

## PRÓLOGO

1. Me complace muy sinceramente presentar el primer libro de Guillermo Villar Crespo, que contiene la que en su día fue su tesis doctoral, que elaboró bajo mi dirección y que defendió muy brillantemente en una abarrotada sala de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia ante una Comisión formada por muy destacados Catedráticos de Derecho Administrativo (Dres. Sánchez Morón, Huergo Lora y Spuntarelli) obteniendo la máxima calificación con mención internacional.

2. El objeto de análisis que afrontó el Dr. Villar, al menos dos años antes de que nos asolase la peste del Covid-19 (subrayo la circunstancia temporal, que pone de manifiesto que esta no es una investigación apresurada ni acomodaticia al hilo aquella) se refiere a una cuestión central en el Derecho Público, como es el Derecho de excepción, esto es, la regulación y la actuación de las Administraciones Públicas en los supuestos en los que situaciones excepcionales, imprevisibles y de extraordinaria relevancia y efectos surgen en la realidad de las cosas y despliegan sus efectos.

¿Cómo reacciona el Derecho frente a las catástrofes, a todo aquello que no puede estar previsto y regulado por el Derecho en situaciones de necesidad?. O, en otros términos, ¿cómo se actúa ante el no-Derecho, ante lo que no ha sido regulado ni habría sido posible regular por su imprevisibilidad o excepcionalidad?. ¿Con qué potestad normativa o de regulación cuentan las Administraciones Públicas para reaccionar y hacer frente a situaciones excepcionales? Porque la realidad se impone y exige soluciones, estén o no contempladas en el Ordenamiento Jurídico. Precisamente, el ámbito sobre el que proyecta su investigación el Dr. Villar se refiere a la capacidad de las Administraciones Públicas de reaccionar mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria a fenómenos extraordinarios cuya existencia, contenido y, sobre todo, alcance no

están previstos en el Ordenamiento Jurídico ni, posiblemente, podrían estarlo, porque en las regulaciones no pueden compendiarse todas las posibilidades o modalidades de catástrofes y situaciones excepcionales, como demuestra la experiencia adquirida.

3. La construcción depende del modelo constitucional general, que en los sistemas democráticos parte necesariamente del régimen de separación de poderes. De forma habitual la adopción de medidas, regulaciones, decisiones o actos de ejecución para hacer frente a situaciones excepcionales corresponde o se inserta en el ámbito de la reserva de ley, en la medida en que afecta a derechos, en muchos casos fundamentales, de los ciudadanos. Pero ante situaciones de excepcionalidad no siempre es posible que el Legislador reaccione de forma efectiva, porque es imprescindible que la reacción se produzca de forma inmediata y los tiempos del Legislador no lo permiten. Por ello en todos los Derechos que cuentan con separación de poderes se ha construido, históricamente, una ordenación, siquiera incipiente, de la habilitación de potestades normativas y ejecutivas a las Administraciones Públicas en situaciones de necesidad. En nuestro Derecho, tradicionalmente se ha identificado entre las clases de reglamentos por la relación de estas normas con la ley (un criterio que ya no es suficiente para explicar el fundamento de potestad normativa del Poder Ejecutivo, y que debe al menos completarse con la explicación de sus relaciones en atención al sujeto al que se otorga la potestad, especialmente en el ámbito de las personas jurídico-públicas dotadas de autonomía, de las Administraciones independientes y de las que intervienen en el ámbito de los sectores regulados) el denominado reglamento de necesidad, que permitía a las Administraciones Públicas adoptar todas las medidas precisas para hacer frente a la situación excepcional, incluso si no existiese habilitación legal para hacerlo o —al menos en las formulaciones doctrinales— si el reglamento actuase contra la ley. Objetivamente analizado, y ante los evidentes riesgos que supone y las dificultades de control judicial, su análisis sitúa de nuevo, como sucede en el Derecho Público en general, el protagonismo de la búsqueda de un equilibrio entre prerrogativas o potestades (cómo deben actuar las Administraciones Públicas para conseguir fines de interés general, que atribuye el Legislador o la Constitución) con las exigibles garantías. Por ello exige explicar y construir, con la precisión de un cirujano, cómo se comporta el Derecho ante lo no previsto, de forma extraordinaria y excepcional (esto es, fuera de los mecanismos de integración, de interpretación y de aplicación) que es lo que habitualmente hace el Derecho en situaciones de normalidad.

En este análisis, es particularmente relevante el carácter evolutivo o innovador de las situaciones excepcionales que se invocan o que se suscitan para

justificar (o intentarlo) la producción de estas normas tan excepcionales, como los fenómenos que hemos padecido recientemente ponen de manifiesto, y que habrían sido impensables e inimaginables hace algunas décadas. En la formación histórica, que el autor analiza con minucioso detalle en España, así como en los Derechos francés, alemán e italiano, se identifican causas que, casi dos siglos después parecen indiscutibles e incluso inocentes o sencillos, fundamentalmente apegados a la protección de la salud colectiva. Así, en el tomo décimo («parte administrativa») del «Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente» (de F. García Goyena y J. Aguirre; manejo la segunda edición, Imprenta y Librería de D. Ignacio Boix, Editor, 1845) se alude a las «medidas que deben adoptarse para impedir el contagio o propagación de las pestes y epidemias, y para la conservación de la salud pública», y se atiende al «contagio que puede importarse del extranjero, principalmente por la vía del mar» (en referencia a medidas «dirigidas a evitar el contagio y propagación de las pestes y epidemias») y a las «medidas que deben adoptarse para la conservación de la salud pública» que comprende la «policía sanitaria de aguas, alimentos y lo relativo a fábricas insalubres y cementerios». Con respecto a estas últimas se indica que «las autoridades administrativas deben procurar que no haya aguas estancadas y que sólo se beban aquéllas que no puedan perjudicar a la salud pública, así como es su deber impedir que se vendan aquellos alimentos que por su estado de putrefacción o cualquiera otra circunstancia pueden ser nocivos a los que los compran». Con respecto a las primeras, indica que la forma de prevenir «que con la llegada de algunas personas, efectos o géneros procedentes de países infestados, o que haya sospecha de que lo estén, pueda contagiarse el país» se materializa mediante patentes (con las cuales se sabe el grado de confianza que inspiran) que pueden ser «limpias, sospechosas y sucias», de forma que si existen sospechas «se sujeta a las personas a cuarentena, y a espurgo y ventilación a los efectos que consigo llevan». En lo que se refiere a las medidas «para evitar la propagación del contagio», los autores se referían a algunas de diferente naturaleza: las autoridades «acuerdan el modo de surtir al pueblo de víveres por mar y por tierra»; limitaciones de salida y entrada del pueblo e incluso sobre la correspondencia pública y los pliegos particulares del servicio «se despachen abiertos en una regular dimensión por ambas superficies y empapados en vinagre». En el «Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España» de V. Santamaría de Paredes (manejo la tercera edición de 1891) el planteamiento, un poco más elaborado, es

sustancialmente semejante. Parte del análisis de las funciones de la Administración respecto al orden físico, «que da lugar a los servicios administrativos que tienen por objeto proteger la existencia y la salud de la sociedad contra la acción de la Naturaleza, favorecida o no por actos del hombre». La mayor atención se presta a la policía de las enfermedades contagiosas, a la policía sanitario-epidémica interior y a la exterior. En este contexto, señala que la Administración «dicta reglas para evitar el contagio o atenuar los efectos» de la viruela, lepra, difteria, fiebre amarilla, peste levantina, colera morbo asiático y también de las epizootias; cuando se ha declarado la inminencia del peligro, «se ha de proceder inmediatamente, por cuantos medios sugiera la ciencia y el celo de las autoridades, a destruir o cuando menos atenuar las causas de insalubridad...». Con respecto a la sanidad exterior, se contempla la adopción de medidas muy intensas: cuarentenas, acordonamiento fronterizo, patentes de sanidad, visita de naves, lazaretos (sucios y de observación) y expurgos. Reflejan estos dos influyentes textos (elegidos entre otros varios) que, aún sin sistematizar ni teorizar las clases de reglamentos (en el Curso de Santamaría de Paredes se identifica la potestad reglamentaria como «la facultad que tiene la Administración de dar reglas para el cumplimiento de la ley o de una disposición administrativa, que se manifiesta de dos formas: reglamento y reglas aisladas, «producidas por un caso particular que da lugar a una medida general») la forma de reaccionar frente a circunstancias excepcionales, extraordinarias o en su caso imprevisibles, mediante un apoderamiento prácticamente en blanco a las «autoridades» administrativas para que adopten las medidas precisas para hacerlas frente.

4. Como la sencilla explicación conforme a la cual el reglamento de necesidad es contra legem no es satisfactoria (al menos porque no es razonable considerar que en el Ordenamiento Jurídico constitucional se admitan normas contra legem) el Dr. Villar comenzó una tarea de investigación detallada que contaba como norte con la necesidad de juridificar el Poder, también en este ámbito tan excepcional.

Construir con rigor y precisión el régimen de los reglamentos de necesidad no es sólo el resultado de un estudio riguroso sobre el sistema de fuentes del Derecho y en particular de una de las normas que pueden dictar las Administraciones Públicas (en general, el Poder Ejecutivo) al margen, y eventualmente en contra, de las regulaciones generales, sino que resulta esencial para limitar el abuso del Poder y la marginación o desprecio de las reglas de legitimación democrática del Poder. Porque lo que resulta particularmente relevante del análisis de los reglamentos de necesidad es establecer instrumentos efectivos que garanticen su juridicidad y su control, precisamente porque, como sucede con

el común de las instituciones y potestades públicas, su correcto ejercicio mejora la situación de las sociedades y de los individuos que las componen, pero su incorrecto ejercicio producen consecuencias no sólo perturbadoras sino, en el caso de estas normas, sumamente peligrosas para el orden social y para los ciudadanos. Benjamin Constant («Una Constitución para la república de los modernos (fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país)», en la formulación española de los dos libros inacabados —Principios de Política y Fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución republicana en un gran país, actualizados hasta 1810— en la edición de Tecnos con estudio de contextualización de Eloy García, pp. 196-197) ya advirtió de los riesgos que producía la potestad reglamentaria en su relación con la Ley y la posición del Poder Legislativo («en este terreno los intereses del poder ejecutivo y los del poder legislativo están directamente enfrentados»). Los avatares históricos lo han puesto de manifiesto. R. Saviano («Grita», traducción española de 2025) ha recordado, al hilo de la pandemia, a C. Schmitt: «sostenía también una cosa que me parece siniestramente actual; decía que un líder sólo puede ganar adeptos cuando se declara el “estado de excepción”...» que es —señala— «lo que ocurrió en la pandemia. Te suena esta palabra, ¿verdad?. Sabes lo que es hallarse en una situación en la que las normas ordinarias son bastan, en la que los pilares de la sociedad se desmoronan y el sistema se colapsa» (p. 36). Los riesgos de la incorrecta delimitación del ámbito de reacción frente a lo excepcional, de la insuficiente regulación o previsión, y desde luego del incorrecto ejercicio, son de extraordinaria envergadura, más allá de la concreta categoría dogmática del denominado reglamento de necesidad. Por ello los esfuerzos como el que ha afrontado el Dr. Villar son particularmente relevantes como instrumento para evitar situaciones inadmisibles.

5. Para ello, nada como el conocimiento y las propuestas que resultan de una actividad investigadora serena, intensa y profunda, como la que el lector comprobará que ha efectuado Guillermo Villar. Ha ahondado con precisión en la explicación de la formación histórica de esta categoría en los Derechos alemán, francés e italiano, y de forma minuciosa, encontrando algún valioso hallazgo novedoso en la doctrina, en España. A partir de aquí, esto es, una vez situada la cuestión y contando con explicaciones solventes sobre el origen, la construcción y la formación histórica de la institución, ha indagado en las exigencias que derivan de la Constitución y del ordenamiento constitucional (el deslinde con el Decreto Ley resulta obvio, pero también se suscitan interesantes reflexiones sobre otras reglas e instituciones constitucionales, como los estados

de alarma, excepción y sitio) a efectos de situar el exigible equilibrio, que tentó al Dr. Villar a afrontar un estudio sobre las cláusulas de habilitación o generales de necesidad, en un planteamiento de mayor alcance y entidad que, por razones vinculadas a la necesidad de cerrar el trabajo doctoral, fue necesariamente excluido, ciñendo velas en el final del proceso de elaboración de la tesis aunque marcando una nueva y más amplia línea de investigación, que ha puesto a disposición de los investigadores para que, en su caso, avancen en el mismo.

6. Guillermo Villar, funcionario de uno de los altos Cuerpos funcionariales del Estado (Administradores Civiles del Estado) del que proceden algunos importantes Catedráticos de Derecho Administrativo (entre los mejores, sin duda, mi Maestro, el profesor Muñoz Machado) es un jurista intelectualmente inquieto, preocupado por su formación especializada y por atender a problemas de la dogmática del Derecho y de la realidad práctica. Algo que, en mi criterio, debe caracterizar a los profesores universitarios de la disciplina.

Cuando mostró su interés por redactar su tesis doctoral, hace años, el reglamento de necesidad resultó ser un objeto muy adecuado, no sólo porque a él han dedicado su atención, desde otras perspectivas, con trabajos de gran calidad que son indiscutiblemente de referencia, los profesores Santiago Muñoz Machado y Vicente Álvarez García, sino sobre todo por su capacidad formativa para un investigador. Ha afrontado el reto con rigor y honestidad intelectual, con mucho esfuerzo y semejantes dosis de ilusión. Ha realizado un trabajo, como podrá comprobar el lector, equilibrado y ponderado, en el que las distintas piezas encajan o ensamblan perfectamente, informan al lector, construyen y explican sistemáticamente la figura.

Como expuse públicamente en el acto de defensa, quiero manifestar mi satisfacción con el trabajo desarrollado, con la forma de afrontarlo y con el resultado —formativo— alcanzado. No creo equivocarme al declarar que el Dr. Villar Crespo es, tras su proceso investigador doctoral, un iuspublicista de alto nivel especializado. Y me alegra sinceramente haber contribuido al resultado que el lector tiene entre sus manos y a la formación especializada del autor, acompañándole en el proceso doctoral que constituye un inicio, y no una llegada, en un proceso formativo permanente, propio de los juristas, de los investigadores y de los profesores universitarios.

Juan Francisco Mestre Delgado  
Catedrático de Derecho Administrativo  
El Montico, junio de 2025

## NOTA PRELIMINAR

La obra que tiene el lector en sus manos contiene lo sustancial de mi Tesis Doctoral, rubricada con el mismo título y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Juan Francisco Mestre Delgado. Fue leída en audiencia pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el día 15 de febrero de 2024, ante un Tribunal presidido por el Prof. Dr. D. Miguel Sánchez Morón, e integrado por el Prof. Dr. D. Huergo Lora y por la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sara Spuntarelli, obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad, así como la mención internacional.

A todos ellos agradezco enormemente los cariñosos e inmerecidos elogios a mi investigación, así como sus valiosas aportaciones. En la medida de lo posible, todas ellas han sido tenidas en cuenta e integradas en esta última versión del trabajo. Agradezco también al Prof. Dr. D. Marco Galdi y a las Profesoras Doctoras D.<sup>a</sup> Eva Nieto Garrido y D.<sup>a</sup> Consuelo Reyes Marzal Raga los comentarios contenidos en sus informes, así como al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por considerar mi obra digna de ser publicada en la prestigiosa Colección de Estudios Constitucionales.

Sería también injusto no dedicar unas palabras a todos aquellos que, de un modo u otro, han contribuido a este libro. Como es merecido, los agradecimientos deben comenzar por mi Maestro, el Prof. Dr. D. Juan Francisco Mestre Delgado. Su sabia dirección a lo largo de todos estos años, sus profundos conocimientos jurídicos y su visión, también práctica, del Derecho han resultado imprescindibles para la confección final de la obra. Sólo su calidad humana puede equipararse a sus atributos como jurista. A él debo no haber desfallecido en aquellos momentos en los que me planteé —en más de una ocasión— reorientar el trabajo hacia otras materias más accesibles. Por todo ello es por lo que a él va dedicado este libro.

Por otro lado, la importancia del estudio del Derecho comparado en la investigación ha resultado fundamental. La construcción del capítulo dedicado al Derecho alemán no hubiese sido posible sin las observaciones del Prof. Dr. D. Martin Ibler, quien amablemente me acogió en su Cátedra de la Universidad de Constanza durante los meses de enero a abril de 2021. De esta estancia de investigación quiero recordar también al Profesor Dr. D. Codrin Timu, quien, inteligentemente, me orientó en la selección bibliográfica. Por su parte, me gustaría agradecer a la Profesora Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Claudia Tubertini la tutorización de mi estancia en la *Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica* (SPI.S.A) de la Universidad de Bolonia durante el mes de enero de 2023. También al Prof. Dr. D. Gianluca Gardini, por sus lecturas recomendadas sobre las ordenanzas de necesidad en el Derecho italiano.

Este trabajo es también deudor de un sinfín de especialistas, cuya evocación enumerativa —por falta de espacio— espero no desmerezca sus aportaciones y su apoyo. Quiero hacer especial mención al Profesor Dr. D. Alfredo Galán Galán, que generosamente me orientó en algunos de los problemas territoriales en la materia. También al Prof. Dr. D. Gustavo Manuel Díaz González, así como al Prof. Dr. D. Jordi Gimeno Beviá, quienes tuvieron a bien guiarme en los pormenores y arcanos del mundo académico, siempre tan desconocidos como atractivos para mí.

Por todos ellos siento un profundo respeto y admiración, tanto a nivel profesional como, especialmente, en el plano personal. Esta marcada veneración, para mi fortuna, se entremezcla con la amistad; afecto que, tal vez, se erija como el sentimiento más puro y elevado que un ser humano puede albergar respecto a otro.

Sin ánimo de parecer corporativista, quiero también subrayar que mi pertenencia al Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado me ha permitido dotar al trabajo de una cierta visión práctica, que sólo puede adquirirse con el ejercicio diario del Derecho. La experiencia de mi profesión durante la confección de la Tesis Doctoral ha sido imprescindible. A tal efecto, querría agradecer a mi superior jerárquico durante mi destino en el Instituto Nacional de Administración Pública, D. Carlos Bonillo Robredo, su generosidad y comprensión a la hora de autorizar la estancia de investigación en Alemania. No hace falta insistir en que, sin ella, las referencias al Derecho alemán y la propia mención internacional al Grado de Doctor no habrían sido posibles.

Son muchos los amigos, compañeros y familiares que me han acompañado estos años durante este viaje, aunque me gustaría resaltar las siempre lúcidas aportaciones de Isabel. Su paciente lectura de los innumerables borradores,

manuscritos y versiones por los que ha transitado este trabajo hasta su conclusión definitiva son sólo un ínfimo ejemplo de su infinita bondad. Esta obra es —como tantas otras cosas— deudora de su inagotable generosidad.

Este libro es tributario también de un imprescindible apoyo emocional y material sin el cual no hubiese sido posible. Quiero agradecer a mis padres, Antonio y Margarita, por educarme en la cultura del esfuerzo, del trabajo y de la perseverancia. También a mis hermanas, Alicia y Paloma —sin olvidar a Mateo, mi querido sobrino y ahijado— por mostrarme la cara más cálida, afectiva y tierna de este mundo.

Todos ellos han hecho de mí la persona que soy hoy. Y por ello todos son, indudablemente, coautores y parte inseparable de esta obra.

En Madrid, a 12 de noviembre de 2024



## ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Cualquier jurista español que sea interpelado por los tipos de reglamentos existentes en el Derecho español responderá —sin precisar de mucha reflexión— atendiendo a la conocida clasificación por su relación con la Ley: reglamentos ejecutivos (*secundum legem*), reglamentos independientes (*praeter legem*) y reglamentos de necesidad (*contra legem*).

Esta trilogía reglamentaria advertida —formulada por Lorenz VON STEIN hace más de ciento cincuenta años— se erige ya en pieza inseparable de la teoría de fuentes del Derecho administrativo español, siendo heredada, como si de un mantra se tratara, en los diferentes tratados y manuales de la disciplina de la última centuria. En contraposición a los reglamentos ejecutivos e independientes —que gozan de un perfilamiento doctrinal y jurisprudencialmente asentado— los «de necesidad» adolecen de un régimen jurídico unánimemente admitido.

La cuestión no es baladí. La figura objeto de análisis no es —como, tal vez, pueda parecer *a priori*— una institución residual de nuestro Derecho público, sino que su delimitación y configuración presenta una destacada importancia al conectar directamente, entre otras muchas cuestiones, con la teoría de las fuentes del Derecho, los límites a las injerencias en los derechos fundamentales por parte del poder público o, incluso, el control de las autoridades llamadas a detentar el anterior. Resulta por ello imprescindible construir un sistema que haga coexistir lo aparentemente incompatible: la persecución del interés general y el respeto a la legalidad en la regulación de lo excepcional, de lo imprevisible. El reglamento de necesidad se erige así en una figura central, destinada a impulsar tal equilibrio.

El presente trabajo inició su andadura en 2017 en un contexto muy distinto al que estaba por llegar, en el que las instituciones de Derecho de necesidad o de crisis no se encontraban tan perfiladas dada la escasa utilización que ha-

bían tenido hasta entonces. Desde ese año, y una vez la investigación se encontraba ya avanzada, se sucedieron una serie de eventos que demandaron su activación: la aplicación del artículo 155 de la Constitución, el impacto de la COVID-19 y de una crisis sanitaria sin precedentes, la llegada de fenómenos naturales como la tormenta «Filomena» o la erupción del volcán de La Palma, entre otras cuestiones.

Del mismo modo, una vez esta obra estaba aceptada y pendiente de envío a imprenta, han tenido lugar dos importantes eventos para este trabajo. Por un lado, la terrible catástrofe ocasionada con motivo de la «Depresión Aislada en Niveles Altos» (en adelante, DANA) que asoló varias provincias del territorio español, especialmente la de Valencia, durante los últimos días de octubre y las primeras semanas de noviembre de 2024. Y, por otro lado, la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2024, de 5 de noviembre, que establece nuevas aportaciones en lo que concierne a los estados excepcionales, a la distinción entre limitación y suspensión de derechos fundamentales, y, también, en lo que respecta a las exigencias de reserva de Ley orgánica para autorizar determinadas restricciones. Estas cuestiones han sido referenciadas únicamente en lo estrictamente necesario en la versión final de esta obra, respetándose en lo demás su redacción original.

No estamos, pues, ante un trabajo apresurado, redactado con motivo de la pandemia o de las mentadas catástrofes, sino ante un análisis sereno, desarrollado a lo largo del tiempo, que ha eclosionado en una profunda y revisada reflexión jurídica producto de años de investigación. En cualquier caso, las disquisiciones teóricas y jurisprudenciales vertidas al calor de tales situaciones sirvieron para perfilar algunos de estos instrumentos —como los estados excepcionales o la coerción estatal— pero lo cierto es que, pese a que se ha producido algún avance, la institución que ocupa estas páginas no gozó de la misma suerte.

Resultaba preciso por ello un estudio sistemático sobre el reglamento de necesidad en nuestro país que explicase su origen, evolución y régimen jurídico. Más aún, en atención a lo dispuesto por las distintas referencias presentes en la actual literatura jurídica, parecía que, *a priori*, únicamente existían dos rasgos predicables con carácter general de los reglamentos de necesidad: su expresión como manifestación de la potestad reglamentaria y su integración en el indicado acervo de Derecho de necesidad.

Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla. Un análisis detenido de esas referencias doctrinales y jurisdiccionales nos permite afirmar la existencia de una falta de claridad y de homogeneidad conceptual. Y es que, por un lado, la literatura jurídica utiliza esta categoría como cajón de sastre, reconduciendo a ella

cuestiones de la más variada índole (declaraciones y actuaciones en el seno de los estados excepcionales; previsiones extraordinarias encajadas en la legislación ordinaria de policía; cláusulas generales de habilitación; etc.); y, por otro, la jurisprudencia reconoce la expresión «reglamento de necesidad», bien al aludir a la clasificación reglamentaria mentada, bien —en casos muy contados— para hacer referencia al producto normativo de las cláusulas generales de necesidad, expresadas en esa autorización genérica en favor de la autoridad competente para dictar las «medidas necesarias». Ante tal situación, parece que sigue siendo todavía «fundamental» —como ya advirtió en su momento el Prof. MUÑOZ MACHADO<sup>1</sup>— realizar un estudio sosegado y profundo de esta institución, con la pretensión de construir un marco teórico estable, que refleje la significación del reglamento de necesidad en el ordenamiento español.

La tesis central que aquí se defiende es que el «reglamento de necesidad» en nuestro país se erige como una institución autónoma, con un régimen jurídico propio y diferenciado. Se sostiene también que los rasgos y caracteres de esta figura son producto de múltiples avatares históricos y dogmáticos que hunden sus raíces en la formación misma de los Estados constitucionales europeos y que llegan a nuestro país a través de la traducción de obras jurídicas extranjeras y de su adaptación a nuestro sistema en distintas fases: en un primer punto identificándolos con las actuaciones genuinamente *contra legem* llevadas a cabo por las autoridades competentes como consecuencia de la inexistencia de base legal; en un segundo, como expresión genérica para hacer referencia a distintos tipos de instrumentos de Derecho de necesidad; y, en un tercer momento histórico —en el que nos encontramos— como figura que se identifica con el producto normativo de las cláusulas generales de necesidad previstas en la normativa, por lo general, de seguridad pública. Y, en fin, se pretende demostrar también que esta tercera y última concepción permite su diferenciación de otros instrumentos previstos para situaciones de crisis, así como, en congruencia, que es posible esbozar incluso una teoría general sobre esta concreta figura.

Con el propósito de alcanzar el objetivo antes indicado, el trabajo se distribuye en dos grandes partes, en las que se integran siete capítulos con entidad propia.

La primera parte lleva la rúbrica «Origen, evolución y desarrollo del reglamento de necesidad en el Derecho comparado». Se realiza así un análisis histórico de la figura en tres ordenamientos jurídicos europeos fundamentales para

---

<sup>1</sup> MUÑOZ MACHADO, S., en el prólogo a la obra de V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 22.

esta investigación: el alemán, el francés y el italiano. Esta primera parte se divide en cuatro capítulos.

El primero de ellos —intitulado como «La inercia y los aprendizajes del Derecho comparado»— pretende centrar al lector en lo que concierne al análisis de los tres sistemas jurídicos que se estudian en los capítulos posteriores. El reglamento de necesidad hunde sus raíces, en efecto, en Alemania; país en el que se construye su dogmática al albur de un contexto constitucional muy específico, trasladándose desde allí —en una clara adaptación conceptual— a otros sistemas constitucionales de distinto cuño, lo que explica que su trayectoria sea distinta en Italia, en Francia y en España.

El segundo capítulo de esta primera parte es fundamental para entender el desarrollo histórico y dogmático del reglamento de necesidad. Así, bajo el título «El reglamento de necesidad en Alemania: orígenes y evolución», se analiza el nacimiento de la figura en las Monarquías germánicas del siglo XIX (*Notverordnung*), su transformación conceptual y material en el marco de la Constitución de Weimar de 1919, y, en fin, su situación tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949. Se analiza, por último, la herencia terminológica y material de la figura en los ordenamientos de tradición germánica, incluyendo a Austria, Suiza o Liechtenstein.

Al estudio del Derecho alemán le sigue un tercer capítulo, relativo al Derecho francés, cuya importancia para el reglamento de necesidad resulta algo más contenida. Esto explica también que el título del capítulo sea el de «Apuntes sobre la idea de ‘reglamento de necesidad’ en el Derecho francés». La primera parte de esta obra se cierra así con un cuarto capítulo: «El poder de ordenanza y las ordenanzas de necesidad en el Derecho italiano». En este apartado del trabajo se analiza la figura del «poder de ordenanza» (*potere di ordinanza*), que se atribuye por las Leyes de seguridad pública a ciertas autoridades para dictar —con fundamento en una cláusula general— «ordenanzas de necesidad» (*ordinanze di necessità*) para confrontar situaciones excepcionales.

La sistemática realizada —por la que se analizan tres ordenamientos jurídicos de destacada importancia en la formación de nuestro Derecho público— pretende exponer en perspectiva histórica y comparada el tratamiento de las crisis y su relación con la idea del «reglamento de necesidad». Únicamente con este punto de partida es posible abordar la cuestión relativa al surgimiento, desarrollo y configuración de la institución dentro de nuestras fronteras.

En efecto, la segunda parte de esta obra lleva por título «El reglamento de necesidad en España: origen histórico, situación actual y teoría general». Se

divide a su vez en tres capítulos diferenciados en los que se analiza —respectivamente— la recepción y evolución de la figura en nuestro país a lo largo de la historia constitucional, su configuración actual en la literatura jurídica y en la jurisprudencia, para, por último, desarrollar una teoría general al efecto.

La trayectoria histórica se aborda en el capítulo primero de esta segunda parte, rubricado como «El reglamento de necesidad en el Derecho histórico español». En éste se atiende a cómo desde la misma Constitución de 1812 se van edificando los presupuestos básicos para la recepción de la figura por la literatura jurídica española de principios del siglo xx y hasta la actualidad. Se realiza, pues, en este punto, una genuina *Dogmengeschichte* —«historia de los dogmas» o de los conceptos, en feliz expresión de la doctrina alemana— del reglamento de necesidad, con objeto de analizar su evolución y trayectoria a lo largo del tiempo. La línea histórica desemboca en el segundo capítulo de esta segunda parte, que, bajo el título «La configuración del reglamento de necesidad tras la Constitución de 1978», analiza la situación actual de la figura en nuestro sistema jurídico, a fin de esclarecer cuál es el espacio existente para ella, así como conocer su posición tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia.

Por último, y bajo la rúbrica «La construcción dogmática del reglamento de necesidad en el ordenamiento jurídico español», se delimita el régimen jurídico de esta institución en nuestro Derecho positivo. Para ello se arranca desde la concepción de reglamento de necesidad como producto normativo de una cláusula general de necesidad, haciéndose uso de la doctrina y de la jurisprudencia, así como, claro está, de las enseñanzas de los ordenamientos alemán, francés e italiano. Se bosqueja, al efecto, una teoría general de la figura en cuestión, analizándose su delimitación conceptual y su naturaleza, sus caracteres, su fundamento en el texto constitucional y su función en el ordenamiento jurídico, así como su significación respecto de la Ley. Se aborda también el estudio de los requisitos de validez de la institución y los contrapesos existentes ante la utilización de tal figura, brindando, por último, una serie de reflexiones finales.

Se intenta así dar respuesta a una parte relevante del sistema de fuentes, cohonstando la existencia del reglamento de necesidad como institución con la vigencia y efectividad de las reglas y principios constitucionales. Los importantes desafíos que están por llegar —derivados, entre otras muchas cuestiones, del imparable desarrollo tecnológico, de los fenómenos naturales e industriales o del cambio climático— llevan aparejados una serie de riesgos que se muestran

ciertos en su advenimiento, pero inciertos en cómo habrán de ser afrontados. Es por ello por lo que, como se ha destacado en tiempos recientes, resulta fundamental estudiar mejor las instituciones del Derecho de crisis<sup>2</sup>. Y es que, de todas ellas, tal vez el reglamento de necesidad sea la que mayor perfilamiento precise.

---

<sup>2</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020, pág. 126, refiriéndose al «derecho de las crisis y epidemias sanitarias». Este artículo fue posteriormente publicado —con algunas adiciones— como monografía, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste (2020-2022)*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2022. Por cuestiones de claridad, nos referiremos al primer trabajo a lo largo de la presente obra.

PRIMERA PARTE  
ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO  
DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD  
EN EL DERECHO COMPARADO



## CAPÍTULO PRIMERO

# LA INERCIA Y LOS APRENDIZAJES DEL DERECHO COMPARADO

### I. Introducción y contexto

La atención a distintos ordenamientos se torna esencial para poder comprender las instituciones jurídicas propias. Y ello tanto en lo que respecta a la hora de entender su surgimiento histórico —el porqué de su alumbramiento— como su desarrollo evolutivo y su posición actual en el sistema del que forma parte. Aún más: el estudio del Derecho público comparado nos permite también perfilar o desarrollar el encaje de tales categorías, a fin de dotarlas de mayor utilidad, tanto desde la perspectiva de los poderes públicos —llamados a hacer uso de ellas— como de los ciudadanos, destinatarios, en definitiva, de sus efectos<sup>1</sup>. El actual tratamiento de la figura del reglamento de necesidad en España responde a una serie de avatares históricos producidos allende nuestras fronteras. De ahí que sea preciso indagar en los orígenes y evolución de la figura en los ordenamientos comparados, con el objeto de esclarecer cómo surge, cómo llega a nuestro sistema jurídico y, en fin, qué utilidad puede tener en su configuración actual.

Idénticos razonamientos son trasladables en lo que concierne a su configuración en perspectiva *pro futuro*. El encaje actual de esta figura en los distintos tratados y manuales de Derecho administrativo español, así como en la jurisprudencia patria, no sólo no es homogéneo, sino que —en ocasiones— llega a ser incluso contradictorio. El ejemplo de otros Derechos puede ser útil, en definitiva, para ofrecer un mejor perfilamiento de la institución.

---

<sup>1</sup> Vid. DE LA SIERRA MORÓN, S., *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, 1ª ed., Civitas, 2004; y, en fin, ya centrado en el Derecho, administrativo, QUEZADA RODRÍGUEZ, F., «Una aproximación crítica a la comparación de Derechos administrativos», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. I, 2020, págs. 7-28.

## II. La elección de los Derechos alemán, francés e italiano

La selección de los ordenamientos alemán, francés e italiano no responde a preferencias de oportunidad, personales o arbitrarias. El influjo de estos tres sistemas jurídicos es indiscutible en el proceso de formación y desarrollo del Derecho público español, estando ampliamente admitida su importancia en la configuración de las distintas categorías que integran nuestro pensar jurídico<sup>2</sup>.

La posición del reglamento de necesidad no iba a ser una excepción. En cada uno de estos tres sistemas toma, además, distintas líneas evolutivas, terminando por ser adaptado o rechazado en función del contexto constitucional, la tradición jurídica y los mecanismos existentes para hacer frente a situaciones extraordinarias en los distintos periodos históricos. No sólo eso, sino que, además, como señala CAMUS —en relación con la noción de «estado de necesidad» en las distintas democracias europeas— existen otros factores extrajurídicos que determinan también el modo de recepción de una institución. Y es que el grado de aceptación, así como la evolución de la noción del reglamento de necesidad y su adaptación a los ordenamientos de destino están también marcados por elementos que exceden lo jurídico: el temperamento nacional, el grado de desarrollo económico, la existencia o no de grupos de presión, la influencia de los partidos políticos, etc.<sup>3</sup>. La adaptación conceptual no es, en definitiva, un injerto o «trasplante» jurídico, sino la adjudicación de una expresión —de origen germánico— a distintos instrumentos presentes en otros países de tradición jurídica latina<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> La alusión a estos tres países —Alemania, Francia e Italia— es una tradición en nuestra doctrina académica que ha llegado hasta la actualidad. *Vid.* recientemente, SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., *Clásicos del Derecho Público (I)*. Biblioteca básica para estudiosos y curiosos, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.

<sup>3</sup> CAMUS, G., *L'état de nécessité en démocratie*, 1ª ed., Librairie générale de Droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 1965, págs. 134 y ss.

<sup>4</sup> La idea de los «trasplantes jurídicos», se atribuye —desde 1974, fecha de la primera edición del trabajo— a WATSON, A., *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2ª ed., University of Georgia Press, Atenas y Londres, 1993, para aludir a la importación de normas e instituciones jurídicas extranjeras a otros ordenamientos jurídicos (*vid.* especialmente, págs. 21 y ss., para atender a la teoría general). Muy crítico con esta noción, puede verse LEGRAND, P., «The Impossibility of “Legal Transplants”», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, núm. 2, 1997, págs. 111-124. Sobre el tema, en nuestro idioma y con carácter reciente, BACKENKÖHLER CASAJÚS, C. J., «Trasplante jurídico», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019, págs. 262-275.

En efecto, la figura surge en el siglo XIX alemán para aludir al producto de las habilitaciones previstas en las Constituciones germánicas en favor de los Monarcas para dictar las «medidas necesarias» ante situaciones de crisis. Sin embargo, la expresión de «reglamento de necesidad» (*Notverordnung*) se trasladará pronto a los países latinos: Francia, Italia y España. Durante el primer tercio del siglo XX la figura trazará una trayectoria distinta en todos estos países al tiempo que —pese a su origen germánico— en Alemania la noción se abandona con la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, como consecuencia —entre otras cuestiones— de los excesos provocados por la previsión del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar de 1919; habilitación general heredera de los tradicionales *Notverordnungen* decimonónicos. La expresión se mantiene en la actualidad, únicamente, en Austria, Suiza, Liechtenstein y algunos *Länder* alemanes, aunque con una configuración similar a nuestros Decretos leyes.

La recepción en Francia se produce de la mano de algunos iuspublicistas de renombre que harán uso de la expresión de *règlements de nécessité* (DUGUIT o JÈZE) o de *ordonnances de nécessité* (BARTHÉLEMY y DUEZ) con motivo de las actuaciones *contra legem* realizadas por las autoridades francesas en el contexto de la Primera Guerra Mundial; justificadas posteriormente, por el *Conseil d'État*, a través de la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales. Sin embargo, la expresión no terminó por cuajar en el sistema galo, hasta el punto de que, con la aprobación de la Constitución de 1958, salvo alguna excepción en la doctrina, ni siquiera se identificará la cláusula general prevista en el artículo 16 en favor del Presidente de la República ante situaciones extraordinarias —claramente inspirada en el precitado artículo 48.2 del texto weimariano— como una habilitación para dictar «ordenanzas de necesidad».

En Italia la expresión hará suerte. Se recoge en un primer momento por autores de la talla de Santi ROMANO para aludir a variopintas instituciones de Derecho de necesidad —desde Decretos leyes, hasta declaraciones de estados excepcionales, pasando por bandos militares— reconfigurándose tras la Constitución de 1947 para erigirse en una figura autónoma. En efecto, de la mano de GIANNINI —en una concepción que será luego asumida por la Corte Constitucional italiana— se aludirá a las «ordenanzas de necesidad» (*ordinanze di necessità*) como el producto de las cláusulas generales de necesidad (el denominado *potere di ordinanza*), ya desligada de las demás instituciones de crisis. Este reenfoque conceptual se mantiene en la actualidad, estando la figura plenamente asentada en el Derecho italiano.

En lo que concierne a España, el «reglamento de necesidad» se recoge actualmente en la literatura jurídica patria en los distintos manuales y tratados de

Derecho público con motivo de la clasificación de los reglamentos por su relación con la Ley, sin quedar esta figura perfilada o delimitada. El análisis de los tres ordenamientos advertidos nos permite rastrear el origen remoto y la evolución de la figura (Alemania), estudiar su recepción en países de tradición jurídica similar, así como analizar su impacto en cada uno de ellos: bien abandonando la noción (Francia), bien adaptándola a su sistema jurídico y dotándola de utilidad (Italia).

El examen de estos tres sistemas —y su influencia— sirve para explicar el origen y evolución del reglamento de necesidad en nuestro país, así como para tratar de elaborar una teoría general al efecto. A diferencia de Francia —país en el que la consolidación de la teoría de las circunstancias excepcionales en la jurisprudencia evitará el recurso a esta figura— la importancia de los ordenamientos italiano y alemán es, en este último punto, fundamental. Y es que es en ellos donde se ha desarrollado con mayor precisión una dogmática doctrinal y jurisprudencial de las cláusulas generales de necesidad; previsión que, como veremos, termina por conectar con nuestros reglamentos de necesidad. En definitiva, no se trata de realizar un acrítico «trasplante jurídico» a nuestro sistema, sino, más bien, de tratar de dotar de sentido y virtualidad a una institución que lleva presente en el Derecho español más de una centuria.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ALEMANIA: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

#### I. Los reglamentos de necesidad en las Monarquías constitucionales alemanas del siglo XIX

El origen de los reglamentos de necesidad se encuentra en las Monarquías Constitucionales germánicas del siglo XIX, pudiendo afirmarse —siguiendo a ELLWEIN— que «la potestad reglamentaria de necesidad (*Notverordnungsrecht*) fue una singularidad específica alemana»<sup>1</sup>. El fenómeno, no obstante, no aparece por generación espontánea, sino que es el producto de un caldo de cultivo y una situación jurídico-constitucional muy concreta.

Y es que, en efecto, en esta etapa, las Cartas germánicas configuraron esta institución como una actuación excepcional del Monarca para garantizar la conservación del Estado, sobre la base de un especialísimo contexto político-constitucional, en el que regiría el principio monárquico y una relación de mera competencia entre la Ley y el reglamento. Tal contexto permitirá racionalizar la teoría del «Derecho de necesidad estatal» (*Staatsnotrecht*) en las primeras Constituciones monárquicas del siglo XIX, mediante el establecimiento de previsiones concretas para dictar «reglamentos de necesidad» (*Notverordnungen*).

Esta fase, aunque se mantendrá más allá en el tiempo en muchos de los textos constitucionales de los *Länder*, comienza a desvanecerse con la recepción de las doctrinas democráticas y legicentristas de corte fundamentalmente francés, siendo manifiesto su decaimiento en la Constitución Imperial de 1871, que olvidará la referencia a los reglamentos de necesidad en sentido clásico. Ello se hace especialmente patente desde la Primera Guerra Mundial, durante la

---

<sup>1</sup> ELLWEIN, T., *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, 1ª ed., Isar Verlag München, Múnich, 1954, pág. 274.

cual se dictará la primera Ley de habilitación —de plenos poderes— al Ejecutivo, como novedoso método de actuación frente a situaciones de crisis.

Precisamente para abordar este epígrafe —cuya densidad conceptual requiere un análisis reposado— se sistematizará en cuatro puntos diferenciados que abordarán, respectivamente, los orígenes remotos y los fundamentos que hacen posible la aparición del *Notverordnung* clásico, en primer lugar, y su naturaleza jurídica, en segundo punto. En los apartados tercero y cuarto se realizará, respectivamente, una aproximación a la regulación de esta figura en las cartas constitucionales alemanas del siglo XIX, así como en el texto bismarckiano de 1871.

## 1. SOBRE LOS ORÍGENES DEL REGLAMENTO DE NECESIDAD EN ALEMANIA

Como bien ha explicado ÁLVAREZ GARCÍA, el paso de un Estado absoluto, en donde el poder se ostentaba en exclusiva por el Monarca, hacia el Estado liberal, de corte representativo y basado en la idea de la separación de poderes, «trajo consigo la necesidad de prever y de justificar la existencia de una serie de mecanismos, concebidos como auténticas cláusulas de salvaguardia para la existencia del Estado»<sup>2</sup>.

Más aún, tales técnicas consistían en «la vuelta temporal a los esquemas del absolutismo», llegando incluso a tener todo ello un reflejo en las Constituciones de las distintas Monarquías centroeuropeas «que dotaban, expresamente, a los príncipes o a los monarcas de la facultad de dictar reglamentos de necesidad con fuerza de Ley»<sup>3</sup>. El fundamento de esta noción se basa en el indicado «Derecho de necesidad estatal», que brota como justificación teórica por parte de la doctrina decimonónica alemana de una actuación plena y libre del Monarca ante situaciones excepcionales y de modo temporal. Supone, pues, una supedi-

<sup>2</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 75.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad...* (cit.), pág. 75. Vid. también, HANSEL, H., *Die Notverordnung nach deutschem Staatsrecht*, 1ª ed., A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), Leipzig, 1904, pág. 3, donde indica que, bajo circunstancias excepcionales, «no puede hacerse menos que recurrir, en estos casos de necesidad del Estado constitucional, a la rígida uniformidad del Absolutismo», citando también a Robert VON MOHL, quien parece pronunciarse en un sentido similar. No obstante, la fuerza de Ley de los reglamentos de necesidad no fue una cuestión pacífica, como podrá comprobarse en el punto I.2 del presente capítulo.

tación del Derecho a los hechos, primando éstos sobre aquél cuando ello sea necesario para lograr la pervivencia del Estado<sup>4</sup>.

Las disquisiciones de la doctrina iuspublicista alemana del siglo XIX en torno a las relaciones entre Ley y reglamento permitirán alumbrar la noción de reglamento de necesidad desde una perspectiva ya no absolutamente fáctica —como necesidad dada por los hechos— sino con una cierta justificación jurídica. En efecto, estas actuaciones extraordinarias se iban a producir ahora sobre la base de una potestad reglamentaria propia del Monarca, no dependiente de la Ley; y de otro modo, también, por medio de una delegación legislativa (*Delegation*), o apoderamiento (*Ermächtigung*), a través de una Ley o, incluso, por parte de la misma Constitución<sup>5</sup>.

Ello dotará al concepto objeto de estudio de una cierta racionalidad jurídica, cuya sistemática buscará la doctrina alemana de finales del XIX y principios del XX, indagando sobre el origen, la naturaleza, los requisitos y los límites de esta compleja figura, cuya expansión conceptual en nuestro país suele atribuirse a la teoría de los tres tipos de reglamentos, en su relación con la Ley, formulada por VON STEIN<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Las nociones de «estado de necesidad» (*Notstand*) y de «Derecho de necesidad» (*Notrecht*) —así como su aplicación al Derecho público (*Staatsnotrecht*)— tuvieron una amplia recepción en otros países como Suiza o Francia al albur de la Primera Guerra mundial. Tales ideas se configuraron como un importante recurso doctrinal para tratar de dar explicación a esas actuaciones ilegales realizadas por los poderes públicos de ambos países durante el indicado conflicto bélico. A esta cuestión nos referimos en el capítulo tercero de esta primera parte, especialmente en los apartados III.3.A) y IV.1.B). En España, por el contrario, la literatura iuspublicista no analizó tales categorías, sino que —más bien— importará directamente la idea del «reglamento de necesidad» a principios del siglo XX, haciendo uso de tal categoría para explicar el dictado puramente fáctico de reglamentos ante situaciones de crisis y sin fundamento constitucional o legal (*vid.* el punto II del capítulo primero de la segunda parte de esta obra).

<sup>5</sup> No obstante, y como se verá, para algunos autores alemanes de la época, la ausencia de previsión por parte de la Constitución o de la Ley para poder dictar estos reglamentos de necesidad no es óbice para que no puedan dictarse, puesto que la pervivencia del Estado queda por encima de todo, en congruencia con la precitada doctrina del *Staatsnotrecht*. Al efecto, *vid.* JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung*, 1ª ed., Akademische Verlagbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Friburgo, 1887, pág. 376, que —en relación con los reglamentos de necesidad— indica que el Gobierno se ve obligado «por la fuerza de las circunstancias (*durch die Gewalt der Umstände*), a hacer frente, bajo su responsabilidad, a la necesidad» y ello «por todos los medios disponibles», correspondiendo a las Cámaras «expiar» (*sühnen*) tales actuaciones, mediante una ulterior ratificación del menoscabo producido al Derecho formal.

<sup>6</sup> VON STEIN, L., *Die Verwaltungslehre*, Vol. I, 2ª ed., J. G. Cotta'sche Buchhandlung, Stuttgart, 1869 (la primera edición es de 1865), págs. 73 y ss., y, especialmente, por su mayor claridad

A). *Precedentes remotos*

Hemos visto que el reglamento de necesidad se incardina como una figura típica o propia del constitucionalismo decimonónico alemán. Pese a ello, las disquisiciones doctrinales de la época acerca del origen de esta figura no sólo situaron su nacimiento allí, sino también en otros puntos del mapa.

La doctrina alemana mayoritaria entendía que su primera manifestación la encontramos en Francia, señalando HANSEL que «los primeros comienzos del concepto los encontramos en la Constitución francesa de 1814»<sup>7</sup>, concretamente en su artículo 14 que rezaba que «el Rey (...) dicta los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado»<sup>8</sup>. Es notoria la incidencia de este precepto en las Constituciones alemanas del siglo XIX, especialmente en las desarrolladas en su primera mitad, como en seguida se verá al analizarlas, pero más discutible es la total ausencia de precedentes en la materia.

Desde otra posición, HATSCHKE —aun advirtiendo la influencia del citado precepto en las primeras Constituciones alemanas— entiende que su desarrollo se debe a un malentendido producido en el seno de la doctrina germana respecto a las instituciones del Derecho Constitucional inglés. Ello se produce en dos sentidos<sup>9</sup>.

Por un lado, dice el autor, porque el origen de la institución que nos ocupa se encuentra en un comentario que realiza BLACKSTONE a la Ley inglesa del

---

expositiva, en las págs. 301 y ss., al centrarse en los reglamentos ministeriales, donde distingue entre reglamentos ejecutivos (*Vollzugsverordnungen*), reglamentos independientes (*eigentliche verordnungen*: literalmente «reglamentos auténticos»), y, en fin, los indicados reglamentos de necesidad (*Notverordnungen*). Sobre el impacto de esta división en España, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, págs. 49 y ss., y también 280 y ss., donde indica que «en Alemania, la construcción doctrinal de VON STEIN no tuvo resonancia, y la Administración que estaba constitucionalmente limitada a emitir *reglamentos jurídicos* sólo en base a una ley (...)». La cursiva es del autor.

<sup>7</sup> HANSEL, *Die Notverordnung nach deutschem Staatsrecht* (*cit.*), pág. 4. Esta tesis fue discutida por otros autores alemanes, franceses y españoles, como puede verse en el capítulo tercero de la parte primera de esta obra, concretamente en el epígrafe IV.1.A).

<sup>8</sup> FRIEDMAN, A., «Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen», en *Kirchenrechtliche Abhandlungen*, núm. 5, 1903.

<sup>9</sup> HATSCHKE, J., «Der Ursprung der Notverordnung», en *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, núm. 27, 1900, págs. 1 siguientes. *Vid.* también, SIEGHART, M. A., *Government by Decree*, 1ª ed., Stevens, Londres, 1950, págs. 172 y ss.

Habeas Corpus (*Habeas Corpus Act*) de 1679, en donde compara su posibilidad de suspensión bajo situaciones extraordinarias con la institución romana del *senatus consultum ultimae necessitatis*, que autorizaba para el establecimiento de una dictadura temporal con objeto de hacer frente a una situación de peligro. De este modo, los actos realizados por el Ejecutivo en estos casos serían similares a los reglamentos de necesidad, de tal suerte que estarían habilitados por la propia norma<sup>10</sup>.

Por otro, entiende HATSCHKE, que la segunda oleada de textos constitucionales alemanes —que incluirían ya precisos límites al ejercicio de la potestad reglamentaria de necesidad— se debe a una errónea interpretación de la figura de las «leyes de exoneración» (*indemnity bills*) utilizadas por el Parlamento inglés bajo situaciones extraordinarias. Ello explicaría, a su juicio, que tales Cartas dictadas a partir de mediados del siglo XIX, exigiesen la presentación del reglamento de necesidad de modo inmediato al Legislativo, el cual podía dar la dispensa absolutoria al Gobierno por su actuación bajo esa situación de peligro.

La tesis de este autor ha sido ampliamente criticada, si bien su mismo desarrollo es importante en tanto en cuanto hace notar una cuestión de primer orden: Inglaterra es el primer Estado que logra la sumisión del Rey al Parlamento. Esto implica que tales poderes reglamentarios extraordinarios a favor del Monarca aparecerían como los primeros de la Historia constitucional en donde regía el principio parlamentario, establecido, como se sabe, tras la *Glorious Revolution* de 1688. Hecha esta observación, parece difícil que —como pretende demostrar el referido jurista germano— exista una continuidad histórica entre una y otra figura, pertenecientes además a sistemas jurídicos tan distintos.

Por último, un tercer grupo de autores defenderían que la institución que nos ocupa no sólo es que sea característica del Derecho germánico, sino que hunde sus raíces en el mismo. En este punto destacan las tesis de SPIEGEL y de MENZEL.

Ludwig SPIEGEL<sup>11</sup> indica que antes de la Constitución francesa de 1814 ya existían textos germánicos que reconocían esta potestad, destacando la

<sup>10</sup> Cfr. con SIEGHART, *op. cit.*, pág. 173, quien señala que, si la opinión de HATSCHKE fuese correcta, la exigencia de una Ley de indemnidad —que procede normalmente tras cada suspensión— sería difícil de explicar, y que por ello parece más correcto señalar que el Gobierno intervino en estos casos también bajo su cuenta y riesgo, de tal suerte que la *Indemnity Act* se desarrolla precisamente para cubrir estas actuaciones gubernamentales realizadas fuera de la legalidad.

<sup>11</sup> SPIEGEL, L., «Zur Lehre vom Ursprunge der Notverordnung», en *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, número 34, 1907, págs. 497 y ss.

Constitución del Ducado de Sajonia-Weimar-Eisenach de 1809, y adjudicando el origen de la figura al ámbito financiero, concretamente al «Derecho de imposición [tributaria] de necesidad» (*Recht der Notbesteuerung*). Así, como consecuencia de la teoría del *ius eminens*, el Rey —excepcionalmente y sin consentimiento de los estamentos— gozaba del derecho de establecer impuestos y préstamos en caso de encontrarse ante un estado de necesidad en el que fuese imposible convocar a los mismos (ej. el estallido de un conflicto bélico).

El autor establece un nexo entre el modo en el que, tradicionalmente, se aprobaban estas cuestiones financieras —a través de las Cámaras estamentales— y el modo en el que en el sistema constitucional alemán se aprobaban las Leyes, es decir, también a través de las Cámaras legislativas. De este modo, concluye que «de la comparación entre nuestro Parlamento actual y las Cámaras estamentales se ve un paralelismo suficiente». Paralelismo bastante para afirmar una conexión histórica entre una figura y otra: cuando el Rey, excepcionalmente, decretaba un gravamen de tal índole sin el consentimiento de los estamentos y en situaciones de emergencia, lo que estaba dictando no era otra cosa que legislación de necesidad, similar a los reglamentos de necesidad existentes en las Cartas decimonónicas.

Por último, especial atención merece la tesis sostenida por MENZEL<sup>12</sup>, quien, tras analizar las diferentes teorías señaladas y reconocer un cierto influjo del texto francés y de la imposición tributaria de necesidad en las Constituciones alemanas, entiende que no hay una continuidad histórica entre unas figuras y otras. Este jurista austriaco, basándose en la clásica obra de Hermann BISCHOF, sostiene que el acta de natalidad del reglamento de necesidad lo encontramos en las instituciones del Primer Imperio, esto es, del Sacro Imperio Romano-Germánico (962-1806)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> MENZEL, A., «Zur Lehre von der Notverordnung», en *Festgabe für Paul Laband*, Tomo I., Verlag von J. C. B. Mohr, Tübinga, 1908, págs. 367 a 396. La tesis la expone en la primera parte de su trabajo, págs. 367 a 382.

<sup>13</sup> BISCHOF, H., *Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung*, 1860. El autor sostiene que la institución del reglamento de necesidad de las Constituciones alemanas del siglo XIX se conecta con la potestad que tenía el *Kaiser* del Primer *Reich* para dictar legislación de carácter provisional, citando una mirada de autores de los siglos XVII y XVIII que estudiaron la problemática. En efecto, parece que se discutió el presupuesto habilitante para actuar por parte del Emperador: mientras algunos sostuvieron que únicamente podía dictar estas disposiciones en situaciones de inminente peligro (MULTZ), otros indicaron que ello era posible siempre que se precisase para provecho del Imperio o para resolver una disputa (STAMLER, REINKIRCH), o, en fin,

En efecto, entiende que el Tratado de la Paz de Westfalia de 1648 —concretamente en el instrumento firmado en Osnabrück— establecía en su artículo 8.2 una limitación del poder normativo del *Kaiser*, precisando éste de una decisión del *Reichtag* para poder dictar normas. Teniendo en cuenta este precepto, se pregunta el autor: ¿cómo es posible que existiese un derecho del Emperador a dictar legislación provisional, constitucionalmente admisible, sin una previa habilitación del *Reichtag*?<sup>14</sup>

Dice MENZEL que los juristas de la época del Primer Imperio lo justificaron, por un lado, en ciertas nociones del Derecho Natural (*salus republicae lex suprema est*), y, por otro, en el ejercicio de esta figura en la práctica, especialmente utilizada desde las guerras de religión del siglo XVI<sup>15</sup>. Las múltiples similitudes existentes entre los *Notverordnungen* del siglo XIX con estas normas provisionarias emanadas del *Kaiser* en el Sacro Imperio Romano-Germánico —tanto en relación con los requisitos<sup>16</sup>, con la eficacia<sup>17</sup> o, incluso, con la terminología empleada<sup>18</sup>— permiten al autor concluir que «esas alusiones podrían probablemente dejar suficientemente claro que nuestro reglamento de necesi-

---

únicamente se defendió que tales intervenciones eran válidas cuando le habilitase la representación popular (BIENER). *Cfr.* con HATSCHEK, «Der Ursprung der Notverordnung (*cit.*)», pág. 2; FRIEDMAN, *op. cit.*, pág. 6 y SPIEGEL, *op. cit.*, pág. 497, criticando todos ellos esta tesis. El propio MENZEL, *op. cit.*, págs. 373 y ss., aunque inspirado en esta teoría, sostiene que, aunque el autor parte de una idea correcta, la conclusión a la que termina por llegar es errónea.

<sup>14</sup> MENZEL, *op. cit.*, pág. 376.

<sup>15</sup> MENZEL, *op. cit.*, pág. 377.

<sup>16</sup> Se exigían tres tipos de requisitos para que pudiese dictarse este tipo de legislación. Primero, que estuviésemos ante una situación eminentemente excepcional, siendo el grado de necesidad discutido por los iuspublicistas de entonces. En segundo lugar, se precisaba que el *Reichtag* no pudiese habilitar al Emperador para dictar normas, bien por no estar reunido o bien porque, aun estándolo, no pudiese pronunciarse al respecto por cuestiones de imperiosa necesidad. El tercer y último requisito era exigido por la mayoría de la publicística alemana de entonces (PUTTER, MOSER, BIENER), frente a otra posición minoritaria (MULTZ o HUMLER), y era la exigencia de que tal actuación excepcional fuese permitida por los «Príncipes Electores» (*die Kurfürsten*). *Vid.* MENZEL, *op. cit.*, págs. 378-380.

<sup>17</sup> MENZEL, *op. cit.*, pág. 380, afirma que la eficacia de estos reglamentos imperiales, de acuerdo con lo señalado por la publicística alemana del XVII y XVIII, era la misma que la de una Ley imperial de entonces, en tanto en cuanto los funcionarios y los súbditos estaban obligados a cumplirlos.

<sup>18</sup> La publicística alemana del Primer Imperio alemán hablaba de *lex provisoria, dispositio intermistica* o, incluso, como BIENER, de «reglamento en la necesidad» (*Verordnung in der Not*), para distinguirla de la legislación ordinaria que, recordemos, exigía una concurrencia de voluntades entre el Emperador y el Parlamento. *Vid. ibidem*.

dad actual encuentra su modelo en la *lex provisoria* del antiguo Derecho Público alemán imperial»<sup>19</sup>.

La penetración de este modelo de *lex provisoria* imperial en las Constituciones decimonónicas alemanas se produce, para el autor, gracias a la doctrina. Así, señala, que, tras la disolución del *Reich* en 1806, los mismos autores que habían estudiado el Derecho Público alemán en el seno del Imperio, participaron también en la elaboración del Acta de la Confederación Germánica (*Deutsche Bundesakte*) de 1815, que terminó claramente por incidir en los textos constitucionales del *Vörmärz*<sup>20</sup>. De este modo es como justifica MENZEL una continuidad histórica entre los referidos instrumentos, sin tener que acudir al Derecho extranjero.

Es innegable que la doctrina iuspublicista alemana tendrá un importante papel a la hora de redactar el Acta Final de Viena de 1814 y el Acta de la Confederación Germánica de 1815. Y, seguramente, de ella provenga su influjo en las nociones autoritarias del principio monárquico o las cláusulas de salvaguardia en base al indicado *Notrecht*. Pero la Historia demuestra que —pese a que, efectivamente, se teorizó sobre estos poderes excepcionales del *Kaiser* durante los siglos XVII y XVIII— ni tales poderes fueron reconocidos en ningún texto de corte «constitucional», ni existieron limitaciones *per se* a tales potestades, ni, en fin, tampoco se dio una clara delimitación entre la Ley y el reglamento, siendo la posibilidad de suspender aquélla su verdadero núcleo.

Por ello, se ha de sostener —junto con HANSEL— que antes de la creación del Estado constitucional no se presentaba ni causa, ni posibilidad de desarrollar una forma diferenciada de legislación como son estos reglamentos, de tal modo que ni se necesitaban, ni se hubiesen concebido como contrarios a las líneas básicas de tales Estados<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> MENZEL, *op. cit.*, pág. 381.

<sup>20</sup> MENZEL, *op. cit.*, pág. 382, destaca la figura de J. L. KLÜBER, cuya formación iuspublicista se produjo bajo el Imperio Alemán, atendiendo éste a las mismas negociaciones del Congreso de Viena e, incluso, publicando ulteriormente sendas obras sobre la materia. Señala MENZEL que «a través de él, o a través de otros teóricos, podría ser muy probable que se hubiese realizado una transición desde la potestad reglamentaria del *Kaiser* a las Constituciones de los Estados alemanes plenamente soberanos».

<sup>21</sup> HANSEL, *op. cit.*, pág. 4. El razonamiento es lógico: antes del advenimiento del Estado constitucional los poderes se concentraban únicamente en el Monarca, no existiendo una delimitación competencial entre éste y el Parlamento, o determinadas materias reservadas a éste. Por ello, no había necesidad de recoger unos poderes de urgencia en este sentido.

Así las cosas, sólo podrían catalogarse de «precedentes», en sentido moderno, las previsiones de los textos constitucionales dictados bajo tales principios, como fue el caso de la precitada Carta francesa de 1814. Un último apunte —olvidado por la doctrina francesa y germánica— en relación con los orígenes del reglamento de necesidad: cuatro años antes de esta *Charte* se aprobó —en plena guerra de la independencia española— el Decreto IV de 27 de septiembre de 1810 de las Cortes de Cádiz, por el que se habilitaba al Consejo de la Regencia para que «*use de todo el poder que sea necesario para la defensa, seguridad y administración del estado en las críticas circunstancias del día*»<sup>22</sup>.

En cualquier caso, será en el marco de las distintas Monarquías germánicas del siglo XIX cuando se desarrollará, estudiará y consolidará el concepto de reglamento de necesidad *stricto sensu*. Y será, también a partir de aquí, cuando terminará por incidir esta doctrina en el resto de los sistemas jurídicos europeos<sup>23</sup>.

## B. *Fundamentos filosófico-políticos de su aparición en el siglo XIX*

Rastreadas las raíces históricas de la figura, se ha de hacer notar que los reglamentos de necesidad no surgen de modo espontáneo o de forma aislada en los textos constitucionales alemanes del siglo XIX, sino que responden a un trasfondo filosófico y político claro.

Básicamente, la idea de atribuir al Monarca un poder jurídico —o extrajurídico según se mire— de tal calibre se sustentaba en el tradicional «Derecho de necesidad estatal» alemán. Ello, unido al imperio del principio monárquico en estas lides terminará por establecer una delimitación entre los dos tipos de manifestación de la voluntad estatal allí conocidas: la Ley y el reglamento.

### i. Las bases teóricas del reglamento de necesidad: el *Notrecht*

En una primera fase —más teórico-jurídica que jurídico-positiva— se desarrolla el *Notrecht* o Derecho de necesidad en Alemania, cuyo fundamen-

<sup>22</sup> Sobre esta previsión, *vid. infra*, el punto I.2.A) del capítulo primero de la segunda parte de esta obra.

<sup>23</sup> VON STEIN, *op. cit.*, Vol. I, pág. 162, señalaba, a propósito de los reglamentos de necesidad, que «se puede observar, en particular, que sólo Alemania ha investigado científicamente» respecto a las dificultades que plantea la figura.

to radicaba en la abdicación del Derecho ante la fuerza de los hechos. Como ha señalado KÖHLER<sup>24</sup> —estudiando el tema desde el prisma general de la Filosofía del Derecho— estamos ante una noción muy antigua, presente en el Derecho romano, en el Canónico a través del anterior (*necessitas non habet legem*) y, en fin, en el Derecho medieval germánico y francés, hallando su origen y justificación primaria en la persona y en sus relaciones para con los demás<sup>25</sup>.

Recuerda el autor que los alemanes se refieren a este problema con varias expresiones: «la necesidad no tiene norma» (*Not hat kein Gebot*); «la necesidad no tiene reglamento» (*Not hat keine Ordnung*) o «no tiene Ley» (*hat kein Gesetz*); «la necesidad rompe el hierro» (*Not bricht Eisen*); o, incluso, «la necesidad rompe el Derecho» (*Not bricht Recht*)<sup>26</sup>. Esta tesis se encuentra ya en la *Suma Teológica* de SANTO TOMÁS, en los textos de COVARRUBIAS, o en la Escuela alemana de Derecho Natural (PUFENDORF, GROCIO, etc.)<sup>27</sup>, e, incluso, podríamos añadir, que también se encuentra, a nivel político, en otros autores renacentistas como MAQUIAVELO y, en general, en todo aquel que haya defendido la necesidad de preservación del Estado respecto a cualquier peligro que amenace su existencia<sup>28</sup>.

No obstante, es a partir de HEGEL cuando se da un salto cualitativo en la materia, pues con él se aplica la «teoría de los valores» (*Wertlehre*) al Derecho de necesidad: existen determinados valores, como la vida, que se adelantan (*vorgehen*), quedan por encima del resto, ya que sin el anterior directamente no existirían<sup>29</sup>, al tiempo que se termina por configurar un Derecho de necesidad a nivel estatal, en el sentido del Derecho aplicable al mismo. Y es que es con este filósofo cuando se consolida la aplicación de esta teoría no ya a los

<sup>24</sup> KÖHLER, J., *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechts und die Ereignisse unserer Zeit*, 1ª ed., Verlagsbuchhandlung Dr. W. Rothschild, Berlín y Leipzig, 1915.

<sup>25</sup> KÖHLER, *Not kennt... (cit.)*, págs. 1 y 2, destaca que el fundamento de esta teoría se basa en el derecho a la propia personalidad que otorga a los hombres una autorización para la autoconservación, tanto de su persona como de sus bienes, estando por ello sus primeras manifestaciones tanto en el Derecho civil como en el Derecho penal, ramas del ordenamiento que el autor analiza especialmente en su obra (con constantes citas, por cierto, al Código Penal español).

<sup>26</sup> KÖHLER, *Not kennt... (cit.)*, págs. 1 y 2

<sup>27</sup> KÖHLER, *op. cit.*, págs. 3 a 15.

<sup>28</sup> Vid. MEINECKE, F., *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, 4ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014 (traducción de la edición de 1924).

<sup>29</sup> KÖHLER, *op. cit.*, pág. 18, donde indica que «el gran mérito de Hegel ha sido introducir la idea de valor (*Wertidee*) en el Derecho de necesidad».