y enumera a continuación una serie de personalidades relevantes por su función social que «deberían tener acceso a la representación, sin pasar antes por la horca caudina del sufragio, prueba en la cual les llevará siempre ventaja notoria el político profesional.»

El principio esencial de la Monarquía consiste en la representación de la unidad política (3). El Jefe del Estado es el representante supremo de la nación; personifica la soberanía nacional, dice nuestra Ley Orgánica. Entre las Repúblicas, la que más se acerca a este concepto es la italiana. Su Presidente representa la unidad nacional. No ha cumplido todavía el siglo esa unidad y hay que encarnarla en algo visible. Las demás Constituciones republicanas se limitan generalmente a enumerar las atribuciones del Presidente, sin destacar su función representativa, la cual, por otra parte, en algunas, como la suiza y las comunistas, es más bien modesta, sin perjuicio de la ficción a que es preciso acudir con carácter general de que cualquier elegido no representa sólo a su elector, o a un partido, sino a todo el pueblo.

El Rey no era ya en tiempos del liberalismo ni el primer magistrado ni el Jefe más o menos influyente del Ejecutivo. No era la *potestas* lo que le caracterizaba, sino la *auctoritas*. Su posición se basaba ante todo en que se encontraba al margen de los partidos. «Es un poder neutral, una entidad imponderable que allana, temple y modera las contraposiciones y rozamientos entre las diversas actividades y funciones del Estado, un moderador invisible» (4).

«Pero le eficacia de un poder neutral —dice Krüger— no se agota con ser independiente de los partidos y demás fuerzas actuantes ni con que trate de representar y actualizar al Estado tan perfectamente como sea posible. Más importante es su acción, sin coacción, sobre aquellas fuerzas, moderán-

(2) KRÜGER: *Op. cit.*

(3) SCHMITT: *Teoría de la Constitución.*

(4) SCHMITT: *Ob. cit.*

dolas y equilibrándolos, coordinándolos, lo cual dependerá, ciertamente, mucho de la autoridad de la persona o personas a quienes se confiera este poder neutro. Aunque por mucha que sea, añade, no podrá cumplir su misión, confiado a un juego de mayorías, entre los antagonismos de presiones y poderes concurrentes. Tal misión, en definitiva, no significa neutralidad, sino caudillaje. Tiene que haber alguien en la cumbre cuya función consista en asegurar la unidad y la eficacia de la acción del Estado. No se puede prescindir de un sistema de jerarquías calificándolo de no democrático o de inmoral. Las jerarquías y el caudillaje son una necesidad, un hecho natural. La antinomia de "libertad aun a costa de la eficacia" o de "eficacia a costa de la libertad" sólo puede superarse mediante el *leadership*, el cual garantiza la iniciativa y la eficacia en la libertad.»

En definitiva, la Monarquía no se caracteriza por la forma de una sola de sus instituciones —la Jefatura del Estado—, sino por el conjunto de todas ellas y su modo de funcionar. El Parlamento inglés, por ejemplo, no lo constituye la Cámara de los Comunes, la de los Lores y la Reina, sino la Reina en el Parlamento en inseparable unión espiritual (sir Ivor Jennings). La verdadera Monarquía no significa sólo la presencia del Rey, dice, a su vez, Carlos Maurrás, sino la del Rey en sus Consejos. Es el concepto del que se deriva la función atribuida al Jefe del Estado por la Ley Orgánica; función que se corresponde, actualizada, con la del Monarca de nuestro sistema tradicional. La imagen del Rey asistido de sus consejeros se ha convertido simplemente hoy, sin que ello implique una relegación de los principios, sino sólo un acomodamiento con las exigencias contemporáneas, en la imagen de una coordinación de los diferentes órganos del Estado, inspirados y aconsejados por el Rey.

III

RÉGIMEN TRANSICIONAL

Su sentido está latente en el conjunto de la Ley Orgánica. No bastaría para deducirlo con tratar de interpretar los términos literales de un artículo aislado. Recientemente, en una sentencia de 17 de febrero de 1967, ha confirmado nuestro Tribunal Supremo este antiguo principio de Derecho: «La interpretación de las normas, declaró, ha de hacerse captando su espíritu y repudiando los sistemas de aplicación literal para que el objetivo del Derecho, que en definitiva consiste en la realización de la Justicia, sea cumplido en beneficio del bien individual o colectivo.»

Las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica en la de Sucesión han consistido, fundamentalmente, en aumentar de una a dos las propues-

tas de personas de estirpe regia que, con las condiciones que se mencionan, el Gobierno y el Consejo del Reino reunidos pueden proponer a las Cortes a título de Rey al ocurrir la vacante del Jefe del Estado sin que se hubiese designado sucesor. Se regula la mayoría precisa para que las Cortes acepten la propuesta, y, como en la ley anterior, se recae en un Regente si las Cortes rechazaran las dos propuestas o, a juicio de los reunidos —Gobierno y Consejo del Reino—, «no existiera persona de la estirpe» que poseyera dichas condiciones. Al formular la propuesta de Regente, el Organismo proponente podrá señalar plazo y condición a la duración de la Regencia y las Cortes deberán resolver sobre cada uno de estos extremos.

Subsiste la prerrogativa reconocida al actual Jefe del Estado por el artículo 6.º de la ley de Sucesión de proponer en cualquier momento a las Cortes la persona que estime debe ser llamada en su día a sucederle, con las condiciones exigidas por esta ley, y de someter asimismo a la aprobación de aquéllas la revocación de la que hubiera propuesto, aunque ya hubiese sido aceptada por las Cortes.

Varios son los aspectos que aquí hay que examinar.

El órgano proponente —ocurrida la muerte o incapacidad del Jefe del Estado sin que hubiese designado sucesor— tiene claramente reguladas en la ley las normas de su actuación. La convocatoria: en el plazo de tres días por el Consejo de Regencia; la forma de su deliberación: sesión ininterrumpida y secreta, y la mayoría precisa para la validez de su acuerdo: dos tercios de los presentes que supongan como mínimo la mayoría absoluta. La persona propuesta habrá de reunir las condiciones exigidas por la ley: ser varón y español, haber cumplido la edad de treinta años, profesar la religión católica, poseer las cualidades necesarias para el desempeño de su alta misión y jurar las Leyes Fundamentales, así como lealtad a los principios que informan el Movimiento Nacional. Los reunidos deberán, además, tener en cuenta los supremos intereses de la Patria.

Para el acuerdo de las Cortes sólo se señala, en cambio, plazo para la reunión del Pleno: máximo de ocho días a partir de cada propuesta, y mayoría precisa para la validez del acuerdo: voto favorable de los dos tercios de los procuradores presentes, que habrá de equivaler por lo menos a la mayoría absoluta del total de procuradores. De no alcanzarse en primera votación la mayoría de dos tercios se procederá a una segunda, y en su caso, a tercera votación, bastando en esta última para la validez del acuerdo la mayoría de tres quintos, que habrá de equivaler por lo menos a la mayoría absoluta.

Nada se dice sobre la tramitación que pueda tener lugar antes de tan trascendental decisión de las Cortes. ¿Habrá ponencia de una Comisión? ¿Se deliberará en el Pleno antes de resolver? Estamos ante lo que Karl Loe-

wenstein llamaría una «laguna constitucional», las cuales clasifican en deliberadas y ocultas. En este caso se trata probablemente de una de las primeras.

El problema fundamental, a la vista de los textos transcritos, es el siguiente: ¿En base a qué pueden las Cortes rechazar una propuesta de Rey formulada por el órgano competente, en persona que, a juicio de éste, reuniera todas las condiciones exigidas por la ley, incluida la de poseer las cualidades necesarias para el desempeño de su alta misión, y habida cuenta de los supremos intereses de la Patria?

La ley determina claramente el marco formal de la adopción del acuerdo, pero no su causa o razón. Caso de que sin ellas el acuerdo de las Cortes fuera negativo, ¿podrá pasarse, sin más, a la consideración de la solución supletoria prevista por la ley, la propuesta de un Regente? En una palabra: ¿Es discrecional la facultad de las Cortes de rechazar la propuesta de un Rey para imponer de este modo un sistema regencialista en lugar de la Monarquía tradicional, católica, representativa y social prevista en el Principio VII del Movimiento?

A tenor de una interpretación literal del artículo 8.º de la ley sucesoria podría sostenerse esta tesis. Incluso parecería reforzarla el texto del último párrafo del apartado 2.º del mismo artículo en su versión modificada por la Ley Orgánica: «Si la persona propuesta como Regente no fuese aceptada por las Cortes, el Gobierno y el Consejo del Reino deberán efectuar, con sujeción al mismo procedimiento, nuevas propuestas hasta obtener la aceptación de las Cortes.»

¿Quiere ello decir que está admitida la posibilidad de una larga oposición, sin término marcado, entre el órgano proponente y el aceptante, oposición en la cual las Cortes tendrían la última palabra y podrían pronunciarla discrecionalmente? Esta ha sido, por supuesto, la solución que se han precipitado a dar por inconcusa cuantos quieren dejar todas las puertas abiertas a una herencia regencialista del Régimen de Franco. Incluso la han aceptado con resignación algunos inmunes a esa proclividad, pero que han creído ver en la ley «una mezcla del principio hereditario y el electivo», sin que pueda alcanzar efectividad el primero sin haber pasado antes por las horcas caudinas del libre juego del segundo.

Debe hacerse observar que, por lo menos, tal punto de vista estaría condicionado por el mandato expreso del apartado V del artículo 8.º de la ley de Sucesión, según el cual «en tanto no se cumplan las previsiones establecidas en el artículo 11.º de esta ley, al producirse la vacante en la Jefatura del Estado se procederá a la designación de sucesor de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo».

El artículo 11.º citado se refiere al supuesto de que esté ya instaurada la Corona en la persona de un Rey, y fija sobre esta base el orden regular de

sucesión. Es decir —y la inferencia no deja lugar a dudas— que mientras no esté «instaurada la Corona en la persona de un Rey» cada vez que quede vacante la Jefatura del Estado hay que repetir todo el proceso del artículo 8.º volviendo a considerar, en primer término, la propuesta monárquica. La Monarquía es, por tanto, el sistema definitivo previsto por la ley. La Regencia un recurso sólo provisional, conforme a su propia naturaleza. No se trata de dos sistemas equivalentes entre los cuales las Cortes pueden elegir según su libre albedrío. Y, aún dentro estrictamente de la fase de aceptación o no por las Cortes de la persona propuesta por el órgano competente para ello, cabe dudar de que exista un poder discrecional de las Cortes para rechazar, sin fundamento, aquel acuerdo.

IV

LOS PODERES FUNDACIONALES DEL CAUDILLO

Bastaría tener en cuenta, para comprender los motivos de la duda apuntada, que, en todo caso, la tesis aplicable tendría que ser la misma en el supuesto del artículo 6.º de la ley de Sucesión, o sea cuando fuera el Caudillo quien propusiera a las Cortes la persona que estime debe ser llamada en su día a sucederle. Ciertamente que no ha faltado quien, arrastrado por la lógica del argumento y sus particulares querencias, ha afirmado que era así. Por ello contradiría abiertamente todos los fundamentos de nuestro Estado, que descansan, como en su principal pilar, sobre los poderes fundacionales del Caudillo.

No hay que olvidar que la continuidad de nuestro orden político se había roto completamente con la República, la cual nunca constituyó un régimen legítimo. Advino por un golpe de Estado tras unas elecciones municipales perdidas —5.000 concejales republicanos contra 22.000 monárquicos—, y fué desintegrándose progresivamente hasta que se hundió definitivamente el 18 de julio. Franco fundó un Estado de nueva planta sobre el solar y con los hombres de España. La tesis de un supuesto Derecho constituyente perpetuo del pueblo no está aceptada por ninguna doctrina seria. El Derecho constituyente tiene, para serlo, que estar constituido. La soberanía popular sólo puede ejercitarse a través de sus órganos establecidos; de otra forma no tiene configuración jurídica. El hecho, dice Santi Romano, de que el Poder, para legitimarse, necesite del *consensus populi* y tenga que acudir en determinadas ocasiones, para convalidarse, a una elección, a un plebiscito o a un referéndum, no significa que exista ese Poder constituyente concebido como un verdadero Derecho. Porque Derecho, en definitiva, es sólo Derecho positivo. Los principios puramente racionales no son por sí

mismos Derecho. No puede imaginarse un Poder constituyente que residiera por su propia naturaleza en el pueblo sin haberse configurado de alguna manera, convirtiéndose en Poder constituido y regulado.

Mucho se ha discutido sobre cuál fué la verdadera idea inspiradora del Alzamiento del 18 de julio. La idea negativa estaba clara: liberarse del régimen republicano, que atentaba a la entraña misma del ser nacional. Pero ¿existía una voluntad general sobre un objetivo y un fin afirmativos? La misma pregunta podría hacerse respecto del levantamiento de Hungría en 1956. De no haber sido este último violentamente aplastado por los carros de combate soviéticos, es indudable que hubiera tenido que surgir después alguien que configurara ese anhelo confuso e indeterminado del pueblo en una construcción jurídica positiva.

Ese alguien en España fué Franco. Ahí radica la fuente de sus poderes fundacionales. Elevado a la cumbre del Estado por la revolución triunfante, por esa última razón que han consagrado en todos los tiempos tratadistas y filósofos, del derecho a la rebeldía contra el Poder injusto, Franco fué paulatinamente creando un Estado desde la nada, configurando un nuevo orden jurídico. Hoy día, como ha dicho Jesús Fueyo, «desconocer, variar o condicionar de alguna manera este poder de fundación implicaría la vulneración de los principios del orden político tal como está constitucionalmente establecido».

Esa oposición entre el Caudillo y las Cortes, que obligara a aquél a presentar, para designar sucesor, una serie sucesiva de propuestas de Rey o de Regente hasta obtener la aprobación de éstas, es absolutamente impensable y significaría una radical negación de los básicos fundamentos del Estado empezado a construir el 18 de julio. En cierto modo, sólo con haberse apuntado tal supuesto se justificaría el acierto de un párrafo del preámbulo de la ley del Referéndum del 22 de octubre de 1946, según el cual era preciso una garantía «contra el desvío que la historia política de los pueblos viene registrando de que en los asuntos de mayor trascendencia o de interés público, la voluntad de la nación pueda ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios». La voluntad de la nación está aquí manifiestamente erigida en principio constituyente, permanente y garante de la dinámica del orden político. Pero esa voluntad «de ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios» no retorna a la forma indiferenciada primitiva. Sigue manifestada, actual y viva, con plena vigencia jurídica, en su órgano creador y configurador desde el 18 de julio: en los poderes fundacionales del Caudillo, que son los que han ido transformando en Derecho la voluntad expresada por el Alzamiento Nacional del 18 de julio. El pueblo alumbró un orden y creó unos poderes, pero dejó de actuar al producirse dicha ordenación.

Krüger perfila más precisamente la idea. Pueblo no es una multitud de hombres «tal como han salido de la mano del Creador», dice. Le falta para serlo un toque final. Hay que distinguir entre masa y pueblo. Una mera mayoría de hombres no constituyen el concepto «Pueblo». Necesitan una ordenación y una reglamentación para adquirir ese carácter. Para el propio Rousseau, adversario decidido de toda representación, el pueblo no se constituye como tal en un Estado primitivo, sino a través de una «primera conversión» del hombre primitivo en ciudadano, y de una segunda conversión, después, de la «voluntad de todos» en una «voluntad general». Cada uno de estos actos es de por sí mejorador y representativo. Está en todo ello implícita la idea de que «la voluntad de todos» es la «natural», y la «voluntad general», la «justa». Una democracia representativa concibe al pueblo sólo a través de estas sucesivas transfiguraciones, que es lo que, según Krüger, desconocen los que tienen de la representación exclusivamente la idea de una ficción técnica para permitir que se exprese la supuesta voluntad de una mayoría de hombres, cuyo excesivo número o alejamiento impediría que se expresara en otra forma.

Burdeau emplea expresiones muy parecidas. El ciudadano de la Revolución francesa, dice, no es el individuo concreto, con su egoísmo, sus apetitos, su ceguera intelectual para los intereses permanentes de la colectividad. Es el hombre iluminado por la razón, libre de prejuicios de clase y de preocupaciones inherentes a su condición económica, capaz de opinar sobre la cosa pública haciendo abstracción de sus preferencias personales; en resumen, una especie de santo laico al que se le concede la calidad de «soberano», precisamente porque su desinterés es una garantía del uso prudente que va a hacer de su soberanía.

Identificado así el poder del pueblo, no de la masa, con la soberanía de la nación, el problema de la democracia es el descubrimiento de una técnica jurídica que permita atribuir a la entidad nacional una voluntad. Atribuir, no descubrir —reconoce Burdeau—, ya que el grupo es una abstracción, y como tal no sabría tener una voluntad espontánea. Hace falta, pues, que personas físicas formulen un querer y que en el mismo momento la colectividad lo reconozca por suyo. Esta mutación se realiza por la representación, la cual es, por tanto, menos un procedimiento por el cual se expresa la voluntad del pueblo que una manera de engendrarla. La voluntad no está preexistente en el cuerpo nacional. Sólo existe en el momento en que un acto de los representantes la da a conocer. Los taumaturgos de la democracia sacan a luz una voluntad que antes no existía, o por lo menos tan carente de sentido sería la pregunta de dónde estaba, como la de dónde están con anterioridad las pesetas que prestan los Bancos, o dónde están los electrones antes de que un experimento físico acuse su existencia. Las opiniones

individuales, como los electrones, se manifiestan de modo diferente, según la forma en que sean convocadas. No es lo mismo preguntar si se puede fumar mientras se reza que preguntar si se puede rezar mientras se fuma. Las actuaciones de sólo unos pocos son las que desencadenan el rayo de una bomba nuclear o de una *volonté générale*. Los partidos políticos, o los editorialistas de los periódicos, no son los altavoces de los pueblos, sino los instrumentos para provocar su tensión.

Todo esto está lejos, ciertamente, de la ingenua definición de Bluntschli: «Opinión es el concepto que el hombre medio cultivado se ha formado libremente, con su propio entendimiento, sobre un problema político o social.» Porque la opinión pública no es la de los sabios o filósofos. Ni la del promedio de los hombres dedicados a sus tareas normales. Es sólo la que se exterioriza como tal por algunos. No hay tal infalibilidad de una idea por el hecho de que se presente como universalmente compartida. ¡Pobre prueba de la existencia de Dios la que se ha intentado aportar con este argumento! La verdad es que, hoy sobre todo, con los poderosos medios que la técnica ha puesto a su disposición, hay unos monopolizadores de los medios de comunicación —televisión, Prensa y radio—, que fabrican la opinión pública. En España, después de la guerra, la posibilidad de publicar un periódico constituyó un privilegio otorgado por el Estado. Los favorecidos han venido a constituir, si no una auténtica clase dirigente, para lo que les faltaría el requisito de la espontaneidad en su formación, sí, al menos, una oligarquía con un poderoso instrumento de presión en sus manos. A la larga, como ocurre siempre en la dinámica sociopolítica, al arraigarse por el transcurso del tiempo la situación creada con la distribución discrecional de aquellos medios de influencia, llegarán a forjarse unas verdaderas corrientes de opinión en seguimiento de estos nuevos líderes. Pero, hoy todavía, el proceso no está tan maduro como en los países con un largo pasado de libre manipulación de la opinión pública, y sería prematuro considerar como sus auténticos representantes a los que sólo están intentando llegar a serlo a favor de aquel privilegio original.

Todo ello viene a aportar un argumento más en favor de la tesis de la perduración de los poderes fundacionales del Caudillo y de la lógica de interpretar la facultad que le reconoce el artículo 6.º de la ley de Sucesión, más que como una facultad de «proponer», que es el término empleado, como una facultad de «designar». Es, por otra parte, la expresión del artículo 7.º, sin que entre ambos artículos aparezca aclaración ni especificación alguna sobre la forma en que, en otro caso, la «propuesta» pudiera ser discutida o con qué mayoría aprobada o rechazada.

Difícil de justificar sería también la facultad del Jefe del Estado de revocar

la propuesta hecha, «aunque hubiera sido ya aceptada por las Cortes», si el poder de designar sucesor residiera verdaderamente en las Cortes y no en él mismo. Una ojeada a la figura del sucesor aceptado por las Cortes ilumina mejor la situación. Se trata de un supuesto conocido ya en nuestra Historia, aunque sometido a diversas interpretaciones por haberse confundido alguna vez, dentro de la normativa monárquica hereditaria, el título de Príncipe de Asturias con la condición de sucesor inmediato a la Corona. Como es sabido, el Príncipe de Asturias nace al consolidarse en la Corona de Castilla la rama bastarda de Trastámara después de la paz de Troncoso. La fórmula de avenencia consistió en casar al hijo de Don Juan I, Don Enrique, con Doña Catalina de Lancaster, y con ocasión de este matrimonio, a semejanza del Príncipe de Gales inglés y de los que sucesivamente se fueron llamando en Francia, Delfín, y más tarde en Bélgica, Príncipe de Bramante; en Holanda, Príncipe de Orange; en Italia, Príncipe de Saboya; en Portugal, Príncipe de los Algarbes; en Alemania, Kronprinz, y en Rusia, Zarevitch, se le dió al nuevo heredero, que más tarde sería Enrique III, el título de Príncipe de Asturias. Desde entonces hasta el siglo XX, ha correspondido el título de Príncipe de Asturias al heredero de la Corona, aunque, por un nacimiento posterior que otorgase un derecho preferente, tal título pudiera perderse. Fué el caso, entre otros, de la Infanta María de las Mercedes, hija mayor de Alfonso XII, a la que se llamó Princesa de Asturias hasta el nacimiento de Alfonso XIII.

El juramento en Cortes como sucesor, concedía, en cambio, un derecho irrevocable, que es por lo que algunas veces surgieron pugnas entre los que pretendían salvaguardar los posibles derechos de otra línea preferente. Tales fueron los casos de la Infanta María Teresa, hija de Felipe IV, que fué heredera del Trono, pero a la que, a pesar de los deseos de su padre, no se quiso jurar en Cortes; y el de Isabel II, a la que se juró para hacerla heredera irrevocable de Fernando VII y prevenir la amenaza de la candidatura de Don Carlos María Isidro. La jura en Cortes significaba, pues, el otorgamiento de un *jus ad rem* que se convertía automáticamente en un *jus in re* cuando la corona quedaba vacante. Nuestro ordenamiento ha tenido, seguramente, muy en cuenta todos estos antecedentes, y, al no darle a la aprobación por las Cortes del sucesor propuesto por el Jefe del Estado el carácter de un nombramiento irrevocable, está reconociendo expresamente que el único significado que tiene la aceptación de la propuesta es el de contribuir a darle solemnidad a una decisión sucesoria que permanece dentro de la órbita de unos poderes fundacionales y por ello tiene carácter revocable como tantos otros actos del Derecho civil: donaciones, testamentos, etc. Claro es que en el momento de desaparecer del plano político, dejándola subsistente, quien en virtud de aquellos poderes adoptó la decisión, el acuerdo de las Cortes surte sus plenos

efectos. La función de las Cortes queda entonces claramente determinada por el artículo 7.º de la ley de Sucesión: recibir el juramento prescrito al «designado» según el artículo anterior.

V

CARÁCTER SUPLETORIO DE LA REGENCIA

Queda por examinar el supuesto del artículo 8.º: el de la muerte o incapacidad del Jefe del Estado sin haber designado sucesor. Existen dos alternativas según que, de acuerdo Organismo proponente y aceptante, decidieran sustituir la fórmula monárquica por la de la Regencia, o que fueran sólo las Cortes las que lo decidieran en contra de una propuesta de Rey.

Como tesis general aplicable a cualquiera de los dos casos cabe formular la siguiente: dado el texto terminante del séptimo de los Principios Fundamentales, y el espíritu general que preside la Ley Orgánica, la fórmula regencialista debe considerarse como estrictamente supletoria de la fórmula Real, para el caso de imposibilidad de puesta en vigor de ésta. De ningún modo significa una libertad de opción. Dicho de otro modo, la Regencia, como por otra parte es inherente a su propia naturaleza, sólo puede aceptarse como fórmula transitoria o provisional. Debe tener una duración limitada al tiempo que tarde en desaparecer el motivo que impidió la instauración de un Rey, ya que mientras dure no estará plenamente cumplido el mandato expreso del Principio 7.º de los Fundamentales, ni el apartado V del artículo 8.º de la ley de Sucesión, ni respetado el espíritu de la Ley Orgánica. El propósito, por tanto, de convertir la Regencia en fórmula permanente y definitiva, aparte de constituir un contrasentido casi ontológico, deberá considerarse como abiertamente anticonstitucional. ¿Qué parecido puede encontrarse, en efecto, entre una fórmula regencialista y la Monarquía tradicional que exige el Principio 7.º? ¿Qué arraigo podría encontrar en nuestra Historia esa configuración regencialista de la cúspide del Estado? Todas las Constituciones españolas, desde la de Cádiz, han dedicado uno o varios de sus títulos a la Regencia, entendiéndola sólo como una fórmula provisional para hacer frente a la menor edad o a la inhabilitación del Rey. Según uno u otro caso se regulaba la gobernación del Reino por un Regente o por una Regencia compuesta de una, tres o cinco personas. La ley 3.ª, título XV, partida 2.ª, estableció ya cómo debían ser escogidas estas personas, llamadas por otro nombre guardadores del Rey para distinguirlos de los presidentes de las Audiencias que se denominaron también regentes hasta la ley Orgánica judicial de 1870. Jamás en nuestro Derecho ha sido conocida de otro modo la institución política de la Re-

gencia, faltando, por tanto, cualquier base para poder interpretar la mención que de ella hace el artículo 8.º, apartado II, de nuestra ley de Sucesión en otro sentido que como un recurso provisional para cubrir por un período limitado la falta de un Rey, como además, según queda dicho, está expresamente reconocido en el apartado V del mismo artículo.

«La decisión conformadora más importante con la que se enfrenta una nación —dice Karl Loewenstein— es la elección de su sistema político y dentro de ese sistema, de la forma específica de gobierno bajo la cual desea vivir. Todas las Constituciones presentan, pues, una decisión política fundamental; si la nación desea adoptar la Monarquía constitucional o la República, el parlamentarismo o el presidencialismo.» De esa índole es, clara y palmariamente, la decisión adoptada por la nación española en el referéndum del 14 de diciembre contra el cual sería vano invocar un pretendido dogma de soberanía parlamentaria que, en tal amplitud, y mediante tal procedimiento, ni en Inglaterra, donde el Parlamento lo puede todo menos convertir un hombre en mujer, sería admisible. No podría, por ejemplo —dice Loewenstein— decidir una buena mañana convertir el Reino Unido en un Estado soviético. Y en España, es evidente que nuestro sistema constitucional no está basado en ese principio de hegemonía parlamentaria, sino en otro de más armónica distribución del poder.

La Monarquía y ese tipo de Regencia serían formas diferentes de Estado. Proponer leyes a las Cortes, con asistencia del Consejo del Reino, devolver para nuevo estudio una ley por ellas elaborado, prorrogar una legislatura por causa grave, adoptar medidas excepcionales en caso que afecte a la seguridad o al orden institucional dando cuenta a las Cortes, someter a referéndum nacional proyectos de ley trascendentales cuando ello no sea preceptivo..., son funciones que tienen un carácter muy distinto ejercidas por la institución monárquica o por un regencia. La designación de un Presidente de las Cortes entre tres procuradores, o de un Jefe de Gobierno entre tres personas propuestas por el Consejo del Reino forma parte de un sistema en el que están claramente diferenciadas y equilibradas las instituciones respectivas. Nuestra Ley Orgánica dibuja la figura de un Jefe de Estado equidistante de las funciones de las Cortes, del Consejo del Reino o del Consejo Nacional. El que no dependa de ninguna de ellas es la garantía más eficaz del armónico funcionamiento de todo el sistema. Pero esa garantía sólo puede ofrecerla un Rey. Un Regente impuesto por las Cortes, previa desestimación de la fórmula Real prevista en el conjunto del Ordenamiento, dependería en cierto modo de ellas y alteraría evidentemente aquel equilibrio. El principio inspirador del orden constitucional se habría sustituido por otro.

Se ha alegado que la Ley Orgánica es compleja, que muchos la han votado sin entenderla. Pero ese es precisamente el caso en todas las decisiones análo-

gas. «Es evidente —dice Loewenstein— que las decisiones políticas fundamentales son iniciadas y conformadas por un número relativamente pequeño de personas. La ley sociológica del papel dominante que juega la *élite* u oligarquía en el proceso del poder de cualquier sociedad estatal, cualquiera que sea su sistema político o su forma de gobierno, rige con más fuerza en el ámbito de la decisión fundamental... En general, la gran masa de los destinatarios del Poder está excluida de la iniciativa de aquella decisión..., la participación del pueblo en el Poder constituyente se limita cada vez más a la aceptación de una nueva Constitución, haciendo el papel de sello que otorga un mayor grado de legitimidad.»

De todo ello claramente se deduce que el proceso que ha llevado en nuestro caso a la aprobación de la Ley Orgánica ha tenido una atencividad mayor todavía que lo que constituye la regla general en los países superdemocráticos. Y que la Constitución que ha engendrado es la auténtica expresión jurídica de un poder constituyente, la forma fundamental y centro de nuestro sistema político, lo cual implica su colocación en cabecera material y formal de todas nuestras demás leyes que deben ser congruentes con los preceptos constitucionales. Es decir, que el Derecho ordinario sólo será Derecho cuando se acomode a las normas superiores establecidas por la Ley Orgánica. No puede tener un contenido distinto de su fuente originaria. Tendrá que estar en un todo de acuerdo con los principios básicos establecidos en aquella ley superior, con el orden por ella fundado. Porque es lo que, en definitiva, es la Constitución; la norma reguladora de unos principios básicos de convivencia o, como dice José Suay, «un reflejo de las apetencias jurídico-sociales, no un puro muestrario de articulación de poderes y declaraciones de derechos».

Nuestra Constitución, la que ha votado el pueblo por abrumadora mayoría, es una Constitución monárquica. Está en ella inequívocamente prevista la designación de un Rey como sucesor de Franco. Pero se ha alegado por los adversarios de esta solución, sorprendidos ante el voto masivo en su favor, que no era eso lo que seguramente quiso votar el pueblo; que la Ley Orgánica era un conjunto muy complejo, y que el número de síes ha sido excesivo para poder ser todos puestos en el activo de la Monarquía. Hay que reconocer que en punto a saber interpretar el sufragio de modo que siempre diga lo que quieren ciertos demócratólogos hay en España una larga tradición. En 1931 resultó que la calidad del voto era más importante que la cantidad. En 1933 que la mayoría sólo deseaba mirar expectante cómo se le daba a la República otra oportunidad. Ahora que no se había enterado el elector de lo que votaba... Pero esto, aunque fuera cierto, no invalida el voto ni erige a los «enterados» en intérpretes oficiales de la auténtica voluntad nacional.

Según Loewenstein, por otra parte, la regla general es precisamente el desinterés del «hombre de la calle» por el texto detallado de su Constitución

política. Lo único que reclama es justicia social y seguridad económica. Pero sabe que la Constitución no puede traerle «ni comida, ni casa, ni ropa, ni educación, ni descanso, es decir, la necesidades de la vida». «Lo que la Constitución describe compleja y detalladamente —el interjuego de los detentadores de poder en el proceso político— no concierne al hombre medio.» Las Constituciones —añade— son, además, cada vez más complicadas. Constituyen una ciencia oculta reservada a los expertos..., pertenecen al dominio de los políticos..., para su redacción están llamados tan solo los técnicos constitucionalistas y especialistas». No se ha tratado, pues, como se ve, en nuestro caso, de ninguna singularidad. Se ha ajustado a la regla general.

El pueblo ha dado, en efecto, un voto de confianza a Franco, fundado en el acierto con que ha sabido dirigir durante estos años la vida pública, y dejándole, en vista de ello, el cuidado de decidir cuál era la mejor forma de gobierno para continuar la feliz etapa transcurrida bajo su mando. Este es, exactamente, el sentido de toda representación. En ella no se dan mandatos imperativos. Se manifiesta una confianza de que el designado sabrá hacer lo más conveniente para satisfacer los deseos del elector. En los últimos años se ha acentuado mucho más este carácter del proceso representativo en todos los países democráticos al ponerse de relieve que el pueblo vota siempre a «personas» y no a «programas». Franco, que ostensiblemente venía disfrutando desde el año 1936 la confianza del pueblo, ha propuesto como mejor Régimen para sucederle una Monarquía, y las Cortes primero, y el pueblo después, la han votado por aclamación.

Carl Schmitt dice: «La voluntad constituyente del pueblo no está vinculada a ningún determinado procedimiento. Se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental...» y distingue después entre la Constitución, que es la declaración intangible e inviolable, y las leyes constitucionales que pueden ser reformadas por el procedimiento en ellas establecido, precisamente para salvaguardar la forma de la existencia política.

Pero esa afirmación fundamental, esa norma conformadora, ¿cómo puede ser algún día sustituida por otra? Carl Schmitt da a entender que sólo mediante una revolución. Muchas Constituciones prohíben toda revisión, y muy especialmente la de la forma política del Estado. Alguna, como la suiza, establece en cambio el procedimiento para ello. Es lo que da lugar a que se clasifiquen en rígidas o flexibles. La Ley Orgánica nuestra, aunque abierta en muchos extremos, podría, en cuanto a los principios, incluirse entre las rígidas. Están sellados con la sangre de un millón de muertos. Tienen un carácter sagrado con el que no podría compararse ninguno de esos valores fundamentales de que habla Loewenstein que rigen como implícitos, inmanentes o inherentes a la Constitución. También distinguen los tratadistas, en todo caso, entre reforma total y parcial, encontrando justificable que para la primera se

precisen requisitos especialísimos y hasta se exija el transcurso de un período de tiempo antes de que pueda ser intentada a fin de dar posibilidad a la Constitución de aclimatarse y a la nación de familiarizarse con ella.

Todo ello se aplicaría claramente por igual, tanto al supuesto de una coincidencia del órgano proponente —Gobierno y Consejo del Reino— con las Cortes en pretender sustituir con carácter definitivo la Monarquía por una Regencia, como al caso de una discrepancia entre aquéllos, al rechazar las Cortes, por dos veces, sin motivo fundado, la propuesta de un Rey, con objeto de imponer la fórmula regencial. Sólo que en este segundo caso sobrevendría una particular agravante: la de que, como antes se ha dicho, el Jefe del Estado, de prosperar el intento, quedaría convertido, contra el criterio de los otros organismos, en una hechura de las Cortes. La vulneración del espíritu de la ley sería más radical. Es una cuestión de matiz.

Excedería del propósito de estas líneas examinar las consecuencias prácticas de ello. No faltarán, sin duda, exégetas que intentarían darle a cualquier solución triunfante una justificación jurídica. Según Schmitt, en la lucha política cada partido sólo reconoce como verdadera Constitución aquella que corresponde a sus postulados y a sus preferencias. Ocurrido el supuesto, no habría que olvidar que el Ejército está, por el artículo 37 de la ley, encargado de velar por la defensa del orden constitucional. Tampoco que el Consejo de Regencia asume los poderes inherentes a la Jefatura del Estado al quedar ésta vacante, durante los días que se tarde en designar sucesor: tres para convocar a los miembros del Gobierno y del Consejo del Reino y ocho para deliberar el Pleno de las Cortes sobre cada propuesta de aquel organismo. La situación sería delicada si se prolongara la interinidad y surgieran diversas interpretaciones sobre el verdadero sentido de aquel orden constitucional. Petain en Vichy y De Gaulle en Argel hablaban en los años de la guerra los dos en nombre de la misma Francia. La Historia decidió quién tenía razón. Como lo había decidido unos años antes en nuestro caso. Pero no es demasiado recomendable para la salud de los pueblos tener que apelar con tanta frecuencia al juicio de Dios o al de la Historia.

Tampoco hay que olvidar que precisamente la diferencia entre la concepción moderna y la antigua del Estado ha sido que, al despersonalizarse, ha dejado de identificarse con el pensamiento concreto de un grupo determinado. De no ser así, tendría lógicamente que renovarse periódicamente al desaparecer el grupo de sus fundadores. Es lo que pensó Jefferson, el cual, al calcular en diecinueve años la duración media en su tiempo de una generación humana, llegó a la conclusión de que cada diecinueve años debía fundarse de nuevo el Estado y hacerse una nueva Constitución. Es lo que piensan también aquí en España los que nos repiten, con lamentable frecuencia, que desde nuestra guerra ha nacido una generación nueva que no tiene mo-

tivo para sentirse ligada por la decisión del 18 de julio. Pero ya C. Frantz y H. Taine habían desarrollado la idea de que la generación no es un concepto biológico, sino que en ella viven también las pasadas y las venideras. El ciudadano, por otra parte, recuerda Krüger, no es tampoco un hombre físico, sino un hombre despersonalizado. Por eso la totalidad de los ciudadanos no constituye un conjunto de hombres, sino una comunidad perenne que piensa el ente Estado con caracteres de permanencia, con independencia de la vida de sus ciudadanos. También José Antonio Primo de Rivera dijo que la generación no tenía un valor cronológico sino un valor histórico y moral y que pertenecían a la misma los que perciben el sentido de la época en que viven y aceptan la responsabilidad del desenlace. En otro tiempo se simbolizó la permanencia de la comunidad objetivándola: el Santo Sepulcro de los Cruzados o la Corona de las Monarquías. Hoy, dice Krüger, la comunidad es simplemente la vida colectiva. La institucionalización del Estado significa su liberación de cualquier clase de mando directo sobre él de una persona o grupos de personas: lo que L. von Ranke llamó su independencia frente a las voluntades individuales, y Burdeau «la operación jurídica mediante la cual el poder político se transfiere de la persona de los gobernantes a una voluntad abstracta». Es lo mismo que se quiere expresar con la locución de «imperio de la ley no de las personas». El único «yo» es hoy el Estado, o la comunidad política, que es la expresión empleada por el Concilio Vaticano II.

VI

PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD

Queda por examinar el caso normal de que, bien por haber sido designado con anterioridad por el Caudillo, o por la conformidad posterior del Gobierno, Consejo del Reino y Cortes, sea jurado un Rey para seguirse después el orden regular de la sucesión monárquica. ¿Dónde tendrá esa Monarquía la causa de su legitimidad? Algunos encontrarán bizantina la pregunta, pero dadas las muchas corrientes de pensamiento que sobre este extremo se entrecruzan en España no estará de más hacer sobre el tema un breve comentario.

La legitimidad —Ferrero lo dejó perfectamente precisado— no tiene unas normas únicas e intangibles. Es una cuestión de fe. Puede haber varios principios de legitimidad según las creencias imperantes en el cuerpo social. No es un privilegio exclusivo de algunas formas de gobierno. No está establecido para la conservación del poder de los reyes. Es, sobre todo —lo dijo Talleyrand— un elemento necesario para la tranquilidad y la felicidad de los pueblos. La legitimidad de los Gobiernos es la salvaguardia de las naciones; por

eso es sagrada. Un Gobierno legítimo, sea monárquico o republicano, hereditario o electivo, aristocrático o democrático, es siempre aquél cuya existencia, forma y modo de acción tiene el respaldo del *consensus pópuli*.

Ningún principio de legitimidad se impone, afirma Ferrero, de modo inmediato por sí mismo, por su indiscutible eficacia. Cualquiera de ellos suscita en su primera aparición objeciones, repugnancias y resistencias. Hace falta siempre un cierto tiempo y un largo esfuerzo de persuasión para hacerlo aceptar a pesar de sus defectos. Tiene que ser siempre claro y, sobre todo, coherente consigo mismo en la teoría y en la práctica. De ahí que en el sistema monárquico, el principio hereditario tenga que estar exactamente regulado y, del mismo modo en el democrático, las reglas de la elección.

Después del hundimiento de nuestro Estado tradicional es evidente que el pueblo español ha reconocido la legitimidad de Franco como incuestionable. La legitimidad del Régimen que le suceda tendrá que ser una continuación de la suya. Habrá que evitar, por encima de todo, que puedan entrar en colisión diferentes principios de legitimidad, como ha sido tantas veces el caso en la Historia. Pero el artículo 8.º de la ley de Sucesión habla de «persona de estirpe regia». ¿Significa ello el reconocimiento de un concreto principio de legitimidad histórica? La pregunta no tiene sentido. Puesto que la legitimidad implica sólo la creencia en ella, su aceptación como tal por el pueblo no podría decretarse por un acto del poder político. La simple apariencia de que la decisión sucesoria se subordinaba al reconocimiento de un derecho subjetivo determinaría la apertura de una pugna entre varios de estos posibles derechos, y el replanteamiento de la cuestión dinástica que tanta sangre costó a España. Sin embargo, la decisión sucesoria no es libre. Tiene que recaer en persona de «estirpe regia», y tanto en la forma en que se alude: unas líneas más abajo otra vez, a la «persona de la estirpe», como del espíritu general que inspira el Ordenamiento, se deduce claramente la conclusión de que sólo entre unos determinados límites puede moverse la decisión sucesoria; en resumen, de que «el principio electivo», del que algunos han hablado, está muy alejado del pensamiento constitucional y no se puede, ni remotamente, hablar de «amadeísmo».

Todo el problema se reduce a clarificar debidamente el proceso mediante el cual el Régimen monárquico instaurado bajo el caudillaje del general Franco se continuará «normalmente» después de él con una persona de «estirpe regia». Subrayo el adverbio «normalmente», en contraposición a la tesis de que la Ley Orgánica regula una especie de sucesión extraordinaria del Régimen actual, porque ahí reside toda la clave del proceso sucesorio que, de otro modo, se desfigura completamente.

Recientemente, por pluma tan autorizada como la del profesor Sánchez Agesta, se ha escrito que el caudillaje de Franco es irrepetible, y puesto que,

por su propia naturaleza, esta Magistratura no puede tener sucesor, su extinción entrañará necesariamente una transformación del orden constitucional con la «instauración» de una Monarquía.

Pero nuestro ordenamiento jurídico tiene otra interpretación más ajustada a su espíritu y a su expresión literal. La Monarquía no tiene que «instaurarse». Se instaurará solamente la Corona puesto que la Monarquía está expresamente definida como la forma política de nuestro Estado Nacional desde el año 1958 por el principio 7.º del Movimiento, el cual precisó mejor la afirmación de la ley de 1947 de que España, de acuerdo con su tradición, es un Estado constituido en Reino.

El hecho de que este Reino, o Monarquía, haya tenido hasta ahora en su cúspide la Magistratura del general Franco con carácter vitalicio, en nada afecta a la naturaleza del orden constitucional que ha sido refrendado clamorosamente por el pueblo el 14 de diciembre de 1966, diecinueve años y medio después de su primera ratificación. El que Franco no haya adoptado —acertadamente— el título de Regente, sino el de Caudillo, menos todavía puede considerarse de carácter esencial para decir que la Monarquía no existe aún como forma política de nuestro Régimen y necesita ser «instaurada». El cumplimiento de las previsiones sucesorias no implicará, pues, el comienzo de ningún nuevo tipo de organización política, sino la continuación de la existente en la forma expresamente configurada por la Ley Orgánica. Sobre esta base, firme e inmovible, está aún más claro que las Cortes no pueden «elegir» discrecionalmente, sino que, teniendo en cuenta los altos intereses de la Patria, deben sólo «designar» a la persona que mejor represente la tradición viva en la memoria de España, aportando con ello una carga de legitimidad suficiente para que el pueblo admita la lógica de su condición de Rey, problema que no se identifica con el reconocimiento de una mera legitimidad histórica, ya que como tal se trataría de una cuestión sin vigencia en nuestro tiempo. No pueden desempolvarse hoy las razones por las que la dinastía de Hannover sucedió a la de Tudor en Inglaterra; ni por las que hubo varios cambios de dinastía en Bélgica; ni por las que en nuestra Patria Sancho IV el Bravo suplantó a los Infantes de la Cerda, herederos legítimos de Alfonso X según la ley de Partidas, o Pedro I el Cruel fué sucedido por su hermano bastardo Enrique II, conde de Trastámara, o Isabel la Católica arrebató el trono a Doña Juana, hija legítima de Enrique IV, o Felipe V sucedió a Carlos II tras la guerra de Sucesión y el Tratado de Utrecht. El testamento de Fernando VII es ya también historia. Sólo hay que tener en cuenta que la aceptación, como hecho normal, de «una persona de estirpe regia» para suceder en la Monarquía instaurada por Franco, se producirá, traducida en un *consensus populi*, tanto más fácilmente cuanto mejor esa persona evoque los

recuerdos más inmediatos de un Reinado anterior, cuanto más se haya alejado la designación de toda veleidad electiva y mejor haya respetado las reglas de la Institución que luego van a continuar siendo aplicadas.

Evidentemente este problema de fundir la legitimidad del Régimen de Franco con la legitimidad de la Monarquía que debe sucederle por mandato expreso de nuestra ley Fundamental se le aparece a algunos confuso y, sin embargo, no ofrece más dificultad que la de precisar bien los términos de la cuestión y desvanecer algunos de los parciales y hasta obsesionados argumentos con que se ha pretendido oscurecerla de un lado y otro, por pesar tanto en algunos el principio de legitimidad monárquico que sólo como concesión verbal admiten la del Régimen del 18 de julio, y por estar otros tan inmersos en las realidades históricas y sociológicas que han determinado el clamoroso refrendo del 14 de diciembre al Régimen de Franco que no conciben el tránsito de su clara e incuestionable legitimidad al principio de la legitimidad monárquica.

Y, sin embargo, repetimos, la antinomia se resuelve con solo no olvidar que la raíz profunda de la legitimidad del Régimen que suceda al actual estará siempre en éste, lo que exige que la sucesión se realice normalmente respetándose la legalidad vigente. Toda legitimidad, se ha escrito no hace mucho, ha estado siempre precedida en un momento determinado de una ruptura revolucionaria. Anteriormente ha quedado eso mismo reconocido. La ruptura revolucionaria se produjo el 18 de julio fundándose en esa fecha una nueva legitimidad cuya única continuación legal es la Monarquía en la forma expresamente prevista por la ley de Sucesión y el título II de la Ley Orgánica que es objeto de este examen. La oposición a esta Monarquía significaría no sólo la ruptura de la legalidad sino la del principio de legitimidad fundado el 18 de julio, sin que ello se oponga a que en la designación de la «persona de estirpe regia» en la que haya de instaurarse la Corona, deban concurrir las condiciones que mejor contribuyan a dibujarla no sólo como primer ascendiente de la futura línea reinante regulada en el artículo 11 de la ley de Sucesión, sino como punto de unión entre aquélla y otra línea anterior, no dándole al 18 de julio un carácter de improvisación de la que surgió un período glorioso pero excepcional sino, por el contrario, asegurando su continuidad con el concurso de la Historia. De este modo la Monarquía hereditaria continuará funcionando con arreglo a las normas establecidas en la propia Ley Orgánica, dentro del marco preparado para ella, fundiendo sus propios principios de legitimidad con los que, renovándola sobre sus auténticas bases, la hicieron posible. Y, obviamente, ningún tipo de Regencia establecida con aspiraciones de forma política permanente, con vulneración del espíritu de la ley Fundamental y del texto expreso de la ley de Sucesión, sin precedentes

en nuestra Historia y sin base en ninguna doctrina de Derecho constitucional, podría nunca alcanzar el grado de legitimidad suficiente para ser reconocida como la continuación lógica de la trayectoria política iniciada el 18 de julio y culminada en los largos años de paz y progreso del Régimen del general Franco.

JOSÉ IGNACIO ESCOBAR Y KIRKPATRICK

Marqués de Valdeiglesias

R É S U M É

Le Titre II de la Loi Organique retient la monarchie pour configurer l'organe placé à la tête de l'Etat puisqu'il y est prévu que lorsque les prévisions établies pour la succession à la direction de l'Etat s'accompliront la couronne sera dévolue à une personne de souche royale: La Régence n'est conçue que comme une solution intérimaire en l'absence d'un possible Roi, le cas échéant. Les liens entre les fonctions du futur Roi et celles des autres organes de l'Etat donnent à l'ensemble des institutions un caractère nettement représentatif. La proposition portant sur la personne du Roi doit sans doute être approuvée par les Cortes mais la monarchie n'en devient pas pour cela élective. La monarchie visée par la Loi est une monarchie traditionnelle. Du vivant du "Caudillo" bien que la désignation du successeur doive être approuvée par les Cortes, cette désignation ressortit à ses pouvoirs fondationnels. Du moment où les règles établies pour l'intervention des Cortes quand il y a lieu à désigner la personne royale à travers l'organisme — Gouvernement et Conseil du Royaume réunis — chargé de cette désignation dans l'hypothèse où le Général Franco n'aurait pas désigné cette personne, ne sont pas différentes, on manque de base pour supposer qu'il y aurait alors des pouvoirs discrétionnaires permettant d'ignorer l'ensemble du contexte de la Loi Organique approuvée à une écrasante majorité le 14 décembre 1966.

Analyse est faite enfin du problème de la fusion des deux légitimités: celle de l'institution monarchique et celle du régime actuel. Il n'est pas question, souligne-t-on que le régime actuel doive aboutir à une monarchie, il s'agit simplement de reconnaître que par définition, contenue dans la Loi de Succession de 1947 aussi bien que dans le Principe Fondamental N.º 7 et dans la Loi Organique elle-même, l'Etat constitue déjà une monarchie, au sommet de laquelle le Général Franco a été placé à vie en tant que "Caudillo". C'est la date du 18 juillet 1936 qui marquera l'origine de la légitimité

du futur souverain, alors même qu'il serait désigné, comme personne de souche royale, en raison précisément de ses titres représentatifs d'une légitimité historique.

S U M M A R Y

Chapter II of the Organic Law gives the Head of State a monarchic configuration, expressly ordering that on fulfilling the succession provisions, the crown shall be restored to a person of royal blood. The Regency is considered as a purely interim formula for filling in the absence of a possible King at that moment. The form of linking the functions of the future King with those of the other organs of the State gives the set-up of the Institutions a completely representative character. The proposal of the person of the King must be approved by Parliament, but this does not mean that there is an elective element in the said transaction. The Monarchy established by the Law is a traditional Monarchy. During the life of the Head of State, the appointment of the successor, although it is still subject to the approval of Parliament, is within the framework of his fundational powers. And as the rules for controlling the intervention of the Courts are not different in the case that the proposal is made by the organism—Government and Council of the Kingdom together—in charge of doing so when the leadership of the State is vacated without an appointment having been made by General Franco, there is not basis whatsoever for presuming at such a moment the existence of discretionary powers which could ignore the whole context of the Organic Law approved with overwhelming majority in the referendum of 14th December 1966.

Finally the problem of the fusion of the two legitimacies is analyzed: that of the monarchic institution and that of the present system. We underline here that this does not mean that the present Government has to end in a Monarchy but has to recognize the fact that on account of the definition contained both in the Law of succession of 1947, as well as in the 7th fundamental principles and in the Organic Law itself, a Monarchy is already constituted which has had to date in its vertex the leadership of General Franco for life. The date 18th July 1936 will mark, therefore, the origin of the legitimacy of the future monarch, although he may have been appointed as a person of royal blood, precisely on account of his representative titles of a historical legitimacy.