





**INSTITUCIONES BÁSICAS  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**1**  
COLECCIÓN  
**PRO LIBERTATE**



# **INSTITUCIONES BÁSICAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA**



**Instituto Navarro de  
Administración Pública**

Título: Instituciones Básicas de Derecho Constitucional

© GOBIERNO DE NAVARRA. 2003  
Departamento de Presidencia, Justicia e Interior  
Instituto Navarro de Administración Pública

© Francisco Javier Enériz Olaechea  
Fotocomposición: Página, S.L.  
Imprime: Ona Industria Gráfica, S.A.  
ISBN: 84-235-2498-1  
D.L.: NA. 3.222/2003

Promociona y Distribuye: Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra  
Dirección General de Comunicación  
C/ Navas de Tolosa, 21  
Teléfono: 848 427 121  
Fax: 848 427 123  
fondo.publicaciones@cfnavarra.es  
www.cfnavarra.es/publicaciones  
31002 PAMPLONA

## ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	13
PRÓLOGO .....	15

### TÍTULO PRIMERO

#### INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. UNA APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE DERECHO, ESTADO Y CONSTITUCIÓN .....	21
1. Una introducción necesaria: ser humano, grupo humano, Derecho, organización política y Estado. ....	21
2. Los conceptos de Derecho y norma jurídica. ....	24
3. El concepto de ordenamiento jurídico. La importancia práctica de su definición. ....	27
4. Derecho público y Derecho privado. ....	31
5. Las ramas del Derecho. En particular, el Derecho constitucional. ....	32
6. El Estado y el Derecho. ....	35
7. Derecho constitucional y concepto de Constitución. ....	37

### TÍTULO SEGUNDO

#### TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

CAPÍTULO II. EL ESTADO COMO REALIDAD HISTÓRICA .....	45
1. La formación histórica del Estado moderno. ....	45

2. El Estado absoluto. ....	48
3. El Estado liberal; la crisis del Estado liberal. ....	51
CAPÍTULO III. EL ESTADO CONTEMPORÁNEO .....	57
1. El Estado democrático y social. ....	57
2. Otras formas contemporáneas de Estado. ....	65
CAPÍTULO IV. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y ORGANIZACIÓN DEL ESTADO .....	69
1. Los elementos del Estado: territorio, población y poder. ....	69
2. El Estado unitario y el Estado federal. ....	75
3. Las formas de gobierno del Estado democrático. ....	80

TÍTULO TERCERO

**EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL**

CAPÍTULO V. EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL ....	85
1. Hitos más significativos en la evolución histórica del constitucionalismo español. ....	85
2. Las Constituciones españolas del siglo XIX. ....	94
3. Crisis del Estado liberal y la Constitución de 1931. ....	101
4. El régimen autoritario. ....	103
CAPÍTULO VI. EL PROCESO CONSTITUYENTE .....	107
1. De la Ley para la Reforma Política a la Constitución de 1978. ....	107
2. La Constitución de 1978 en el marco del Derecho histórico español y del Derecho comparado. ....	115
CAPÍTULO VII. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN .....	117
1. Concepto y finalidad de reforma constitucional. Los problemas que plantea. ....	117
2. La reforma constitucional en el ordenamiento español. ....	120

TÍTULO CUARTO

**EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN**

CAPÍTULO VIII. EL ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 .....	127
1. El Estado de Derecho en la Constitución española. ....	127
2. Los principios conformadores del artículo 9 CE. ....	133
CAPÍTULO IX. EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 .....	137
1. El Estado democrático en la Constitución española. ....	137
2. El pluralismo político. ....	140
3. Los partidos políticos. ....	142
4. El régimen electoral. ....	148
5. Las instituciones de democracia semidirecta: el referéndum y la iniciativa legislativa popular. ....	155
CAPÍTULO X. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.	161
1. El Estado social en la Constitución española. ....	161
2. La Constitución económica. ....	165
CAPÍTULO XI. EL ESTADO AUTONÓMICO. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO .....	175
1. Antecedentes históricos. ....	175
2. Principios constitucionales configuradores del Estado autonómico. ....	176
3. Los Estatutos de Autonomía. ....	185
4. La organización de las Comunidades Autónomas. ....	196
5. La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. ...	197
6. Las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. ....	200
7. La Administración Local en la CE. ....	205

TÍTULO QUINTO  
**DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS**

CAPÍTULO XII. LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES . . . .	215
1. Los derechos y deberes fundamentales. . . . .	215
2. Reconocimiento de derechos e imposición de deberes en la Constitución española. . . . .	219
3. Una especial referencia a los derechos económicos y sociales. . . . .	225
4. Las garantías de los derechos constitucionales. . . . .	231
5. La suspensión de los derechos y libertades. . . . .	235

TÍTULO SEXTO  
**INSTITUCIONES Y PODERES DEL ESTADO**

CAPÍTULO XIII. LA CORONA . . . . .	243
1. La monarquía parlamentaria. La Corona. . . . .	243
2. Las potestades del Rey y el refrendo de los actos regios. . . . .	245
3. La regencia y la tutela. . . . .	251
4. La sucesión en la Corona. . . . .	252
CAPÍTULO XIV. LAS CORTES GENERALES . . . . .	255
1. Las Cortes Generales: institución parlamentaria y funciones. . . . .	255
2. El bicameralismo: Congreso de los Diputados y Senado. . . . .	258
3. La composición de las Cortes Generales. . . . .	259
4. Organización y funcionamiento de las Cortes Generales. . . . .	261
5. Sus funciones. Examen especial de la función legislativa. . . . .	267
6. Órganos dependientes de las Cortes Generales. El Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. . . . .	270
CAPÍTULO XV. EL PODER EJECUTIVO: EL GOBIERNO Y LA ADMINIS- TRACIÓN PÚBLICA . . . . .	275
1. El poder ejecutivo y el Gobierno. . . . .	275
2. El Gobierno. Su estructura y funciones. . . . .	277

## INSTITUCIONES BÁSICAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

3. El Presidente del Gobierno: nombramiento y funciones. . . . .	288
4. Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. . . . .	292
5. La Administración pública. . . . .	298
CAPÍTULO XVI. EL PODER JUDICIAL . . . . .	307
1. La función judicial. . . . .	307
2. Principios constitucionales de organización y funcionamiento. . . . .	310
3. El Consejo General del Poder Judicial. . . . .	318
4. El Ministerio Fiscal. . . . .	319
CAPÍTULO XVII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN . . . . .	321
1. La justicia constitucional. . . . .	321
2. El Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978. . . . .	326
3. El recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. . . . .	331
4. El recurso de amparo. . . . .	338
5. Otras competencias del Tribunal Constitucional. . . . .	341

### TÍTULO SÉPTIMO

## LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPÍTULO XVIII. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO . . . . .	351
1. Concepto de fuentes del Derecho. . . . .	351
2. El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de 1978. . . . .	353
3. Tipología de las fuentes del Derecho en el sistema español. . . . .	359
4. La Constitución como fuente del Derecho. . . . .	362
5. Una mención a la jurisprudencia. . . . .	368
CAPÍTULO XIX. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO. . . . .	375
1. Las relaciones internacionales. . . . .	375
2. Los Tratados Internacionales. . . . .	376

3. El ordenamiento comunitario europeo. ....	380
4. La Constitución Europea. ....	396
CAPÍTULO XX. LA LEY .....	419
1. Concepto de Ley. ....	419
2. Posición de la Ley en el ordenamiento jurídico. ....	422
3. El procedimiento de elaboración de la Ley. ....	423
4. Tipología de las leyes en la Constitución española. Leyes orgánicas y leyes ordinarias. ....	428
CAPÍTULO XXI. LA POTESTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO .	437
1. La potestad normativa del poder ejecutivo. Las disposiciones normativas con fuerza de ley. ....	437
2. La potestad reglamentaria. ....	442
<b>BIBLIOGRAFÍA GENERAL</b> .....	<b>451</b>

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Disp. transit.	Disposición transitoria
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EA	Estatuto de Autonomía
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LORAFNA	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOREG	Ley Orgánica de Régimen Electoral General
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRBRL	Ley reguladora de las Bases de Régimen Local
LRJAP y PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Núm.	Número
STS	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Constitucional



## PRÓLOGO

Este libro que el lector tiene ante sí persigue una finalidad fundamentalmente didáctica y divulgativa de las principales instituciones y conceptos que caracterizan el actual Derecho Constitucional español. En modo alguno pretende ser una obra con ambiciones científicas o investigadoras. Únicamente busca guiar, de una forma sistemática, la introducción de quienes puedan tener, muchos de ellos posiblemente por primera vez, algún interés en penetrar por las principales sendas que recorren tanto los contornos como el interior del régimen constitucional español.

Pretende también, con una humildad evidente, ayudar a profesionales de diversas carreras no jurídicas que trabajan en o para el sector público, a los responsables políticos, cargos públicos, funcionarios públicos, opositores a puestos de trabajos y a otros interesados, a ampliar de forma asequible sus conocimientos sobre la Constitución y las consecuencias que de ella se derivan para el orden social, sin que les sea preciso un previo y esforzado estudio general del Derecho.

En diciembre de 2003, la Constitución, la primera de las normas que integran el ordenamiento jurídico que nos regula, habrá cumplido veinticinco años. No está de más, pues, que, con sencillez y elementalidad en la exposición, tratemos de describir en esta obra las principales notas del vigente régimen jurídico-constitucional español y lo que, en su desarrollo y aplicación, ha singularizado este cuarto de siglo transcurrido.

Hoy, veinticinco años después de su promulgación y en pleno albor de un tan nuevo como incierto siglo, todavía permanecen en candente actualidad, y en algunos casos sin una respuesta definitiva, temas, cues-

tiones y problemas de orden político y social que un conocimiento, siquiera simple, del contenido constitucional puede ayudar a entender mejor. La acelerada evolución en el proceso de la unificación de los estados europeos, cada vez más profundo y necesario, que puede dar lugar, en las próximas décadas, al surgimiento de un estado federal europeo, la crisis del agotado económicamente Estado del bienestar social y el retorno del liberalismo, la llegada de un nuevo orden mundial bajo el manto de la globalización con una potencia mundial hegemónica, el auge de los movimientos neofascistas en amplias partes de Europa, el totalitarismo religioso integrista que se extiende por los países de oriente, la internacionalización de los conflictos bélicos y el papel que están llamado a desempeñar las organizaciones internacionales, o el más cercano debate sobre la nunca cerrada vertebración territorial del Estado español con distintas propuestas depositadas encima de la mesa..., constituyen grandes y graves problemas de nuestro tiempo cuyas causas hunden profundamente sus raíces en tiempos, en la mayor parte de los casos, muy anteriores a la propia aprobación de la Constitución de 1978.

Y veinticinco años después de que naciera a luz, también se hace preciso –tal vez con más fuerza incluso que entonces a la vista de un latente retroceso en muchas de las libertades fundamentales de los ciudadanos a favor de la seguridad pública– “reverdecen” los valores y principios que inspiraron la redacción de una norma que, por encima de todo, trató de crear un amplio y seguro espacio de libertad, justicia, paz y respeto a la dignidad del otro, en el que cupieran todos los ciudadanos de todas las generaciones, cualesquiera que fueran sus opiniones ideológicas.

A pesar de sus muchas imperfecciones y de su desarrollo en ocasiones *pacato*, la Constitución de 1978 responde a los más altos y nobles ideales del constitucionalismo democrático y del humanismo por cuya defensa han dado su vida millones de personas y por cuya ausencia han muerto muchas más en todo el mundo desde hace siglos. Aproximarse a la Constitución española no es sólo conocer una norma determinada de un Estado concreto en un periodo de tiempo preciso, en donde lo importante parezca que sea el adjetivo “española”, es también descubrir los valores universales e inmutables por los que los hombres y mu-

jeros se mueven en aras a crear un mundo pacífico, libre y de un avanzado desarrollo socioeconómico y político. En definitiva, es poner el acento y el interés en lo que significa la palabra “Constitución” como medio para crear una sociedad mejor en la que todos podamos vivir y prosperar en paz.

El Gobierno de Navarra y el Instituto Navarro de Administración Pública (INAP), conscientes de la necesidad de difundir esos valores superiores de tolerancia, democracia, Estado de Derecho, derechos fundamentales de los ciudadanos, justicia social y solidaridad, tan sentidos en los estados democráticos europeos después de la catastrófica II Guerra Mundial y pronto extendidos a la nueva Unión Europea por la futura Constitución Europea, han creído conveniente rendir un sentido homenaje a las ideas y personas que forjaron el movimiento constitucionalista democrático. Para ello, han editado este libro en el que se analizan las instituciones básicas del Derecho Constitucional: el origen y la evolución del Estado, el concepto de Constitución, los derechos y libertades fundamentales, los poderes e instituciones del Estado y las fuentes del Derecho.

Junto a la finalidad didáctica que se ha mencionado al principio, esta obra también responde a la voluntad de que inicie, como su primer número, la colección de monografías que con ella se inaugura sobre todo aquello que interese a la gestión de lo público. Colección denominada, y no casualmente, “Pro libertate”, en honor del más trascendente valor que tienen los seres humanos después de la vida, la libertad.

Pamplona, diciembre de 2003  
El Autor



TÍTULO PRIMERO  
INTRODUCCIÓN



CAPÍTULO I

**UNA APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS  
DE DERECHO, ESTADO Y CONSTITUCIÓN**

*SUMARIO: 1. Una introducción necesaria: ser humano, grupo humano, Derecho, organización política y Estado.- 2. Los conceptos de Derecho y norma jurídica.- 3. El concepto de ordenamiento jurídico. La importancia práctica de su definición.- 4. Derecho público y Derecho privado.- 5. Las ramas del Derecho. En particular, el Derecho constitucional.- 6. El Estado y el Derecho.- 7. Derecho constitucional y concepto de Constitución.*

**1. UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA: SER HUMANO,  
GRUPO HUMANO, DERECHO, ORGANIZACIÓN  
POLÍTICA Y ESTADO.**

Desde Aristóteles a Max Weber, pasando por Hobbes y Rousseau, todos los grandes tratadistas de las ciencias humanas y jurídicas han puesto de manifiesto la condición del ser humano como un *animal social*. El ser humano no puede vivir sólo; si viviera sólo, moriría y, en poco tiempo, la especie humana desaparecería de la faz de la Tierra, vencida por la Naturaleza. Consciente de su debilidad, el ser humano se ve forzado a unirse con otros seres humanos, por necesidad, con el propósito fundamental de sobrevivir. Pero, cubiertas sus necesidades vitales

más básicas, el ser humano también se relaciona con otros por la pura necesidad de relacionarse con ellos, de hablar con ellos y de alcanzar conjuntamente fines que les permitan desarrollarse personalmente y como grupo, y aspirar a la felicidad individual y colectiva como último estadio de la evolución humana.

En su vivencia con los demás, el ser humano comparte sus deseos, sus inquietudes y sus miedos; sentimientos de necesidad que son comunes a otros seres humanos, por lo que termina agrupándose con estos para satisfacer sus aspiraciones y sus necesidades, sean éstas individuales o colectivas.

Pero, es obvio que no todos los hombres ni, en consecuencia, todos los grupos tienen idénticos problemas o ven el modo de resolverlos de igual modo, sino que, a lo largo del tiempo y del espacio, surgen una pluralidad de problemas y una diversidad de soluciones. Surge así la segunda nota que caracteriza al hombre, *su diversidad de sentimiento y pensamiento*. Cada ser humano es único e irrepetible, un individuo diferente de los demás y un universo en sí mismo. Y esta diversidad supone que los grupos humanos en los que los seres humanos se integran, actúan conforme a valores, criterios o percepciones distintos de los que han asumido otros grupos en estos o en otros lugares y tiempos.

De ahí que, para satisfacer sus necesidades, los seres humanos fijen cuáles son las que quieren atender en primer lugar y articulen los medios que van a utilizar para ello, excluyendo otras necesidades u otros medios; en definitiva, *priorizando*. Tal prioridad de necesidades se establece según el mayor peso que se le dé a unos criterios o valores sobre otros, por lo que, según se adopten o se marginen ciertos valores o se persigan unas necesidades abandonando otras, el comportamiento del individuo o del grupo humano será diferente.

Priorizar esas necesidades no es otra cosa que ordenarlas según un concepto rector, esto es, atender primero las más importantes y luego, las demás en sucesivos grados o niveles de atención, dedicación y medios.

Surge así el concepto de orden social, bien sea como un fin en sí mismo, en cuanto situación que el grupo humano quiere mantener estable por permitirle satisfacer sus aspiraciones, bien sea como un me-

dio del grupo para alcanzar ese fin (como tal medio, hablamos del “orden público”).

Para imponer o mantener el orden de la comunidad, el grupo humano establece un conjunto de reglas que responden a los criterios fijados y que permiten satisfacer las necesidades colectivas. A este conjunto de reglas propio de un grupo, que aparece dotado de una cierta estructura, se le llama “Derecho” o, más recientemente, “ordenamiento jurídico” si se muestra de una forma organizada.

Por tanto, el Derecho es un medio (y no un fin) necesario para evitar que el grupo se rompa y que el ser humano vuelva a estar a merced de sus enemigos (la Naturaleza o los demás hombres). Pero, más allá de esta visión superadora de la supervivencia, el Derecho es también un medio para lograr que el hombre alcance en su vida con los demás la *felicidad social*, entendida ésta como la ausencia total de necesidades colectivas y la presencia de un clima social que le permita el pleno desarrollo integral de su personalidad.

Estas reglas que forman el Derecho las establece alguien dentro del grupo político. Pero, ¿quién?. No todos los individuos pueden establecerlas al mismo tiempo y en el mismo lugar, ni por capacidad, ni por conveniencia, pues donde todos mandan, ninguno obedece y la convivencia degenera en el caos. Con el tiempo, dentro del grupo, incluso en los grupos más reducidos o primarios, como son las tribus o las comunas, surge un subgrupo organizado que dicta las reglas y las impone, una organización que asegura la convivencia y evita tanto la indefensión del hombre ante la naturaleza, como la lucha entre los propios individuos de una misma comunidad: son las organizaciones políticas.

A lo largo de la historia del ser humano, han existido múltiples organizaciones políticas. Entre ellas encontramos las tribus, los imperios de Oriente (Egipto, China, Persia, Babilonia ... ), las “polis” griegas, el Imperio romano, el orden bárbaro, el imperio sacrogermánico, los sistemas feudales, el Estado, las organizaciones internacionales...

Entre todas estas organizaciones, la que más nos interesa por su actualidad, es el *Estado*, que es una forma determinada y precisa de organización política, surgida hacia el siglo XIII o XIV y que ha ido evolucionando hasta el punto de que, para evitar que su gran poder suponga una amenaza a los grupos humanos y a los propios individuos, ha ter-

minado sometiéndose también al Derecho, como un miembro más de la colectividad. Así surgió en el siglo XVIII el Estado de Derecho. En su posterior evolución, el Estado de Derecho, además de reconocer y respetar los derechos del individuo como tal, se ha preocupado por luchar contra la injusticia social, la miseria y la ignorancia, dando participación al individuo (el ciudadano) y a determinados grupos sociales: es el Estado democrático y social de Derecho, la forma más avanzada, moderna e inteligente de organización política, capaz de asegurar la libertad del hombre y el pleno desarrollo integral de su persona, y eficaz alternativa a las formas totalitarias de Estado que han amenazado durante el siglo XX y continúan amenazando en el actual la pacífica convivencia.

## 2. LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y NORMA JURÍDICA.

La voz “derecho” deriva tanto del participio pasado del verbo latino *dirigo-direxi-directum*, que se traduce como poner en línea recta, enderezar, alinear, disponer, ordenar o arreglar, como del adjetivo latino *directus-a-um*, que viene a ser lo directo, recto, que ésta en línea recta. De este modo “derecho” da idea de lo que es recto, de lo que no está torcido.

En el mundo jurídico, el término “derecho” se emplea con varios significados diferentes. De una forma simplificada se pueden distinguir hasta cuatro:

En una primera acepción, la palabra “derecho” se utiliza de modo objetivo para referirse a un conjunto de normas o reglas jurídicas. Es el caso cuando se habla de “Derecho español”, “Derecho civil”, “Derecho administrativo” o “Derecho constitucional”. Como puede verse, la ciencia jurídica ha ido introduciendo el uso de la primera letra en mayúsculas para distinguir este específico significado de los restantes. Esta expresión de “Derecho” es equivalente hoy en día a la de “ordenamiento jurídico”, si bien éste se refiere, más precisamente, a un conjunto sistematizado de normas vigente en un territorio y en un momento determinados, dictadas por la autoridad competente y revestidas de fuerza obligatoria.

En un segundo sentido, el “derecho” se concibe como algo subjetivo, esto es, como algo que pertenece a un sujeto, como una facultad. Así, se dice a menudo que los hombres son titulares de derechos. Este derecho es, pues, una facultad que permite a su titular realizar ciertas acciones o exigir determinados comportamientos. Por ello, cuando se sostiene que un ciudadano tiene derecho a votar se está exteriorizando la idea de que puede participar en la elección de sus representantes sin que nadie se lo pueda impedir. El derecho subjetivo supone una facultad, atribución o prerrogativa que el Derecho objetivo reconoce u otorga a un sujeto.

En una tercera concepción, la palabra “derecho” sirve para denominar a la ciencia que estudia la realidad jurídica tanto del Derecho objetivo (conjunto de normas) como del derecho subjetivo. Esto ocurre cuando se emplean expresiones tales como “facultad de Derecho” o “estudiante de Derecho”.

Finalmente, en una cuarta acepción, se puede utilizar el término “derecho” como un ideal de justicia que se persigue, con las ideas tan discutibles y tan subjetivas de “lo justo” y de “lo injusto”, y que van más allá de lo que digan las normas. Si, por ejemplo, afirmamos que “no hay derecho a que reciba este trato”, estamos queriendo decir que no es justo que nos traten mal.

En este Capítulo nos referiremos al Derecho en la primera de sus acepciones, esto es, como un conjunto de normas jurídicas.

A su vez, la norma jurídica es una regla de conducta que dicta la autoridad competente con las formalidades preestablecidas y que constituye la unidad mínima del ordenamiento jurídico. La norma da idea de “deber”, es decir, de conducta que se impone a o se exige de un tercero para que éste la realice. Las normas expresan, por tanto, la voluntad de un sujeto o de un grupo que quiere imponerse a otros sujetos o grupos.

Acudimos nuevamente a la lengua latina para buscar la conexión terminológica entre “derecho” y “norma”. Esta última voz proviene del latín *norma normae*, que designaba la escuadra que utilizaban los albañiles. Curiosamente, “regla” deriva del latín *regula regulae*, con la que se identificaban las reglas de medir distancias o las barras rectas, y que tal vez resulte más precisa gramaticalmente que la de norma. En

todo caso, nuevamente las ideas de “norma” y “regla” evocan una imagen mental de lo que debe ser recto o de un medio instrumental para evitar que algo salga torcido.

La norma jurídica, para que sea considerada como tal, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe ser dictada por la autoridad competente, que es aquélla que el Derecho previamente ha identificado y que dispone de la suficiente fuerza como para imponer su voluntad.
- b) Debe emanar al exterior a través y conforme a los procedimientos que también el Derecho ha preestablecido o que convalida con posterioridad en determinadas ocasiones extraordinarias.
- c) Ha de ser general, esto es, dirigida a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Por ejemplo, cuando leemos “se prohíbe fumar”, la prohibición tiene un alcance general frente a todos.
- d) Ha de ser abstracta, es decir, debe contemplar un supuesto de hecho cuya regulación no se agota en una sola vez, sino que se reitera a lo largo del tiempo. En el mismo ejemplo, “se prohíbe fumar” quiere decir que la prohibición perdura en el tiempo y se mantiene inalterada, produciendo sus efectos, mientras esté vigente la regla.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos impide que hablemos de una norma jurídica en sentido estricto.

No debe confundirse la norma con el acto jurídico, que es el acto humano que emerge en el mundo jurídico pero que o bien se dirige a uno o varios destinatarios concretos y específicos, o bien agota todos sus efectos en un único momento para desaparecer ya del Derecho como regla de conducta imponible a terceros.

Las normas jurídicas pueden ser imperativas o facultativas. Las normas llamadas imperativas imponen obligaciones de hacer (obligaciones en sentido estricto) o de no hacer (prohibiciones). Las normas permisivas, también llamadas “facultativas”, confieren a su destinatario potestades, facultades o poderes –se trata de los derechos subjetivos a los que hemos aludido– públicos o privados.

### 3. EL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE SU DEFINICIÓN.

Como se ha apuntado, hoy en día ha alcanzado gran profusión el uso de la expresión “ordenamiento jurídico”.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978 emplea en varios de sus artículos tal expresión. Y lo hace a sabiendas, con un determinado alcance y con una precisa finalidad.

Así, el art. 1.1 dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su *ordenamiento jurídico* la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Y el art. 9.1 señala que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del *ordenamiento jurídico*”.

La Constitución aparece como una parte, la principal, de un todo: un sistema normativo, al que se denomina “ordenamiento jurídico”, y a cuyas prescripciones están sujetos todos los ciudadanos y los poderes públicos.

No obstante, el texto constitucional también recoge la expresión “Derecho” y lo hace como un límite expreso al poder de la Administración pública. El art. 103.1 dispone que “la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al *Derecho*”. Aparece en este precepto una concepción del Derecho como algo distinto de la ley positiva, dando validez a otras formas de normas, como pueden ser la costumbre, los principios generales del Derecho e incluso “valores” que se superponen al puro positivismo, como son la equidad, la proporcionalidad, la congruencia, etcétera y que obligan, en definitiva, a que el Derecho busque la justicia real o material.

El hecho de definir con mayor amplitud qué entendemos por “ordenamiento jurídico” representa algo más que un simple interés científico o que un teórico reto intelectual. Tiene una repercusión práctica evidente, que afecta a una gran parte de los actos humanos que realizamos todos los días, especialmente a aquéllos que efectuamos en nuestra condición de miembros de una comunidad política determinada. Y

no es lo mismo vivir inmerso en un ordenamiento jurídico que se preocupe de defender la libertad o la igualdad, que estar vinculado a un ordenamiento jurídico que preconice la superioridad y los privilegios de una raza (como en el régimen nazi instaurado en Alemania en 1933) o de una determinada clase social sobre las demás (como ocurrió y ocurre en los sistemas de inspiración marxista), o a otro ordenamiento en que el poder del Estado no emane del pueblo (democracia), sino del Rey o de Dios (teocracia), como sucedió en Europea hasta el siglo XIX e incluso XX y todavía sucede en partes de Asia y Africa. En esto estriba el interés por definir el concepto de ordenamiento jurídico.

Esta idea de “ordenamiento jurídico” es reciente. Data de 1917 cuando Santi Romano publica su obra titulada *El ordenamiento jurídico*. En ésta defiende la consideración del Derecho como una institución, teoría opuesta a la teoría normativa, que lo concibe como un conjunto de normas. Los partidarios de la nueva teoría institucional tacharon de insuficiente la concepción del Derecho como norma o como un sistema de normas, sosteniendo que el Derecho no sólo está integrado por normas, sin también por otro elemento todavía más esencial y característico, como es la organización. De este modo, el ordenamiento jurídico no es tanto un conjunto de normas como una institución, entendiendo como tal un ente o cuerpo social organizado. Por tanto, el ordenamiento jurídico es, ante todo, una organización social, un sistema social organizado, que puede crear normas y en donde la idea de organización antecede a la norma.

Sin embargo, pronto el término “ordenamiento jurídico” fue acogido por toda la ciencia jurídica para describir al conjunto de normas que se mostraba organizado como un sistema lógico y coherente conforme a unos principios y valores vertebradores. El Derecho no es, pues, una norma sola y aislada o varias normas dispersas o inconexas, sino un conjunto complejo y coordinado de normas, creado por una organización, en el que unas se conectan e interrelacionan con otras conforme a una serie de principios y técnicas; un conjunto que abarca tanto las normas de producción de normas como las normas producidas.

La teoría actualmente predominante del “ordenamiento jurídico” adquiere gran interés por cuanto encierra en sí misma la idea del pluralismo jurídico. Es decir, por un lado, rechaza el monopolio del Esta-

do en la creación de las normas y, por otro, afirma la capacidad de los grupos sociales no estatales para generar su propio Derecho.

Los defensores de la teoría del ordenamiento jurídico, también llamada teoría institucionalista, tratan de superar las insuficiencias de las tesis positivas y de evitar los riesgos de un mal entendido iuspositivismo, sobre todo a partir del ascenso del nacionalsocialismo al poder en Alemania en 1933 por vías democráticas y sus posteriores y aberrantes leyes antidemocráticas, válidas mientras estuvieron vigentes, a pesar de constituir un flagrante atentado contra el más elemental sentido de la justicia.

Para el iuspositivismo, la creación del Derecho corresponde en exclusiva al Estado, con predominio de la ley (ésta representa la voluntad del Poder). Las demás manifestaciones del Derecho, como la costumbre o los pactos, sólo son válidas si las reconoce la ley y, en todo caso, subordinados a ella.

Históricamente, tanto el Rey absoluto, como el Estado revolucionario (sea el de la Revolución francesa o el comunista, con su mito de la “legalidad revolucionaria”), pretendieron monopolizar la creación del Derecho, centralizando la elaboración de todas las fuentes que, como la ley o el reglamento, no procedieran del propio Estado. Intentaron, además, concebir el Derecho como un conjunto de normas que representaban el mandato impuesto por un persona o por un grupo político a los demás para obtener de éstos una determinada conducta.

Estudiando la historia, puede corroborarse que esa pretensión estatalizadora nunca ha logrado triunfar plenamente. Al lado de las normas del Estado existen otras reglas vinculantes que no están publicadas en los Boletines Oficiales, y que emanan de los seres humanos o de los grupos sociales, reglas tales como la costumbre, la jurisprudencia y, de manera especial, los principios generales del Derecho.

Por tanto, el Derecho (el poder de obligar) no nace sólo del Estado, como sostienen los positivistas. Como defienden los seguidores de la teoría ordinalista, la definición del Derecho como “regla de conducta” es insuficiente. El Derecho no es sólo norma (mandato); es más, el Derecho antes de ser norma, es organización, un ente social organizado, una *institución*, entendida ésta como la reiteración de comportamientos que adoptan en su configuración exterior una cierta tipicidad,

que se encuentran establemente regulados y que se consideran básicos para el desarrollo de la convivencia (matrimonio, propiedad, contrato). Allí donde hay un ente social organizado existe ya el Derecho, hay un ordenamiento jurídico en sentido propio (*ubi societas, ibi ius*, donde hay sociedad, hay Derecho, recuerda el aforismo latino). Toda fuerza social organizada se convierte en Derecho. El requisito de la organización, esto es, de orden social, ha de concurrir necesariamente; se excluye así del ordenamiento toda fuerza material que no esté ordenada. Una organización que se dirija contra el Derecho del Estado (una agrupación de bandidos o la Mafia) podrá considerarse antijurídica, pero lo será desde el punto de vista del Derecho del Estado, ya que, desde su propio punto de vista, será y tendrá un ordenamiento jurídico al actuar conforme a reglas y valores que el grupo logra imponer al individuo.

Incluso, cuando el Estado surge, no lo hace como consecuencia de un procedimiento regulado por normas jurídicas, sino como un hecho social. Pero el Derecho se tiene desde el momento en que este hecho ya se ha realizado; en cambio, la norma puede dictarse después, ya que la norma es una de las voces del “yo social”; y éste “yo” previo y originario, surgido como consecuencia del hecho social, es el ordenamiento.

Conclusión importante de esto es que no existe un único ordenamiento jurídico válido y universal. Existen tantos ordenamientos, tantos Derechos, como organizaciones sociales, con lo cual la validez de una norma de conducta es relativa, y sólo será eficaz en la medida en que el ente social tenga fuerza para imponerla sobre las demás organizaciones. No otra cosa es el poder político, sino la capacidad de obtener obediencia de los grupos e individuos que integran la comunidad. Si quien manda e impone la norma lo hace de acuerdo con el Derecho, en el ejercicio de las atribuciones que el Derecho le confiere y con el reconocimiento por quien obedece de un derecho a mandar, diremos que tiene legitimidad para mandar; en caso contrario, será un poder ilegítimo.

No es extraño, por tanto, que la Constitución de 1978, defensora a ultranza del pluralismo político, sindical, social, económico, cultural y regional, proclame, en su art. 1.1, la libertad, la justicia, la igualdad y el mismo pluralismo político, como valores superiores del

ordenamiento jurídico español, valores que se imponen a cualquier ley positiva cuyas disposiciones resulten contrarias a ellos, e incluso la anulan [arts. 161.1 a) y 164 CE]. Y el mismo camino sigue el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, cuyo art. 2 destaca el valor del pluralismo como fundamento de la Unión Europea.

#### **4. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO.**

La separación del Derecho entre público y privado es probablemente la más significativa de las distinciones del Derecho (al menos, en el Derecho europeo continental), a pesar de los límites imprecisos y problemáticos que presenta y de que se trata de una distinción que responde no sólo a criterios jurídicos, sino también a circunstancias y consideraciones sociales y económicas.

Se han efectuado varios esfuerzos por subrayar las fronteras entre uno y otro Derecho. Destacamos los tres criterios más importantes:

##### **A) Por razón del sujeto:**

En el Derecho público existe un ejercicio del poder del Estado. Sus normas van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y de los demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares.

En cambio, el Derecho privado es aquél que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquéllas en que ninguna de las partes actúa revestida de un poder público del Estado.

##### **B) Por razón de la posición de los sujetos:**

Las relaciones de Derecho público en las que aparecen conectados el Estado y los particulares se caracterizan porque las partes están en una posición de desigualdad, donde el particular ocupa una posición subordinada al poder público. Mientras que las relaciones de Derecho privado se caracterizan porque todos intervienen como iguales, al menos formalmente. Incluso el Estado puede intervenir en relaciones de Derecho privado como un particular más e igual que las demás partes.

C) Por razón del interés protegido:

El Derecho público se dirige a servir a los intereses colectivos o de la “cosa pública” (*res publica*) y el Derecho privado se orienta a regular los intereses privados o particulares. Las normas de Derecho público se orientan especialmente al interés de la comunidad considerada en su conjunto, mientras que las de Derecho privado tutelan de modo preponderante los intereses particulares.

Lo cierto es, como hemos señalado, es ésta una división difícil, puesto que los límites que separan el Derecho público del privado no son siempre fijos ni apriorísticos. Son las circunstancias de orden histórico las que en cada momento imprimen el carácter dinámico a la distinción entre unas y otras normas.

## 5. LAS RAMAS DEL DERECHO.

Tradicionalmente, el Derecho se ha dividido en diferentes ramas según los sectores materiales que se estudiasen o los conjuntos de problemas reales a los que pretendiera dar solución.

Dentro del Derecho público podemos distinguir las siguientes ramas:

– El Derecho constitucional, que comprende el conjunto de normas e instituciones jurídicas fundamentales relativas a la organización y al ejercicio del poder político y a los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. Atiende a cuestiones como la organización jurídica, sus poderes y funciones, las instituciones fundamentales que organizan y aseguran el cumplimiento de las distintas funciones, el estudio de los diferentes órganos del Estado y sus relaciones, el análisis de la constitución como norma fundamental del orden jurídico, sus principios básicos, así como los derechos y libertades fundamentales. La Constitución es su núcleo central, si bien todas las demás ramas se preocupan también de partir de la Constitución como norma que da sentido y validez a todas ellas.

– El Derecho político, interrelacionado con el Derecho constitucional, atiende a otro tipo de cuestiones próximas a la ciencia política que enmarcan y completan el anterior: el concepto de poder, las relaciones políticas, actitudes políticas e ideología, formas e instituciones, movimientos, cambios políticos...

– El Derecho administrativo, que es aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento de los poderes y órganos ejecutivos del Estado y sus relaciones con los particulares. En concreto, se ocupa de la organización y de la actividad de las Administraciones Públicas, sea la del Estado, la de las Comunidades Autónomas, entes locales, organismos autónomos, colegios profesionales, entes de base corporativa (como las cámaras de comercio, agrarias...) y otros.

– El Derecho penal: Es el conjunto de normas que asocian a determinadas conductas previstas como delitos, penas o medidas de seguridad. Regula la potestad punitiva del Estado. El Estado, en cuanto monopoliza el uso legítimo de la fuerza, es el único que tiene competencia para establecer qué actos son delitos y qué penas se han de imponer a sus autores.

– El Derecho procesal: Es el conjunto de normas que se ocupan de regular los procedimientos a través de los cuales el Estado, por medio de los tribunales de justicia, juzga y hace ejecutar lo juzgado. Se llama también Derecho jurisdiccional, por hacer referencia a la función jurisdiccional del Estado o Poder judicial. Abarca cuestiones como el proceso judicial, la organización de los tribunales...

– El Derecho financiero o tributario: Es la rama del Derecho público que organiza los recursos que constituyen la Hacienda del Estado y de las demás entidades de carácter público, y que regula los procedimientos para obtener y gestionar los ingresos, así como ordenar los gastos y pagos de tales sujetos.

– El Derecho del trabajo: Es el conjunto de normas que regulan las relaciones que se crean a partir del trabajo dependiente y por cuenta ajena que realiza un trabajador para un empresario. Esto es, el trabajo realizado por una persona (el trabajador) que es ajena a los medios de producción, la organización del trabajo y los resultados de éste (beneficios o pérdidas), respecto a otra persona (el empresario) que es el titular de los medios de producción, la organización y los resultados. Se ha extendido a las relaciones colectivas de trabajo, las normas reguladoras del empleo, la organización administrativa laboral o las relaciones de conflicto laboral.

– El Derecho internacional público regula las relaciones jurídicas de cada Estado como miembro de la comunidad internacional y sus relaciones con otros Estados. Son sujetos de estas relaciones jurídicas los Estados soberanos y las organizaciones internacionales que se relacionan entre sí y con los Estados.

– El Derecho comunitario europeo: Es el conjunto de normas emanadas de las instituciones europeas que gozan de primacía respecto a los Derechos nacionales en las materias sujetas al mismo, aplicándose directamente, y que regula gran parte de las materias antes objeto de tratamiento exclusivo por el Derecho interno de los Estados. Se sitúa a medio camino entre el Derecho internacional, de donde proviene, y el Derecho constitucional, si bien, cuanto más avanza el proceso de unificación europea entre los Estados, más se destaca su naturaleza de Derecho constitucional por afectar directamente a las fuentes de producción de las normas.

Por su parte, podemos distinguir las siguientes ramas del Derecho privado:

– El Derecho civil: Tiene por objeto las normas que regulan las relaciones entre los particulares, considerados como personas en general y no con referencia a situaciones o actividades específicas que estén sometidas a otras ramas del Derecho. Se ocupa de las personas, sus estados, su patrimonio y el tráfico de bienes. De él se han ido disgregando y “administrativizando” diversas partes: el Derecho del trabajo, el Derecho agrario, el Derecho bancario, el Derecho de arrendamientos, el Derecho urbanístico, etcétera.

– El Derecho mercantil: Es el Derecho privado de carácter especial que se ocupa de un determinado sector de relaciones jurídicas: las relaciones de carácter comercial, la actividad empresarial, la circulación de bienes entre productores y consumidores... Regula los actos de comercio y las empresas mercantiles.

– El Derecho internacional privado: Es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre personas físicas y jurídicas de diferentes nacionalidades, sometidas a diversos Derechos nacionales. Regula, por tanto, relaciones jurídicas entre particulares sometidos a más de un ordenamiento jurídico emanado de un Estado.

## 6. EL ESTADO Y EL DERECHO.

### *A) Distintas realidades.*

Ya hemos visto que el Estado crea parte del Derecho, pero no todo el Derecho. Por eso, no puede afirmarse que sólo el Estado crea el Derecho, como postulan los defensores de las corrientes iuspositivistas.

El Estado y el Derecho son dos realidades distintas, aunque conexas, como lo demuestran dos argumentos decisivos:

En primer lugar, el Derecho comprende mucho más que las leyes promulgadas y abarca la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho, como así se recoge en el art. 1 del Código Civil. El Derecho está vinculado a valores trascendentes, como son la justicia y seguridad, y se cumple espontáneamente por los hombres en cuanto satisface las necesidades de una convivencia justa y pacífica.

En segundo término, el Estado aparece en la historia mucho más tarde que el Derecho. En las civilizaciones más primitivas o más simples encontramos seres humanos que vivían y todavía viven en comunidades gobernadas por normas que determinan sus “derechos” y “deberes”. Las relaciones familiares están estrictamente reguladas, se mantiene una cierta distribución de la propiedad... Muy lentamente fue evolucionando una organización que, en última instancia, se convirtió en el Estado moderno. Se ve así que el Estado es una realidad histórica más joven que el Derecho.

Por tanto, Estado y Derecho son dos realidades distintas, aunque aparecen juntas en la historia más reciente.

### *B) El Estado de Derecho.*

El Estado surge en Europa en los inicios de la Edad Moderna: no es algo que haya existido siempre. Es una de las muchas formas de organización política que se ha dado entre los hombres y que nace al concentrar y monopolizar una masa ingente de poderes, tales como la exacción de tributos, el uso de la fuerza, la administración de justicia, la declaración de la guerra....

El Derecho ha existido y existirá mientras la especie humana viva en un grado de civilización, aunque sea mínimo. El Derecho perma-

nece vinculado a los conceptos de orden, seguridad y, en algunas épocas, de justicia.

Tampoco ha existido siempre un Estado sometido al Derecho. El denominado “Estado de Derecho” surge a partir de la Revolución Francesa como reacción al absolutismo de los monarcas. Es una modalidad determinada de Estado, coyuntural y no siempre permanente.

Mientras el Estado absoluto se caracterizó por la concentración de poderes en el monarca y en el ejercicio arbitrario de los mismos, el Estado de Derecho se identifica con el sometimiento de los poderes del Estado y su ejercicio al imperio de la ley, pero siempre que dicha ley sea expresión de la voluntad general y se oriente a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

El preámbulo de la Constitución española subraya la voluntad de la Nación española de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Y el art. 2 de la Constitución europea fundamenta la Unión Europea en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, *Estado de Derecho* y respeto a los derechos humanos.

### C) *La evolución del Estado.*

Para comprender mejor la vinculación entre Estado y Derecho, es preciso destacar la evolución histórica que ha sufrido el Estado en la mayor parte de Europa, y que puede estructurarse en las siguientes cuatro etapas:

1.<sup>a</sup> Desde el Renacimiento hasta la Revolución Francesa de 1789: *Estado absoluto*, también llamado “Antiguo Régimen”. Dentro de él también pueden distinguirse dos grandes fases:

– La monarquía absoluta (siglos XIII al XVII), en que se produce la mayor concentración de poder y el monarca es la máxima autoridad, que actúa sin someterse a las leyes (*legibus solutus*).

– El despotismo ilustrado (siglo XVIII), en el que sin perder su carácter absoluto, los monarcas realizan unilateralmente reformas que persiguen satisfacer las demandas colectivas e individuales (es el gobierno para el pueblo, pero sin el pueblo).

2.<sup>a</sup> El Estado liberal *de Derecho* (1789-1848), en el que el Estado actúa con sometimiento a la ley y se reconoce al hombre como portador de derechos fundamentales y sujeto de libertades públicas.

3.<sup>a</sup> El Estado *democrático* de Derecho o Estado demoliberal (entre 1848 y 1918), resultante de la expansión de la democracia política y de la participación ciudadana en el ejercicio del poder.

4.<sup>a</sup> El Estado *social* (a partir del final de la 1ª Guerra Mundial, 1918), y en el que cabe distinguir dos grandes modalidades:

– El Estado democrático y social de Derecho, preocupado por la consecución del bienestar social desde el sometimiento del Estado al Derecho, siendo la ley la expresión de la voluntad popular. Esta es la modalidad instaurada en España por la Constitución de 1978, como lo refleja paladinamente su art. 1.1.

– Los Estados totalitarios, en los que se rompe, a pesar de lo que se manifieste, la sujeción del Estado al Derecho. No se reconocen los derechos fundamentales del individuo ni el ejercicio de las libertades públicas básicas. El hombre no es titular de derechos en cuanto tal, sino en cuanto miembro de una élite, partido, raza o clase social. Al Estado totalitario aspiran o llevan los movimientos fascistas, nacionalsocialistas y marxistas-leninistas, en este último caso, en su doble versión estalinista o maoísta.

Actualmente, el modelo de Estado social ha entrado en una profunda crisis que puede provocar su transformación. La crisis viene originada por tres hechos: las crisis energéticas y económicas iniciadas en 1973, que han dado lugar al retorno del neoliberalismo; la caída y desaparición de los regímenes marxistas-leninistas (1990); y el resurgimiento de las ideologías y actuaciones racistas y xenófobas, que encubren o se asimilan a los movimientos totalitarios de corte fascista o nacionalsocialista que tanto auge lograron en la década de los años treinta.

## **7. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.**

### **7.1. Derecho Constitucional.**

Podemos definir el Derecho Constitucional como aquella parte del Derecho que estudia la organización fundamental del Estado y las re-

laciones políticas de éste con sus ciudadanos. El objeto fundamental del Derecho Constitucional es la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico en donde se reflejan estas cuestiones.

Para llevar a cabo este estudio, el Derecho Constitucional describe el Derecho vigente en un Estado en aquello que afecta de modo básico a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y a la relación de las libertades públicas y los derechos fundamentales.

El Derecho Constitucional se caracteriza en estos momentos por su fuerza expansiva. Este se ha convertido en el marco de referencia del Derecho Público y establece el campo de juego del Derecho privado. El relieve adquirido por esta rama jurídica se observa en la prevalencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico y los ciudadanos (art. 9.1 CE). La Constitución dota al ordenamiento de unidad: no sólo es su cúspide, es, además, su base sólida y su estructura vertebral. Ninguna actividad jurídica puede desarrollarse sin tener en cuenta las previsiones constitucionales, ni al margen de ella.

Hoy en día es más evidente esta importancia del Derecho Constitucional. Frente a las corrientes doctrinales que le han negado su nota de juridicidad, imputándole una naturaleza únicamente teórica, abstracta, sin fuerza vinculante, el Derecho Constitucional es hoy un Derecho completo, eficaz, directamente aplicable y aplicado, dotado de un valor normativo específico. Es un Derecho vivo y útil, que en los Estados democráticos adquiere, por su papel instrumental en el control del poder y en la protección de los derechos fundamentales de cada ciudadano, una practicidad y una relevancia innegables.

## **7.2. El concepto de Constitución.**

Una aproximación al concepto de Constitución requiere analizar y entender la evolución histórica tan importante que ha sufrido este concepto. Para ello, es necesario distinguir entre el concepto formal de Constitución y el concepto material.

### *A) Concepto formal.*

El constitucionalismo aparece íntimamente vinculado a la revolución liberal, para quien la Constitución es el medio jurídico de limitar el poder del Estado y de someterlo al Derecho.

La conexión entre la Constitución y la revolución liberal se recoge perfectamente en el art. 16 de la francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al proclamar que “toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

Para llevar a cabo esta limitación del poder, la Constitución, por un lado, proclama un catálogo de derechos y libertades individuales; y, por otro, delimita la organización de los poderes del Estado, adecuada para establecer, mediante un sistema de pesos y contrapesos jurídicos y políticos, la garantía de los derechos y libertades individuales.

El carácter fundamental de la Constitución se refuerza, además, al establecerse ésta formalmente como un documento escrito con la naturaleza de “superley”, que precisa para su reforma de un “superlegislador”.

La Constitución se concibe, en esta postura, como la obra misma de la Nación en virtud de su soberanía nacional.

#### *B) Concepto material.*

La concepción formal de la Constitución como “superley” entra en crisis en el siglo XX, al observarse que distintos regímenes constitucionales europeos no responden a los caracteres defendidos por el constitucionalismo. Hay constituciones, como la francesa de 1799, que no contienen una división de poderes, ni una declaración de derechos, o como la inglesa, que son consuetudinarias y no están escritas; o que, como la española de 1876, no tienen el rango de superley y pueden ser reformadas por el legislador ordinario.

Este panorama lleva a la doctrina a investigar sobre el concepto material de la Constitución, desconfiando del concepto estrictamente formal.

Las investigaciones para determinar qué es una constitución por su contenido o sus funciones se orientan en tres direcciones fundamentales:

##### a) La Constitución como norma.

Para entender esta idea expuesta por Hans Kelsen, hay que partir de que existe una pluralidad de normas, ordenadas y coherentes entre sí que constituye un sistema. Este sistema es válido y tiene una unidad, porque se supone que existe una norma última fundamental que dota

al conjunto de validez y unidad. Esta norma fundamental es hipotética, hay que suponer que existe. Pues bien, esta norma última, fundamental e hipotética sobre la que descansa la unidad de todo el Derecho positivo, es la Constitución.

b) La Constitución como decisión.

Esta teoría, elaborada por Carl Schmitt, concibe la Constitución como el resultado de la decisión creadora de una unidad política, de un pueblo preexistente. La Constitución no se crea a sí misma, es la unidad política previa quien crea esa Constitución. La Constitución es, pues, la decisión fundamental de la unidad política, de tal modo que a cada unidad política le corresponde una Constitución. Lo original de esta teoría es que se vincula el concepto de Constitución con el del poder constituyente revolucionario anterior y por encima de la Constitución.

c) La Constitución como orden social concreto.

En esta teoría, cuyos autores más relevantes son Santi Romano y Maurice Hauriou, la Constitución es el resultado de hacer concurrir en un punto todas las fuerzas sociales, el reflejo de la estructura social y verdadero fundamento de la Constitución formal. La Constitución escrita, si no se ajusta a esa realidad que integra la “verdadera Constitución”, es una mera “hoja de papel” con escaso valor. La Constitución auténtica es la suma de los factores reales de poder que rigen en un país, anterior y superior a la Constitución formal.

Romano describe bien esta postura cuando define la Constitución como “aquella parte del ordenamiento jurídico que forma la estructura esencial y es la base de las restantes partes”. Es el ordenamiento supremo del Estado. Esta Constitución es anterior a la Constitución escrita y condición necesaria para que el Estado exista. Como tal, cumple una serie de funciones: justifica la existencia del Estado; le da forma determinada; establece y coordina sus elementos esenciales; circunscribe su esfera de eficacia; indica los fines fundamentales; organiza el gobierno; limita la autonomía de otros elementos; y concreta los principios generales del resto del ordenamiento estatal.

*C) Concepto jurídico y funciones de la Constitución.*

Desde una consideración jurídica, y sin restar interés a estas tres investigaciones que tratan de penetrar en el subsuelo del que surge la

Constitución, puede definirse la Constitución como la norma fundamental de organización política de un Estado. Efectivamente, el concepto de Constitución no puede desvincularse del de Estado; es más, aún debería añadirse, para que la idea fuera completa, de un Estado soberano, pues eso es, en definitiva, una Constitución, la norma suprema de un Estado, que rige todo el ordenamiento jurídico.

Siguiendo a Sánchez Agesta, la Constitución es la norma fundamental de organización que define el régimen político y que establece el orden vinculante para la convivencia.

Conforme a esta definición, la Constitución desempeña tres funciones:

a) Establece y organiza los distintos poderes existentes en el Estado, definiendo cómo se constituyen esos poderes y cuáles son sus facultades. De este modo, y al mismo tiempo que lo institucionaliza, otorga la legitimidad necesaria al poder público.

b) Define el régimen político que se instaura en el Estado, para lo cual establece los principios ideológicos (los valores) que condicionan la actuación de todos los poderes públicos (por ejemplo, la Constitución española proclama el Estado social y democrático de Derecho).

c) Realiza una declaración de los derechos y libertades, que son límite del poder estatal, como ocurre con los derechos individuales, o que orientan su acción, en cuanto se manifiestan como derechos sociales positivos que marcan una directriz a la acción política del gobierno. Desde esta perspectiva, la Constitución se convierte, además, en el Derecho que regula la presencia y participación (elecciones, organización de partidos, configuración de órganos representativos, iniciativas legislativas...) de las fuerzas sociales en la organización política.



TÍTULO SEGUNDO  
**TEORÍA GENERAL DEL ESTADO**



## CAPÍTULO II

### EL ESTADO COMO REALIDAD HISTÓRICA

*SUMARIO: 1. La formación histórica del Estado moderno.- 2. El Estado absoluto.- 3. El Estado liberal; la crisis del Estado liberal.*

#### 1. LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO MODERNO.

*A) Concepto restringido de Estado. El Estado como organización política contemporánea.*

A la pregunta de cuándo surge el Estado se han dado tradicionalmente dos respuestas:

– Una, restringida, que sostiene que el Estado aparece en la Baja Edad Media, coincidiendo con el Renacimiento y el pensamiento político del italiano Nicolás Maquiavelo (1469-1527), reflejado en *El Príncipe* (1513), obra destinada a un Medici, en la que presupone una comunidad política con existencia propia y autónoma, a la que designa como “Estado”.

– Otra, más amplia, que afirma que el Estado ha existido siempre, lo que significa tanto como equiparar el concepto de Estado con el de organización política.

La práctica unanimidad de la doctrina entiende que la primera postura es la correcta, ya que el Estado como organización política no ha existido en todos los tiempos, sino que surge en un momento determinado, que se identifica con el Renacimiento y el amanecer del mundo moderno. No puede llamarse “Estado” a las tribus primitivas, los grandes imperios y organizaciones políticas del Oriente (las más de las veces, apoyadas en una concepción teocrática del poder), las polis griegas, ni incluso al Imperio Romano, en el que sólo un hombre acumulaba todos los poderes conocidos de la humanidad, como tampoco a los señoríos feudales o a las ciudades burguesas de la Edad Media.

Y es que el Estado es una forma determinada y específica, y no la única, de organización política. El Estado se caracteriza por: a) ser una forma política objetiva y no personalizada; b) vinculada, en su origen, al mundo occidental; c) que nace en un momento histórico determinado; d) una organización a la que se pertenece obligatoriamente por vínculos jurídico-administrativos objetivos y no personales, como en el feudalismo; y e) que monopoliza actividades del orden social en aras del bien común (tales como la fuerza militar, la impartición de la justicia, la acuñación de moneda, las aduanas, la Hacienda Pública...), pero que se deslinda nítidamente de otros poderes, como el religioso.

### *B) Origen del Estado moderno.*

Ya se ha señalado que el Estado aparece en el Renacimiento, en los siglos XIII y XIV.

El sistema feudal de la alta Edad Media consistía en una complicada trama de vínculos personales, alrededor de la institución del vasallaje, cuya cúspide temporal era el Emperador, coronado por el Papa, y de quien recibían su autoridad todos los demás poderes temporales del Sacro Imperio Romano, restaurado en el 800. Pero a raíz de la crisis del poder imperial en Italia, en el siglo XIII, fueron constituyéndose -también en Europa central- distintos reinos, principados y repúblicas independientes que terminaron por no reconocer ya ningún poder terrenal superior al suyo.

Antes del Estado absoluto, el Rey tenía un poder limitado por los poderes de la aristocracia, de los parlamentos o de los estamentos (nobles, eclesiásticos, representantes de las ciudades o de las corporacio-

nes). Sólo al término de una larga lucha, la monarquía logró marginar a la aristocracia, armar ejércitos permanentes cada vez mas potentes, centralizar el aparato administrativo y abrirse un espacio económico que le valió el apoyo de la burguesía.

Como caracteres del proceso de formación del Estado pueden señalarse los siguientes:

a) La unificación y centralización del poder. La monarquía monopoliza la justicia, el uso de la fuerza (la policía y el ejército) y el derecho de guerra. El monarca no reconoce superior en lo temporal y es el soberano, esto es, la suprema autoridad en la comunidad que rige.

b) La secularización del poder. Por influjo de las creencias del Renacimiento y de la difusión de la Reforma religiosa, el poder se seculariza, estableciéndose una neta separación entre el poder temporal y el poder religioso del Papa.

c) La determinación territorial del poder. El poder real se ejerce sobre todos los hombres que viven en un territorio determinado, superando los vínculos de lealtad personal del poder medieval.

d) La creación de un potente aparato administrativo, cuya actividad se independiza de la del Rey. El poder se ejerce mediante una burocracia sujeta al Rey: la Administración, servida por funcionarios profesionalizados. El Rey es el legislador supremo; él crea una hacienda, adquiere el poder de acuñar moneda, de imponer tributos y de establecer fronteras económicas. En poco tiempo, se habla de la permanencia y vida del Reino, organización independiente de la vida del Rey y trascendente a éste.

e) El Estado aparece hacia el exterior como una unidad, independiente de los demás poderes y susceptible de contraer deberes y de ser titular de derechos. Esa unidad crea vínculos con otros estados y surge la política exterior.

### C) *La crisis del Estado.*

El Estado entró en crisis tras la I Guerra Mundial, momento en que el equilibrio europeo se convirtió en un equilibrio regional en el marco de un sistema mundial de estados. En la Conferencia de Paz de París potencias extraeuropeas (EE.UU., China, la Commonwealth, Ja-

pón...) decidieron, por primera vez desde hacía milenios, sobre asuntos europeos. Los intereses internacionales se superponían así a la soberanía de los estados europeos.

Por otro lado, el llamado derecho de autodeterminación se entendió como un derecho particular de los grupos étnicos a formar sus respectivas organizaciones políticas en los numerosos nuevos Estados multinacionales, cuando no a formar sus propios estados, dando lugar, sobre todo en los continentes africano y asiático, al nacimiento de un importante número de estados. En el caso europeo, las regiones interiores reclaman cada vez más poder a costa del Estado y el modelo de la Europa de las regiones se levanta como reivindicación frente a la Europa de los estados.

Antiguas ideas relativas a la organización internacional, que se remontaban hasta la Edad Media, plasmaron en la Sociedad de las Naciones y, después de la II Guerra Mundial, en la Organización de Naciones Unidas (ONU). Multitud de Estados tienden a integrarse en nuevas organizaciones internacionales, siendo los casos más típicos la Unión Europea, las organizaciones de estados africanos, la organización de estados americanos (OEA), la liga de naciones árabes...

Al mismo tiempo, en el siglo XX las organizaciones supranacionales, tanto las públicas como las privadas (las conocidas como “multinacionales”), han demostrado la imposibilidad de mantener el antiguo ideal de la autarquía y de concebir al Estado como una organización soberana y autosuficiente que se pueda bastar por sí misma.

Por último, el Derecho Internacional adquiere cada vez caracteres más imperativos y limitativos de la soberanía estatal y va imponiendo mayores límites, obligaciones y sanciones a los estados (por ejemplo, las resoluciones de la ONU en los últimos años sobre Israel, Irak, Serbia o Somalia constituyen ejemplos de la limitación del poder soberano del Estado).

## **2. EL ESTADO ABSOLUTO.**

### *A) Origen.*

Como hemos indicado reiteradamente, el Estado absoluto es la primera forma en que se manifiesta el Estado, como superación del plu-

ralismo feudal del medievo. La forma de gobierno predominante es la monarquía y la configuración del Estado se realiza al compás de un progresivo aumento de poderes en manos del monarca.

*B) Características fundamentales.*

El Estado absoluto se caracteriza por:

– La concentración total de poderes en el monarca. Precisamente, la voz “monarca”, que procede del griego *mono* y *archo*, significa literalmente “único poder”. Todas las funciones públicas convergen en el Rey, que es al mismo tiempo legislador supremo y juez, autoridad suprema de la Administración y titular del gobierno en lo interno y en lo internacional. La unidad política se introduce por una monarquía, fundamentalmente la borbónica, centralizada y organizada alrededor de la Administración, como la que Richelieu, Colbert y Luis XIV habían instituido en Francia.

– La arbitrariedad. Los poderes del monarca se ejercen de un modo arbitrario, sin controles jurídicos. No existe un sometimiento del poder al Derecho. Ahora bien, arbitrariedad no es sinónimo de injusticia, significa solamente la ausencia de límites formales al poder soberano del monarca.

*C) Justificación del Estado absoluto.*

a) Justificación ideológica:

Es sobre todo Maquiavelo quien independiza al Estado de toda influencia sobrenatural o extranatural. Y va a ser el francés Jean Bodin (1529-1596), autor de *Les six livres de la République* (1576), con su teoría de la soberanía como poder perpetuo y supremo, el que va a postular la teoría del monarca absoluto, cuyo poder no procede de Dios, sino de un orden racional y justo; teoría que después continuará en el siglo XVII hasta el máximo grado el inglés Tomas Hobbes, con su famosa obra *The Leviathan* (1651).

b) Justificación material o real:

El Estado absoluto surge en España con los Reyes Católicos, en Francia con Luis XII, y en Inglaterra con Enrique Tudor. El proceso de formación del Estado moderno se inicia en el siglo XV, se perfecciona

en el XVI y se completa en los siglos XVII y XVIII, en que el poder de los monarcas pasa a ser absoluto.

Símbolo y representación de este poder absoluto es la famosa frase de Luis XIV, el Rey Sol (1638-1715): *L'État c'est moi* (el Estado soy yo). Son significativas, asimismo, las siguientes palabras que dirigía a Luis XIV uno de sus cortesanos: “Todos vuestros súbditos os deben su persona, sus bienes, su sangre, sin tener derecho a pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen, cumplen con su deber y no os dan nada, porque todo es vuestro”.

Este crecimiento del poder del monarca se demuestra a la vista del tratamiento cada vez más cargado con que se alude al Monarca: el “señoría” de los reyes de la Edad Media se convierte en “altezas” para los Reyes Católicos y en “majestad” para el Emperador Carlos I y sus sucesores.

#### D) *Limitaciones.*

Resulta exagerado deducir de lo anterior que el poder real no tuviera durante esta época más limitaciones que el puro capricho del soberano. Existían limitaciones, aun cuando no eran limitaciones jurídicas (éstas no aparecen hasta el Estado liberal), sino fácticas, de hecho, entre las que podemos citar las siguientes:

a) La realeza se concebía como un “oficio”, un servicio, que obligaba al rey a cumplir su ministerio con sujeción semejante a la del artesano respecto de las reglas precisas de su trabajo; consideraciones que se imponían al monarca con más fuerza, dado el carácter casi religioso de su investidura: “el rey debe reinar y gobernar el pueblo de Dios con equidad y justicia hacia la paz y la concordia”.

b) La existencia de leyes divinas tenía una efectiva influencia en un monarca cristiano, supuesto que aquéllas miraban directamente al recto ejercicio de la autoridad. Es curioso recordar que *El manual de confesores* (1552) del navarro Martín de Azpilicueta (1492-1586) enumeraba hasta treinta pecados que sólo los reyes podían cometer y que llevaban aparejado un daño para los súbditos.

c) El Derecho internacional, configurado por las obligaciones contraídas por el monarca con terceros Estados en sus relaciones internacionales.

d) La existencia de numerosos consejos (estructura polisinooidal), cuyas consultas, si no vinculantes para el monarca, determinaban a veces reglas de conducta difícilmente eludibles.

e) La doctrina del tiranicidio, como reacción suprema contra el ejercicio injusto del poder, tal como fuera formulada por el jesuita Juan de Mariana (1536-1624) en su obra *De rege et regis institutione* (1599).

#### *E) El Despotismo ilustrado.*

Las teorías absolutistas fueron superadas por las del “despotismo ilustrado”, que se dieron en Europa en el siglo XVIII.

Los monarcas ilustrados llevaron sus sistemas estatales al máximo punto de concentración de poder y del principio de autoridad. Desaparecieron con ellos las autonomías de los municipios y las autonomías regionales (por ejemplo, el Decreto de Nueva Planta de 1716) y creció el poder de los Secretarios o ministros en perjuicio de los Consejos. Las Cortes perdieron todo su valor y no se reunieron más que para fines dinásticos, recibir y prestar los usuales juramentos y otras funciones cada vez más simbólicas.

Pero la novedad del despotismo ilustrado radicó en que el Rey estimaba necesario proceder a una serie de reformas, reconocidas unilateralmente, que tuviesen muy en cuenta las exigencias colectivas e individuales. Es “el gobierno para el pueblo, pero sin el pueblo“. En España el exponente máximo es Carlos III de Borbón, quien reinó entre 1759 y 1788.

### **3. EL ESTADO LIBERAL; LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL.**

#### *A) Nacimiento ideológico.*

El Estado liberal se desarrolla en el siglo XIX como proyección de un pensamiento histórico proveniente, entre otros, de Locke, Kant, Humboldt, Stuart Mill, pero sobre todo del Barón de Montesquieu, que es quien lo formuló en su obra *De l'Esprit des Lois* (1748).

En América nace a partir de la declaración de Virginia de 1776, fundadora de la independencia de Estados Unidos. Y en Europa surge con la Revolución Francesa de 1789, desde donde se expande imparablemente por toda Europa.

*B) Características.*

a) Frente al Estado absoluto que defiende la existencia de un poder ilimitado, el Estado liberal postula un poder limitado, ya que los liberales entienden que el poder debe intervenir lo menos posible en la vida social y lo único que ha de mantener es el orden público; en todo lo demás, debe dejarse plena libertad de acción a los individuos.

b) El Estado es, ante todo, abstencionista. Su lema es *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui même* (dejad hacer, dejad pasar, el mundo va por sí mismo). Al Estado compete asegurar el orden público, siendo su misión fundamental garantizar que las fuerzas económicas se desenvuelvan con toda libertad sin infringir las normas del libre juego.

c) El Estado liberal tiende a tutelar la libertad frente a la opresión estatal. Nace como una reacción contra el Estado absoluto, y el medio jurídico empleado para evitar que el monarca penetre en la esfera de los particulares consistirá en el reconocimiento de una zona interna que pertenece al ciudadano y que está libre de cualquier intromisión estatal.

d) El Estado liberal da lugar al Estado de Derecho, construcción jurídica que persigue el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos. Para asegurar esa libertad, se reconocen los derechos subjetivos públicos (libertad de expresión, asociación, propiedad, reunión, participación...), se otorgan a los particulares los medios idóneos para la defensa de tales derechos y se somete la actividad administrativa al imperio de la ley formal.

*C) Principios ideológicos.*

El Estado liberal consagra como principios políticos inspiradores:

a) La concepción de los derechos como una zona exenta de la intervención estatal. Así, en la francesa Declaración de los Derechos del

Hombre y del Ciudadano de 1789, el derecho de propiedad se consagra negativamente, prohibiendo la privación de ese derecho si no es por una necesidad pública legalmente acordada y previa justa indemnización; el de seguridad se formula como el derecho a no ser acusado, detenido ni juzgado, sino en los casos previstos en la ley; y la libertad se formula como el derecho a no ser obligado a hacer lo que la ley no ordena.

b) La exaltación de los derechos individuales del ciudadano, que se conciben como anteriores al Estado y, en cualquier caso, limitaciones ineludibles a su actividad. La Declaración de Virginia enuncia “el derecho a la vida y a la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”, citando las herramientas necesarias para la consecución de estos fines: sufragio, seguridad judicial y jurado, libertad de prensa y libertad de conciencia. La citada Declaración francesa de 1789 enuncia como derechos naturales e imprescindibles los de libertad, propiedad (al que se califica de “inviolable y sagrado”), seguridad y resistencia a la opresión, y dentro del concepto de libertad se mencionan la libertad de conciencia y la de pensamiento y el derecho a participar en las funciones públicas y en la formación de la ley.

c) La separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), como principio de organización de la comunidad política. La separación de poderes, para que éstos se frenen recíprocamente, tiene por fin garantizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

d) La libre concurrencia en el orden económico y social. El liberalismo difunde la creencia en el desenvolvimiento espontáneo de la vida económica y el principio de libertad económica. El principio de libertad se concreta en la libre contratación, la emancipación agraria (abolición de la propiedad amortizada) y las libertades de trabajo, industria, comercio y circulación. Sobre estas bases jurídicas y económicas, surge el *capitalismo*, sistema económico caracterizado por el ánimo individualista y racionalista de lucro, por su plan asistemático y comercial (no existe una organización de la vida económica, sino la acción libre de las empresas) y sus novedosas técnicas en la organización del trabajo y el empleo de la máquina en la industria, que hace surgir el maquinismo.

*D) La crisis del Estado liberal.*

El Estado liberal entra en crisis a principios del siglo XX por diversas causas:

a) El intervencionismo.

El carácter abstencionista del Estado liberal lo convirtió en un simple agente policial encargado de mantener el orden público (es el conocido como “Estado gendarme”). Pero este liberalismo abstencionista no pudo prolongar su vida durante mucho tiempo. Por vía de excepción se justificaron una serie de intervencionismos administrativos con el fin de satisfacer las perentorias necesidades colectivas e individuales:

– Así, la Administración se encontró en la necesidad de emprender por sí misma grandes obras públicas (principalmente, las comunicaciones) que, por su volumen o falta de rentabilidad, no iniciaban los particulares;

– en materia de beneficencia, al secularizarse los bienes eclesiásticos en los países protestantes y, por consecuencia de la desamortización que se decreta en los países católicos, el Estado se encuentra obligado a subrogarse en las atenciones que con anterioridad habían estado a cargo de la Iglesia, de donde surgen nuevos servicios públicos antes innecesarios; y

– en materia de enseñanza, al implantarse la obligatoriedad de la instrucción elemental y, por ende, su gratuidad, han de surgir los servicios públicos de enseñanza.

En cada caso hay una explicación concreta para el fenómeno intervencionista, pero en el fondo siempre se trata del argumento común de la necesidad de satisfacer las exigencias vitales de la colectividad.

b) Las consecuencias antisociales del capitalismo.

La igualdad formal ante la ley, la libertad industrial y de comercio y la libre competencia que preconiza el capitalismo, provocan el efecto contrario: la desigualdad es real y efectiva, se destruyen las libertades y se elimina la competencia con una tendencia hacia el monopolismo.

El capitalismo destruye las condiciones de libertad e igualdad y da lugar a la tensión entre las clases sociales. El capitalismo provoca grandes desigualdades concretas; las grandes empresas caminan hacia el

monopolio y surge un poder financiero que controla todos los resortes de la vida económica del Estado, puede dictar sus leyes y oponerse activamente a que se gobierne contra sus intereses, domina la prensa que subvenciona o mantiene con sus propagandas y subvenciona los partidos políticos o les impone sus condiciones.

El maquinismo separa la propiedad del trabajo y en sus grandes instalaciones agrupa a los obreros en el taller. La aglomeración de talleres en zonas industriales, normalmente urbanas, une millares de trabajadores en condiciones laborales y de vivienda deplorables, cada vez más propicios por su identidad de condición social a formarse una conciencia de clase y a organizarse en asociaciones. A la concentración y organización de las empresas se opone la reserva del trabajo; a su acción violenta, la acción violenta de los trabajadores. Así surge una ideología de lucha de clases, que tiene su expresión más genuina en el marxismo.

c) El individualismo antiestatalista.

El Estado liberal enfrenta directamente al individuo contra el Estado, presentándolos como enemigos y elementos contrapuestos; siendo así que no se trata de factores antagónicos, sino complementarios.

d) La soberanía nacional y la democracia.

El Estado liberal niega la soberanía del monarca y traspasa ésta a la Nación. En lo sucesivo será la Nación la entidad titular de la soberanía, con lo que se dan los primeros pasos hacia la democracia que, con el tiempo, llegará a devorar las concepciones individualistas que formaban la esencia del régimen liberal. El depositario de la soberanía no será ya el ciudadano, sino la nación o el pueblo en cuanto ente abstracto representante de la colectividad.

Por otro lado, hay que recordar la situación crítica que para la separación de los poderes suponen las mayorías parlamentarias que, dentro de un sistema partitocrático, se convierten en titulares del poder ejecutivo. Será el partido gobernante el que domine los poderes ejecutivo y legislativo y, por vías indirectas, interfiera en la organización del poder judicial.

e) La concepción formalista de la justicia.

La interdicción de la arbitrariedad, entendida ésta como la negación del Derecho en cuanto a su forma, lleva a proclamar la suprema-

cía de la ley y la exigencia de la legalidad de la actuación administrativa. Pero esta inicial conquista del liberalismo supuso también caer en el formalismo, y equiparar la esencia del Derecho con el simple respeto a las normas del ordenamiento positivo, consagrando una creciente preferencia de la juridicidad legal, o justicia formal, sobre la justicia material o real, que es la que se quiere alcanzar.

### CAPÍTULO III

## EL ESTADO CONTEMPORÁNEO

*SUMARIO: 1. El Estado democrático y social.- 2. Otras formas contemporáneas de Estado.*

### 1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL.

La evolución del Estado de Derecho pasa por dos fases: el Estado democrático, entre 1848 y el final de la I Guerra Mundial, en que se produce la expansión de los movimientos democráticos; y el Estado social, a partir de 1918, como resultado del Estado democrático. De ahí que aparezca conjuntamente la modalidad de Estado democrático y social.

#### 1.1. El Estado democrático de Derecho.

##### *A) Fundamento histórico.*

Las graves desigualdades sociales y económicas que provoca el Estado liberal dieron lugar a la lucha de los menos favorecidos por participar en las decisiones sociales y en la distribución de la riqueza. Esta lucha se plasmó políticamente en una reivindicación del principio democrático de sufragio universal. La democracia fue identifica-

da por los conservadores con el socialismo. El ascenso del proletariado vino a significar un cambio en el papel del propio Estado. El proletariado no temía precisamente al poder político, sino a los poderes sociales y económicos. Por eso, postulaba un poder político fuerte que lo liberara de esos obstáculos para que la libertad y la igualdad fueran efectivas.

El Estado democrático aparece como un paso más en la evolución del Estado de Derecho, al superarse el Estado liberal basado en el sufragio censitario (reservado exclusivamente a la propiedad y a las capacidades, esto es, a ciertos niveles de renta y de instrucción) y en la existencia de los comités de notables, articulados como “partidos de cuadros”.

El Estado democrático nace con la implantación del sufragio universal (1848 en Francia y Suiza, 1864 en Grecia, 1870 en el Imperio alemán, 1893 en Bélgica, 1918 en Inglaterra...).

El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1848 ya definía la República como “democrática”. Pero será en las primeras décadas del siglo XX cuando se comienza a constitucionalizar la expresión “democrático” para referirse a la nueva forma de organización del Estado (Constitución de México de 1917: la democracia como sistema de vida y no sólo como estructura jurídica o régimen político...; Constitución austríaca de 1920; Constitución republicana de 1931, que proclama en su art. 1 que España es una República democrática de trabajadores...).

Tras la II Guerra Mundial, el término se generaliza y pierde su sentido originario: se habla de “democracias populares” para denominar a determinados regímenes comunistas; el término se extiende por todo el Tercer Mundo, incluso a regímenes militares...

El proyecto de Constitución Europea (2003) inicia su preámbulo con las famosas palabras de Tucídides: “Nuestra Constitución se llama democracia porque el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría”.

#### *B) Sentido y alcance.*

Abraham Lincoln (1809-1865) definió en 1863 la democracia como “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

El Estado democrático supone, por tanto:

a) Que la soberanía reside en el pueblo o en la Nación en cuanto entidad representante del y trascendente al pueblo.

b) Una concepción pluralista de la sociedad. Frente al unitarismo de los regímenes autoritarios, la democracia supone comprender la sociedad como una trama plural. Esta concepción pluralista encuentra distintas manifestaciones específicas: la existencia de partidos políticos (pluralismo político), la libertad para crear sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios (pluralismo sociolaboral), la creación de Colegios profesionales y de organizaciones profesionales (pluralismo corporativo), las asociaciones familiares, culturales, juveniles, de consumidores (pluralismo social) y la atribución de autonomía a las universidades.

c) La participación ciudadana en el proceso político. En el sistema democrático no es suficiente con que el Estado tenga una comprensión plural de la sociedad, hace falta que deje participar efectivamente a los grupos y a los ciudadanos en la toma de decisiones, bien sea directamente, bien mediante sus representantes. El Estado democrático se inspira en los principios de elección de asambleas representativas por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto; de participación en la administración de la justicia a través del jurado; en las instituciones de democracia directa (concejo abierto) y semidirecta (iniciativa popular, derechos de petición, referéndum); en la acción popular y pública en determinadas materias penales y administrativas; en la creación de órganos consultivos y de asesoramiento en la actividad administrativa, etcétera.

En su última versión, el Estado social y el Estado democrático se convierten en las dos caras de una misma moneda. No es extraño, por tanto, que, vinculado al Estado democrático y social, surja el *sistema parlamentario racionalizado* como medio para asegurar al Estado, en su papel de agente económico y planificador, una estabilidad institucional con la que poder llevar su política a término. Con una visión superadora del parlamentarismo liberal, el Estado democrático y social fortalece al Gobierno poniendo a su disposición técnicas tales como los decretos-leyes para los casos de urgente y extraordinaria necesidad o las delegaciones legislativas, levantando obstáculos a la moción de censura...

## 1.2. El Estado social de Derecho.

### A) Origen.

El Estado social de Derecho aparece en Europa tras la I Guerra Mundial, pero no queda perfectamente perfilado hasta después de la II Guerra Mundial.

Es una reacción frente al Estado liberal de Derecho del *laissez faire*. El nuevo Estado se configura por la convergencia, por una lado, del socialismo democrático y el movimiento obrero, cuyos planteamientos se plasmaron en la Constitución de Weimar de 1919 (en esta aparece por primera vez la expresión “Estado social de Derecho”, acuñada por H. Heller, en oposición al Estado liberal y al totalitarismo), y, por otro, del pensamiento liberal más progresista, de modo particular la obra del británico John MAYNARD KEYNES (1883-1946), que define las grandes líneas del *Welfare State* o estado del bienestar.

Si el Estado liberal fue el resultado de la lucha contra el absolutismo en nombre de la libertad, el nuevo Estado social surge para corregir los defectos del liberalismo, esencialmente el abstencionismo estatal y el individualismo, y para adaptar las estructuras políticas y jurídicas a las nuevas exigencias que impone el desarrollo técnico, social y económico.

El predominio de la libertad individual generó graves desigualdades sociales, que se pretenden corregir desde la formulación de una nueva variante del Estado de Derecho: el Estado social.

El nuevo Estado social pretende liberar al hombre, además del miedo a la opresión y a la tiranía, tal como había hecho el Estado liberal de Derecho, de la necesidad social, del hambre, de la miseria y de la incultura.

El Estado social de Derecho es una modalidad del Estado de Derecho, lo que significa que persisten los elementos configuradores del Estado de Derecho: imperio de la ley, garantía de derechos y libertades, división de poderes y sometimiento de la Administración pública al principio de legalidad.

El Estado social de Derecho pretende atender una serie de exigencias de justicia social sin renunciar a la defensa de las libertades indivi-

duales, desde una perspectiva que haga posible compatibilizar los principios de libertad y solidaridad.

Precisamente, este carácter derivado del Estado de Derecho, diferencia al Estado social de Derecho de las formas totalitarias de Estado, que también son estados sociales, pero en modo alguno son estados de Derecho.

El Estado social de Derecho persigue la incorporación de los derechos sociales a las Constituciones y la realización de la justicia social. Pretende, además de que se reconozcan formalmente los derechos fundamentales, que se puedan disfrutar plenamente determinados derechos económicos, sociales y culturales.

*B) Características del Estado social de Derecho.*

1. Es un Estado fundamentalmente intervencionista.

En el Estado del siglo XIX la intervención administrativa sólo estaba justificada para evitar problemas de desorden público y para actuar subsidiariamente cuando fallaba la iniciativa particular en orden a la satisfacción de una determinada necesidad pública (obras públicas, beneficencia, educación...).

El Estado social se preocupa por la igualdad material y no sólo formal de sus ciudadanos, y, por ello, incluye entre sus fines la realización de una serie de actividades en favor de los particulares. Esta intervención se produce frecuentemente en perjuicio del derecho subjetivo de libertad, que se verá constantemente afectado por medidas de policía, e inversamente en beneficio de los derechos públicos subjetivos de carácter cívico y social.

2. Es un Estado que se preocupa del bienestar social general.

La Administración se ve obligada a garantizar las prestaciones y servicios públicos necesarios para que puedan realizarse los derechos de carácter económico, social y cultural, que ahora se reconocen en pie de igualdad junto a los civiles y políticos. La Seguridad Social, los sistemas tributarios justos y distributivos de la riqueza, los sistemas laborales que protejan los intereses de los asalariados, el empleo metódico de la expropiación forzosa, la preocupación por la educación y el deporte, son piezas del Estado social.

La consecución de ciertos bienes y condiciones materiales de vida, como la educación, la sanidad, la seguridad social, la vivienda o el medio ambiente, no se realiza a través de la mecánica “oferta-demanda”, que el mercado es incapaz de atender satisfactoriamente, sino mediante servicios públicos de coste indivisible.

3. El ciudadano participa en la acción social y económica.

En este nuevo Estado el ciudadano no es sólo una persona integrada en un país política y jurídicamente, es también un ciudadano partícipe al que constitucionalmente se le reconoce su acceso a los bienes y derechos sociales, económicos y culturales. Ahora bien, de hecho, la complejidad técnica de las materias tiende a impedir o a dificultar la participación ciudadana.

4. Es un Estado en el que el Derecho asume el papel instrumental de ejercitar no sólo funciones protectoras y represivas, sino también promocionales y distributivas.

La función del Derecho público ya no se dirige hacia la pura defensa de la libertad y de la propiedad individuales, sino que se encauza también a la asistencia vital y a la procura existencial, esto es, a garantizar al individuo una existencia digna y a satisfacer sus necesidades vitales más elementales.

5. Es un Estado interventor de la actividad económica.

Este nuevo Estado procura alcanzar un ideal de “justicia social”, merced a la corrección de los desequilibrios socioeconómicos que crea el mercado entre personas, clases sociales o regiones.

El Estado social no espera a que el mercado autorregule su funcionamiento, sino que lo dirige él mismo. Respeta el mercado por ser un sistema económico más dinámico y productor de más riqueza, pero intenta la redistribución de la misma con criterios no estrictamente económicos, sino de justicia social, cuya demanda es incapaz de satisfacer el mercado.

El Estado social sustituye la aparente libre tendencia de la economía oligopolista por una planificación democrática de la economía en función del interés general de la sociedad. Planificación y economía democráticas que exigen participación: el orden económico y social ha de estar dirigido por órganos estatales en los que esté representada la vo-

luntad popular, debe orientarse a la igualdad y a la justicia y ésta, a su vez, referirse no solamente a los individuos, sino también a las relaciones entre grupos.

El Estado social no sólo es el árbitro, es también el consumidor, el empresario, el planificador, el ordenador y conformador de la sociedad.

6. Es un Estado burocrático.

La intervención del Estado en tantos órdenes de la vida conlleva la necesidad de un aparato organizativo burocrático lo suficientemente desarrollado para poder regular las complejas relaciones socioeconómicas. La Administración pública cobra un gran protagonismo en el Estado social.

La tecnificación y la burocracia traen consigo el poder influyente de una nueva casta: los técnicos y los funcionarios, poseedores de la “información” y encargados de la gestión administrativa.

*C) Crisis del Estado social.*

La crisis del Estado social europeo (y, por tanto, del Estado democrático y social) suele situarse en el último cuarto del siglo, a partir de 1973, con la crisis energética y económica.

En este período decrece la producción, aumenta el paro, aumentan los gastos de la Seguridad Social, disminuyen las prestaciones sociales con vistas a asegurar a todos un mínimo existencial...

Algunos efectos de esta crisis son:

a) El Parlamento se ve marginado de las decisiones económicas y de los pactos sociales más relevantes, y cuando interviene es más para ratificar tales decisiones que para modificarlas sustancialmente.

b) Los partidos políticos entran en una etapa de falta de identidad a manos del corporativismo, al querer incorporar a sus programas las nuevas y crecientes demandas de los más diversos cuerpos sociales.

c) Los sindicatos se ven desnaturalizados: de una parte, colaboran con el poder público disciplinando a los trabajadores; de otra, se ven desbordados por conflictos “salvajes”; por último, se ven escindidos entre los intereses de quienes tienen trabajo y quienes no lo tienen.

d) Hay ciertos rebrotes autoritarios que hacen temer que la crisis del Estado social arrastre la del Estado democrático de Derecho.

e) Se produce en los primeros años noventa una vuelta generalizada hacia el liberalismo económico, con motivo del relativo éxito de las políticas económicas británica y estadounidense para combatir la crisis, inspiradas por Margaret Thatcher y Ronald Reagan, respectivamente, si bien en el caso norteamericano el mandato del presidente demócrata William Clinton supuso un retorno hacia posiciones más proclives al Estado social, aunque luego rectificadas por George W. Bush. Esta vuelta al liberalismo se vio frenada en los años 97-98 por la llegada al poder del socialismo francés, el laborismo británico y la socialdemocracia alemana, junto con fuerzas ecologistas, abriéndose el paso a la denominada “tercera vía” entre el liberalismo conservador y el socialismo democrático. No obstante, la recesión económica en Alemania, Francia e Italia en los primeros años del siglo XXI vuelve a dar paso a planteamientos liberales con los que aliviar las pesadas cargas económicas que soportan los presupuestos públicos del Estado social (se habla del “déficit cero” para evitar que el Estado siga realizando gasto público por encima de las previsiones de ingresos). Al mismo tiempo, la globalización de la economía y del comercio mundiales avanza apoyada por los deseos de un cada vez mayor número de estados de levantar todas las barreras arancelarias establecidas y de suprimir gran parte de las subvenciones públicas a la producción económica.

f) Al socaire de esta ola neoliberal, asistimos a una recuperación del clásico principio de subsidiariedad: el sector público no debe asumir actividades que pueda desempeñar el sector privado; antes bien, debe centrarse en la investigación y en áreas estratégicas.

Los poderes públicos buscan ante todo la consolidación y el beneficio empresarial como motor de la economía. Se privatizan servicios rentables y, en cambio, el Estado se hace cargo de los sectores con pérdidas para su financiación socializada.

Este “neoliberalismo” limitado se practica, paradójicamente, en defensa del Estado social, para volver a él lo antes posible. Se dice que restringiendo las prestaciones sociales y liquidando empresas en crisis se libera el capital necesario para la reconversión y modernización de los sectores más productivos y generar así un beneficio empresarial que

pueda invertirse, generar nuevo empleo y hacer crecer las prestaciones sociales, con lo que pronto volverá a aflorar el Estado de bienestar.

## 2. OTRAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESTADO.

### A) *El Estado totalitario.*

La expresión Estado totalitario fue utilizada por el fascismo y el nacionalsocialismo para subrayar su novedad política y se aplicó, a partir de 1937, al régimen soviético y, por extensión, a los regímenes marxista-leninistas, aun cuando éstos rechazaran oficialmente esta denominación.

El origen de la expresión “totalitario” proviene de la idea de crear un Estado que se ocupe de todo, y no sólo de los intereses generales: es el Estado intervencionista por antonomasia.

Benito Mussolini (1883-1945) aclaró esta idea totalizadora: “Para el fascista todo es en el Estado y nada fuera del Estado. En tal sentido el fascismo es totalitario, y el Estado fascista, síntesis y unidad de todo valor, interpreta, desenvuelve y potencia la vida del pueblo”.

Son caracteres de los Estados totalitarios:

a) La sumisión del individuo al quehacer colectivo.

Mientras el Estado liberal reconoce al individuo derechos personalísimos ajenos al poder estatal, el Estado totalitario parte de la sumisión del individuo y de su vida personal al Estado, porque existe un valor colectivo superior al personal: la clase en el marxismo-leninismo, la raza o etnia en el nacionalsocialismo o el espíritu de un pueblo en el fascismo. El individuo queda encuadrado en una colectividad superior a la que pertenece, a la que se debe y en cuyo interior su vida cobra sentido: una clase, una nación o una raza. Al final, la vida del ser humano no es suya, sino del grupo al que pertenece, cuya existencia (la del grupo) es más importante que la del hombre que la integra hasta el punto de que nada impide el sacrificio deliberado de miles de ellos en beneficio del conjunto.

b) El ideal de deber.

Como consecuencia de lo anterior, frente a la idea de “derechos” del Estado liberal, el Estado totalitario refuerza la idea de “deber” para con el grupo al que se pertenece.

c) La ideología oficial omnicompreensiva.

Frente a las ideas de libertad de pensamiento y de acción, de servicio e individualismo, propias del Estado liberal, el Estado totalitario preconiza una ideología omnicompreensiva, que es la oficial del Estado, apoyada en lemas simplistas, niega los derechos de libertad individuales y colectivos y preconiza la sumisión de todo hombre a una colectividad suprapersonal (raza, nación, el Estado mismo o clase). Para ello, emplea la propaganda (cuyo máximo exponente fue el ministro de Propaganda e Instrucción Pública del régimen nazi, Joseph Paul Goebbels), la policía secreta (ejemplos claros fueron la *Gestapo*, la *Checa* y la KGB soviéticas, o la *Stasi* de la República Democrática Alemana), el recurso al terror, la eliminación física del contrario como medio de supresión de eventuales oposiciones a través de los campos de concentración y de los *gulags*, y, en su grado extremo de paranoia, la aniquilación total, mediante campos de exterminio *ad hoc*, de millones de seres humanos a los que se califica de subhumanos o esclavos (judíos, eslavos...)

d) El partido único.

Frente al pluralismo político del Estado democrático, el Estado totalitario habla del partido único (el partido fascista, el alemán NSPDA y el partido comunista) y de una organización subsidiaria que mantienen a la sociedad en una situación de movilización permanente. Si para el fascismo el partido está al servicio del Estado, para el nacionalsocialismo el partido está por encima de la organización burocrática estatal, y ello porque el nazismo concibe el Estado como un instrumento al servicio del partido y del pueblo alemán. Algo análogo ocurre con el marxismo-leninismo, en el que el Partido Comunista ejerce la dirección suprema del Estado, como si del órgano superior de éste se tratase.

e) La concentración del poder en un sólo órgano.

Si el Estado liberal mantiene la separación de poderes, el Estado totalitario concentra el poder en el órgano que encabeza el partido. A tal órgano supremo se subordinan los demás poderes, sea un líder (como el *Führer* del nazismo o el *Duce* del fascismo) o una élite restringida (el partido comunista).

f) El Estado como provocador de conflictos sociales.

Si el Estado social y democrático media entre los grupos, pretende resolver conflictos sociales y, en definitiva, velar por una convivencia pacífica en donde todas las personas puedan integrarse y defender libremente su pensamiento y modo de vida, el Estado totalitario se encarga de provocar y excitar los conflictos y de crear la imagen de un Estado en pie de guerra o en revolución permanente contra los enemigos de la colectividad. Su política se convierte en una guerra continua en la que todo se juega a una carta: o nuestra aniquilación o la del contrario.

B) *La dictadura.*

Es el gobierno provisional que surge en un periodo de crisis y que representa una ruptura de las reglas institucionales propias del régimen precedente.

El poder se concentra temporalmente en un hombre o en un grupo con el fin de salvar al Estado de una situación de crisis. Se suspende o se deroga el régimen jurídico hasta entonces vigente y se niegan las libertades públicas propias del Estado liberal.

En cuanto solución provisional, no puede definirse como forma de Estado. Un ejemplo en España lo constituyó la dictadura de Primo de Rivera (1923-1931).

C) *El Estado tradicionalista.*

Comprende tanto las formas oligárquicas como los sultanatos y monarquías. Se trata de Estados en los que se concentra el poder soberano en órganos unipersonales o en oligarquías, con una sociedad civil atrasada y despolitizada y sin partidos políticos modernos. A menudo son Estados teocráticos, en los que el Rey o Jefe de Estado es, además, el jefe religioso. Frente a ellos está la masa de súbditos, privada de derechos políticos, cuyas exigencias se dejan a la estimación discrecional del poder estatal.

Ejemplos de esta forma son o han sido Arabia Saudita, Kuwait, Emirato del Golfo Pérsico, Irán en la dinastía Pahlevi (desaparecida en 1979).

*D) El Estado autoritario.*

Se caracteriza por el pluralismo político y pluripartidismo o por el partido único y por una baja movilización e influencia limitada de la ideología oficial, en tanto que prevalece el papel de un líder nacional y, a veces, de una élite restringida. Esta élite gobernante prescinde de la pretensión de imponer a la sociedad un modelo propio y se limita a mantener situaciones de poder preconstituidas, luchando contra la instauración de un Estado liberal o marxista-leninista.

Como subtipo, se encuentra el régimen burocrático-militar, en el que el poder corresponde a una elite de burócratas y militares, y, más recientemente, de tecnócratas. Ejemplos característicos fueron el régimen chileno de Pinochet (1973-1990), la dictadura militar argentina (1976-1983) o el régimen iraquí del partido Baas con Saddam Hussein a la cabeza (1968-2003).

*E) El Estado fundamentalista islámico.*

Surge con la caída del sha Reza Palevi y la proclamación de la República Islámica de Irán en 1979. Se trata de una nueva modalidad de Estado totalitario. La confusión entre el poder religioso y el político es absoluta. La Constitución islámica se subordina al Corán y a la voluntad de los líderes religiosos. Los derechos fundamentales y las libertades públicas más elementales se ven negados y sustituidos por los deberes para con la religión islámica. Sólo caben los partidos o grupos políticos de corte religioso identificados con el régimen. Y el país entero sigue los postulados del líder religioso (*ayatollah*). El odio hacia las formas occidentales de vida se manifiesta con toda su crudeza y violencia.

Otro ejemplo de este totalitarismo integrista puede verse en el régimen talibán que dirigió Afganistán desde la salida del país de las tropas soviéticas hasta la invasión estadounidense en 2001.

CAPÍTULO IV

**ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y  
ORGANIZACIÓN DEL ESTADO**

*SUMARIO: 1. Los elementos del Estado: territorio, población y poder.- 2. El Estado unitario y el Estado federal.- 3. Las formas de gobierno del Estado democrático.*

**1. LOS ELEMENTOS DEL ESTADO: TERRITORIO,  
POBLACIÓN Y PODER.**

La doctrina científica ha fijado en tres los elementos necesarios para que se constituya un Estado: el territorio, la población y el poder.

El Estado, cualquier Estado, para que exista, ha de tener una base física o territorio, una población o Pueblo que se concrete en una Nación y un poder que ostente la nota de soberanía.

*A) El territorio.*

El territorio es el elemento físico que simboliza la duración y permanencia del Estado, ya que los individuos varían y desaparecen, pero el territorio subsiste. Es el soporte material sobre el que el Estado ejerce su acción.

El territorio es, además, un elemento necesario para que el Estado exista. No pueden existir Estados sin territorio. Un ejemplo de pueblo sin territorio son los pueblos nómadas, que no constituyen Estado; o el pueblo judío, durante casi dos mil años repartido en una diáspora por todo el mundo; o durante el último medio siglo, los palestinos, que constituyeron una comunidad nacional con organización política, pero que carecían de un territorio propio y necesario para ser Estado.

El territorio no se limita al suelo propiamente dicho, enmarcado en unas fronteras, sino que abarca también el subsuelo (una forma cónica que va desde el suelo hasta el centro de la tierra); las aguas interiores (sean marítimas, como los puertos de mar, las radas y bahías y las desembocaduras de los ríos; o no marítimas, como los ríos y los lagos); la zona de mar territorial y su subsuelo; el espacio aéreo...

Las funciones del territorio son dos: Una, positiva o interna, que consiste en que se someten al Estado todas las personas, animales o cosas que se hallan en su territorio. Y otra, negativa o internacional, que supone el derecho del Estado a excluir a cualquier otro Estado que invada ese territorio y el poder de efectuar intervenciones dentro del territorio propio.

Las características jurídicas del territorio son tres:

a) Unidad: el territorio es único e indivisible, y así se proclama en las Constituciones contemporáneas (tal y como puede verse en el art. 2 CE).

b) Impenetrabilidad o exclusividad: el Estado puede expulsar a las potencias extranjeras que penetren en su territorio (como dispone el art. 8 CE).

c) Inalienabilidad: el territorio no puede ser cedido o vendido.

#### *B) Pueblo y Nación.*

Todo Estado se organiza sobre un grupo humano, al que se denomina “pueblo” o “población”. Es, por tanto, el elemento humano del Estado sobre el que éste ejerce su acción.

La palabra “pueblo” es confusa, porque tiene múltiples significados: Unas veces se identifica con la clase social más numerosa y modesta. Otras, se habla del pueblo como “clase trabajadora”, por ejem-

plo, en las Constituciones socialistas. En otras ocasiones, se identifica con el cuerpo electoral que vota, o con la opinión pública. En otras, “pueblo” es algo opuesto al Monarca y a la aristocracia, el factor de donde nace el poder soberano, y así se dice que la soberanía reside en el pueblo. Incluso, se ha identificado “pueblo” con “municipio”, como ocurrió en la Constitución de 1812...

Esta confusión de significados ha dado lugar a que se sustituyera el término “pueblo” por otro que defendiera, de modo unitario, el elemento humano del Estado, y así, se ha diseñado la voz “nación”.

La voz “nación” proviene del latín *natio*, que a su vez procede del verbo *nascor* (nacer). *Natio* indica un origen común o una relación de procedencia.

Históricamente, se ha fijado el origen del término Nación en la vida medieval de la Universidad de París, donde, como en los concilios, los estudiantes se agrupaban por razón de su procedencia. Un grupo de estudiantes de origen común era una “nación”.

La idea de “Nación” se expandió por Europa con la Revolución francesa, para designar a una persona moral o ente distinto y superior a los individuos que lo integran.

Alcanza un significado importantísimo en el siglo XIX, en pleno romanticismo y nacionalismo, cuando aparece el “principio de las nacionalidades”, formulado por el italiano Mancini, según el cual “toda Nación tiene derecho a convertirse en un Estado”, y que sirvió para justificar la constitución de Italia y Alemania y la independencia de Polonia, Irlanda o Finlandia, entre otros territorios.

Después de la II Guerra Mundial se formula el derecho de autodeterminación de los pueblos, reconocido en la Carta de las Naciones Unidas (arts. 1.2 y siguientes) y en los Pactos sobre Protección Internacional de los Derechos del Hombre. Este derecho, apoyado por la ONU en los procesos de descolonización, se perfila como el derecho de los “pueblos” a su libre determinación, pero sin precisar el concepto de “pueblo”, ni las consecuencias de este derecho (si es la secesión o la autonomía). Esta ambigüedad ha llevado a la doctrina a solicitar una regulación jurídica más detallada, en especial en el orden procedimental, para que sea posible su aplicación en forma general y objetiva. Así, ha

adquirido una especial trascendencia la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá sobre el derecho a la autodeterminación de Quebec, en donde se indican reglas formales para ejercer este derecho.

En la actualidad, y sobre todo en Europa, ha surgido un nuevo movimiento nacionalista que, a partir de las diferentes comunidades y regiones existentes dentro de cada Estado miembro, pretende crear una Europa de los Pueblos o de las Regiones, una Federación europea de regiones, como alternativa a la actual Unión Europea de los estados.

En cualquier caso, es difícil saber cuándo estamos ante una Nación. No existe un único factor característico de la Nación. Se ha intentado buscar un elemento determinante cuya presencia permita detectar su existencia. De este modo, se ha hablado de las fronteras naturales y de una demarcación geográfica adecuada, de una raza o etnia, del idioma, de la religión, de una cultura común... Pero, en definitiva, no hay un rasgo único y suficiente por sí solo para caracterizar la Nación. Hoy en día cobra fuerza la teoría de que lo que distingue una Nación es la voluntad de las personas que integran un grupo territorial de vivir en una determinada comunidad política con una capacidad elevada de autogobierno y que dicha comunidad tenga reconocido el derecho a formar un Estado.

Conviene aclarar el alcance de tres expresiones que emplea de forma no muy afortunada la Constitución española en su art. 2. Son los conceptos de “patria”, “nacionalidad” y “región”.

El concepto de *patria* no es un concepto jurídico ni político, sino moral y sentimental. Significa literalmente la “tierra de los padres” y no puede identificarse con la noción de Estado, como pretende el art. 2 de la Constitución, pues siempre subsiste el sentimiento patriótico hacia las agrupaciones menores, locales o regionales, y, además, es perfectamente compatible que una persona sienta el patriotismo en dos Estados a la vez, pues el amor hacia la tierra de los antepasados no se detiene en fronteras estatales.

La *nacionalidad* es el vínculo jurídico que une a una persona con el Estado. A partir de este concepto, se puede afirmar que quien no es “nacional” de un Estado, es “extranjero”. Por eso, no se comprende bien por qué se utilizó esta expresión en el art. 2 de la Constitución. Más lógico parece que hubiera sido emplear la voz “nación” (pero el

constituyente sólo quiso reservar esta expresión a la Nación española), o, alternativamente, la voz de “región”, que, al menos, evoca su pertenencia e integración en una unidad nacional mayor.

La *región* se muestra en la Constitución como una entidad natural, no política, diferenciada de las organizaciones político-administrativas (éstas son las Comunidades Autónomas o las provincias). Es una unidad natural, perteneciente al Estado español y que tiene derecho a acceder a la autonomía política. Por lo tanto, es una unidad cultural, previa a la organización política en que, finalmente, desemboca.

C) *El Poder y la soberanía.*

El tercer elemento del Estado es el Poder. Salvo alguna posición anarquista, ninguna doctrina concibe la posibilidad de un Estado sin este elemento.

El “poder”, en su significado gramatical, es la facultad que un sujeto tiene para mandar o ejercitar una cosa, y, además, para lograr ser obedecido, bien sea por persuasión, temor o aceptación de su superioridad.

El “poder político” se caracteriza por ser un poder *organizado* y coactivo, que se puede imponer por la fuerza o mediante la intimidación de un daño sobre la vida, la propiedad o la libertad de los hombres.

Como manifestación más específica del “poder político”, está el poder del Estado. El poder del Estado se identifica por las siguientes notas:

a) Es público, no es un poder personal, sino de la colectividad y para la colectividad, dirigido a satisfacer las necesidades de ésta.

b) Es jurídico, realizado a través de los imperativos de la ley y de la coacción jurídica. No es un poder religioso, como el de la Iglesia o el de otras organizaciones políticas; ni económico, basado en la propiedad de bienes, como en el régimen feudal; ni tampoco es fiscal, al no perseguir fines de lucro.

c) Es temporal, se ocupa de los problemas colectivos de los hombres y no de los aspectos que pertenecen a la conciencia del individuo.

d) Es civil, no militar, toda su organización principal está pensada para épocas de paz. No obstante, existe en su seno una organización del Ejército diseñada para la función bélica.

e) Es centralizador, absorbente, de forma que va agregando poderes de otros órganos (municipios, Estados miembros de la federación o confederación). El Estado tiende a la unidad del poder.

f) Es soberano, no admite superior en el orden interno, ni influencias en sus decisiones hacia el exterior.

La nota característica del poder del Estado es su soberanía. La historia de la soberanía es la historia misma del Estado, y la crisis de este elemento, la crisis del Estado como organización política.

Los orígenes de la soberanía se remontan al siglo XIII, cuando la idea del Estado como comunidad política comienza a configurarse a partir de la condensación de los poderes medievales dispersos, que se unifican en el monarca, quien no reconoce superior.

El poder del monarca se proyecta en una doble dirección: hacia el orden político interno, en donde es superior al de los poderes feudales; y hacia el exterior, en las relaciones de lo que empieza a ser la comunidad internacional, y frente al poder del Pontífice, del que se desvincula.

Más tarde, las teorías democráticas sustentadas en las ideas de Montesquieu y Rousseau desplazan la soberanía del monarca al Pueblo: es el inicio de la doctrina de la soberanía popular. Lo curioso de esta teoría es que la soberanía no se atribuye a una colectividad llamada “pueblo”, sino que se asigna a cada individuo, a cada concreto ciudadano miembro de la colectividad.

Frente a esta concepción subjetiva de la soberanía, comienza, con posterioridad, a defenderse una concepción objetiva, que atribuye el poder soberano a la Nación (soberanía nacional) y, por extensión, al Estado, que es quien lo representa.

Con la instauración del Estado liberal constitucional ya no se concibe la soberanía como un poder absoluto del Estado, sino como un poder limitado o relativo.

Los límites de la soberanía son:

a) Los derechos de la personalidad individual, tales como la libertad y la dignidad humana, que pertenecen al individuo y que, en cuanto no interesen a los fines del Estado, deben quedar fuera del poder de éste.

b) Las agrupaciones humanas naturales distintas del Estado, que viven con su propio ordenamiento diferente del estatal, tales como la familia, el municipio, las asociaciones profesionales o las organizaciones religiosas con actividades supranacionales (por ejemplo, la Iglesia Católica).

c) El Derecho internacional y la soberanía de otros Estados. La necesidad de que exista un Derecho Internacional y de que el mismo se respete, lleva a que los Estados se sometan a ese orden jurídico. Un ejemplo claro puede buscarse en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que limita el derecho de guerra, algo hasta ahora reservado en exclusiva a la soberanía de cada Estado.

d) El sometimiento del Estado al Derecho, de modo que el poder político se ve obligado a realizar toda su actividad con sujeción al Derecho.

La crisis final de la soberanía se localiza en nuestros días, cuando el Estado comienza a verse desbordado por nuevas formas y nuevos principios de organización política. El Estado se ve atrapado entre varios frentes: en el orden interno, las regiones y las administraciones locales asumen parte de sus funciones antaño monopolizadas y reclaman más poder competencial; en el orden internacional, las comunidades supranacionales (la Unión Europea en particular), las Federaciones de Estados o las Confederaciones (CEI), la Organización de las Naciones Unidas (con su papel arbitral y judicial en las guerras y, más recientemente, con el tribunal penal internacional) y las grandes multinacionales mercantiles que operan por encima de los límites territoriales del Estado, así como las oscilaciones económicas que agitan el panorama internacional, demuestran el actual carácter limitado y relativo del poder soberano del Estado.

## **2. EL ESTADO UNITARIO Y EL ESTADO FEDERAL.**

Desde un punto de vista jurídico, el Estado reviste básicamente dos formas en la actualidad: el Estado unitario y el Estado federal. Algunos autores se refieren a un tercer tipo de Estado, el llamado Estado regional, pero éste no es más que una variación del unitario.

Cierto es que hoy gana fuerza la clasificación de los Estados en dos tipos: el Estado complejo y el Estado unitario o simple, según se estructure interiormente en organizaciones descentralizadas con competencias políticas o no admita éstas. El Estado complejo comprendería lo que conocemos hoy como Estados federales, regionales, integral o autonómico, siendo irrelevantes estas denominaciones, puesto que, en muchos casos, regiones de un Estado autonómico gozan de un techo competencial más alto incluso que el que disfrutaban los estados federados en la forma federal.

No obstante, mantendremos la teoría clásica de organización territorial de los Estados.

*A) El Estado unitario.*

El Estado unitario se apoya sobre una comunidad más o menos homogénea y consistente, pudiendo abarcar varias naciones y comunidades, de tal manera que no es posible distinguir en él partes internas que merezcan por sí mismas el nombre de Estado.

Pueden distinguirse dos modalidades diferentes de Estado unitario: el Estado unitario centralizado y el Estado unitario descentralizado.

a) El Estado unitario centralizado supone un Estado en el que toda la actividad pública procede de un poder central único. Es decir, es un Estado donde sólo existe un centro de decisión política.

b) El Estado unitario descentralizado es aquél en que se reconoce a determinadas entidades territoriales la facultad de administrarse por sus propios órganos nombrados por ellas mismas, que expresan su voluntad y no la del Estado, aunque éste siempre ejerce algún tipo de tutela o de control.

El Estado unitario descentralizado tiene dos vertientes distintas: la descentralización puramente administrativa y la descentralización política.

– La descentralización puramente administrativa es hoy por hoy la más generalizada en el marco de los Estados unitarios, aunque el grado de dicha descentralización varíe de unos Estados a otros. Formalmente, opera a través de los municipios y departamentos, provincias o entidades locales semejantes.

– La descentralización política supone un paso más, al conceder a los entes descentralizados la potestad legislativa o de dictar leyes para regular determinadas competencias transferidas por el poder central. Éste es el que se conoce como Estado regional, integral o autonómico. Ejemplos de este Estado son la Constitución española de la II República, la vigente Constitución italiana y la Constitución española de 1978.

*B) El Estado federal.*

*a) Concepto.*

Se trata de un Estado en el que un Estado central (una suerte de superestado) se superpone a los estados miembros. Es decir, el Estado federal es un Estado de Estados, en donde la soberanía corresponde al Estado central o federación, aun cuando originariamente proviniera de los actuales estados miembros.

Históricamente, suele fijarse la aparición del Estado federal en la Constitución norteamericana de 1787, como consecuencia de las dos posturas contrapuestas entre los partidarios del Estado unitario y los que preferían el mantenimiento de la Confederación.

Posteriormente, el modelo federal ha ido extendiéndose por el mundo, y Estados tan diferentes como Suiza, Alemania o Venezuela son Estados federales.

*b) Formas de aparición*

La aparición del Estado federal en el mundo político ha seguido fundamentalmente dos vías distintas y contrapuestas: la asociación entre Estados y la descentralización de un Estado centralizado.

Surge un Estado federal por asociación cuando dos o más Estados independientes tienen intereses comunes y sienten la necesidad de unirse, creando una entidad superior (la Federación), a la que transfieren poderes y funciones que hasta entonces habían ejercido cada uno de ellos. Un ejemplo de este camino lo constituyen los Estados Unidos de América.

Por su lado, el federalismo descentralizador surge cuando un Estado unitario se propone conceder la máxima autonomía a los grupos o entidades territoriales que lo componen, transfiriéndoles competencias

que en lo sucesivo ejercerán como propias. Así ha sucedido en los casos de la India, Brasil o, con algunas matizaciones, de Bélgica.

*c) Son características del Estado federal:*

1. La existencia de una Constitución del Estado federal y de tantas constituciones como Estados miembros.

La Constitución del Estado federal garantiza los derechos tanto de los individuos como de los Estados miembros, y es límite y exigencia para las constituciones de los Estados miembros, pues deben ajustarse al contenido de la Constitución federal, prevaleciendo ésta en caso de discrepancia. En la revisión de la Constitución federal participan los Estados miembros.

2. Delimitación de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros.

Esta delimitación se realiza por la Constitución federal y puede hacerse de dos maneras: a) la más usual, es aquélla en que se determinan las competencias que corresponden al Estado federal y todo lo demás es competencia de los Estados miembros (cláusula residual); y b) la más excepcional, consiste en determinar las competencias compartidas, especificando en qué grado están compartidas.

3. El bicameralismo parlamentario.

El bicameralismo federal supone que una Cámara representa a los ciudadanos y se elige en proporción a la población de cada Estado miembro. En cambio, la segunda Cámara representa a los Estados miembros, pudiendo ser esta representación de dos formas: bien mediante un número igual de representantes con independencia del mayor o menor número de habitantes de cada Estado miembro, tal y como ocurre en Estados Unidos y Suiza donde a cada Estado o Cantón, respectivamente, le corresponden dos representantes; bien introduciendo una cierta atenuación para evitar excesivas desigualdades en la representación, como ocurre en la República Federal Alemana o como sucedía en la antigua Unión Soviética.

4. La existencia de un Tribunal Federal.

La finalidad de este Tribunal es el conocimiento y resolución, por la vía judicial (que no diplomática, ni administrativa) de todas las cuestiones que puedan surgir bien entre el Estado federal y los Estados

miembros o de éstos entre sí. En ocasiones a este Tribunal se le atribuyen otras competencias, principalmente el control de la constitucionalidad de las leyes.

*d) Situación actual.*

La situación presente del federalismo aparece hoy como un tema controvertido. Si, por un lado, se asiste en algunos Estados federales a un lento proceso de centralización política –tendencia más acusada después de la II Guerra Mundial, pero, en cualquier caso, existente todavía–, los Estados unitarios registran, por otro lado, un acentuado proceso de descentralización política. Pensemos, por ejemplo, en la reforma de la Constitución belga, en la actitud favorable del Estado francés hacia las autonomías periféricas, en los procesos de devolución de poderes a Escocia y Gales, en las autonomías italianas o en el propio proceso autonómico de la Constitución española de 1978. Ahora bien, este panorama, al menos en el marco europeo, aparece a su vez combinado con la aparición del llamado “federalismo internacional” cuyo paradigma es, sin duda, la Unión Europea, que ya cuenta con su primer proyecto de una llamada “Constitución” y con un parlamento propio elegido por sufragio universal.

En última instancia, todos estos aspectos no son más que manifestaciones de la crisis del Estado. Los procesos políticos manifiestan una quiebra del Estado –en su concepción clásica– como instrumento de convivencia política y parecen apuntar a una nueva fórmula donde la descentralización interna, a partir de las realidades nacionales, se manifiesta compatible con ese progresivo federalismo internacional.

*C) La Confederación de Estados.*

La Confederación no es otra cosa que una relación entre Estados independientes para la consecución de fines comunes, sin constituir un super-Estado, esto es, una estructura política común.

Las diferencias más importantes que existen entre Estado Federal y Confederación son las siguientes:

a) La Confederación supone una mera coordinación interestatal para administrar en común determinados asuntos, mientras que el Estado federal –por encima de los Estados miembros– realiza una unidad estatal distinta.

b) La Confederación tiene una organización simplemente limitada a una Dieta o Asamblea en la que se discuten y resuelven los asuntos comunes -la Dieta, por tanto, no es un órgano estatal, sino una especie de conferencia internacional-. En cambio, el Estado federal tiene órganos constitucionales a través de los cuales expresa su voluntad.

c) La Confederación no tiene potestad estatal propia, ni un territorio confederal, ni unos ciudadanos “confederales”, mientras que un Estado federal, como Estado que es, reúne los tres elementos esenciales.

d) La Confederación supone que la soberanía continúa en los Estados confederados, mientras que el Estado federal es el titular de la soberanía de manera exclusiva.

La Confederación ha aparecido históricamente como una entidad inestable o poco menos que provisional o transitoria, pues normalmente se disolvió cuando quedaron cumplidos los fines para cuya realización se constituyó, o bien se convirtió en Federación al advertirse la insuficiencia del marco jurídico confederal.

Estados Unidos fue transitoriamente una Confederación desde 1778 hasta 1787 y desde esta última fecha hasta nuestros días ha sido ya un Estado Federal. Suiza tuvo una lenta y peculiar estructura confederal hasta 1848, fecha en que se aprobó su Constitución federal. Con todo, el tradicionalismo suizo ha hecho que el nombre oficial de su Estado siga siendo el de Confederación Helvética, aunque jurídicamente es un Estado federal.

### **3. LAS FORMAS DE GOBIERNO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO.**

#### *A) Concepto de forma de gobierno.*

Suele confundirse “forma de gobierno” con “forma de Estado”. Forma de gobierno significa dos cosas: El modo en que se organiza la suprema magistratura del Estado, y que puede ser monarquía o república, y el régimen de relación entre poderes constitucionales, que admite tres grandes grupos: el parlamentarismo, el presidencialismo y el régimen directorial.

Por su parte, forma de Estado se refiere al modo en que se organiza globalmente el Estado como tal: Estado soberano o semisoberano, Estado unitario o federal, Estado de Derecho o Estado autoritario o totalitario, Estado religioso o aconfesional...

*B) Clases de formas de gobierno.*

Una concepción ya superada reducía las formas de gobierno a dos: monarquía y república, según el carácter hereditario o electivo del Jefe del Estado como titular del poder soberano.

Con la consolidación del constitucionalismo y el Estado liberal, se fueron limitando progresivamente los poderes del monarca hasta convertir en irrelevante esta vieja contraposición.

Según el modo de configurar las relaciones entre los órganos constitucionales básicos, se distinguen tres tipos de formas de gobierno:

a) Parlamentaria.

Corresponde al Parlamento el ejercicio de la función legislativa, en tanto que al Gobierno la función ejecutiva y de orientación política. Presupone una separación flexible entre ambos poderes, con un régimen de colaboración entre los dos, y de igualdad teórica y equilibrio del poder legislativo con el ejecutivo, con predominio de aquél sobre el judicial. Presenta dos requisitos:

- El Gobierno se forma por el partido que tiene mayoría en la Cámara popular, ante la cual responde políticamente, pues ha de contar con su confianza, y si no cuenta con ésta debe dimitir, y
- El Gobierno puede, a su vez, disolver el Parlamento.

En la Monarquía parlamentaria (Inglaterra, España, Bélgica, Holanda, Suecia...), el Rey no conserva ningún poder de decisión., ya que el centro de las decisiones ha pasado al Parlamento y, a través de éste, al Gobierno. Es la adaptación de la monarquía a la democracia, en la que se esfuma toda intervención personal del Rey. Corresponde al Parlamento designar al Gobierno, que son responsables políticamente ante el Parlamento. Se resume en la frase de “el Rey reina, pero no gobierna”. El Rey no tiene poderes; es un poder neutro, superior a los partidismos. En el Rey queda la *auctoritas*, el prestigio apoyado en la continuidad, y que se liga con la tradición y con la permanencia.

La República parlamentaria se basa en la monarquía parlamentaria. Aquí, el Presidente designa al Gobierno entre el partido con más apoyo en la Cámara (Alemania, Francia, Italia).

b) Presidencial.

Hay una separación rígida entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, personificado este último en un presidente elegido en forma plebiscitaria, con un mandato determinado y que es, simultáneamente, el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno. No se tocan ambos poderes. En Estados Unidos, el Presidente asume personalmente la tarea ejecutiva; sus Ministros son auxiliares que le ayudan; no hay Gobierno como tal, ni responsabilidad política de los Secretarios ante el Congreso federal. Éste no puede ser disuelto por el Presidente, ni las Cámaras pueden remover al Presidente. El Jefe del Estado no tiene iniciativa legislativa, función que corresponde sólo al Parlamento. Hay una independencia del Ejecutivo respecto al Legislativo.

c) Directorial o de Asamblea.

Deriva de la Constitución francesa del año III y se aplicó en Suiza con las Constituciones de 1848 y 1874. Establece la separación entre el poder legislativo y un poder ejecutivo colegiado (llamado Directorio), elegido por cierto tiempo. Los ministros acuden a las cámaras, pero no son responsables ante ellas, y un hipotético voto de censura no acarrea su dimisión. Nombrados por un cierto plazo, representan tendencias políticas distintas y sin la pasión política que domina el régimen parlamentario. Se compara este órgano colegiado con un consejo de administración de una sociedad anónima, cuyos miembros se caracterizan más por sus servicios y pericia que por otras consideraciones, estando sometidos a los dictados de la asamblea, cuyas inspiraciones han de seguir y traducir en hechos. El legislativo asume la suprema función rectora y el ejecutivo, desdibujado y subalterno, vive supeditado a los mandatos de las asambleas, sin posibilidad viable de autonomía o resistencia. El sistema huye de cualquier personificación del poder propia del sistema presidencialista: el presidente del consejo es uno de los ministros elegido para aquella función por la asamblea, con mandato determinado, con posibilidad de reelección y encargado de preparar el trabajo, dirigir las reuniones y representar al Estado. Se distingue del parlamentarismo, porque el órgano ejecutivo no puede ser derribado políticamente por la acción del Parlamento.

TÍTULO TERCERO  
EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL



## CAPÍTULO V

### EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

*SUMARIO: 1. Hitos más significativos en la evolución histórica del constitucionalismo español.- 2. Las Constituciones españolas del siglo XIX.- 3. Crisis del Estado liberal y la Constitución de 1931.- 4. El régimen autoritario.*

#### 1. HITOS MÁS SIGNIFICATIVOS EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

El conocimiento de la historia constitucional española aconseja aproximarnos, con un alcance meramente recordatorio, a los principales hechos y sucesos que han caracterizado el desarrollo político de los siglos XIX y XX en España. Es durante este acontecer histórico cuando se producen las diversas intentonas constitucionalistas.

##### *A) La invasión napoleónica. El origen del liberalismo español.*

A inicios de 1808 la forma política de España es la de un Estado absolutista. En marzo de ese año estalla el motín popular de Aranjuez contra Godoy, lo que provoca que el rey Carlos IV abdique en favor de su hijo Fernando VII.

Al acecho de esta situación se encuentra el emperador francés Napoleón I, partidario acérrimo de extender por Europa el ideario de la revolución liberal, quien aprovecha la ocasión para hacer cruzar los Pirineos a su ejército y ocupar el trono español sin resistencia. Napoleón convoca a la familia real en Bayona, donde hace abdicar a Carlos IV y a Fernando VII en favor de José Bonaparte, hermano de Napoleón. En tal estado de cosas, Napoleón convoca en Bayona una Asamblea o Junta Nacional, compuesta de cincuenta diputados de los tres brazos (nobleza, clero y estado llano) y de otros sectores, pero a la que sólo acuden sesenta y cinco personas, la mayoría nobles. Esta Asamblea aprueba el proyecto de Constitución presentado por Napoleón, que será conocido como el Estatuto de Bayona. José Bonaparte jura la nueva Constitución y es proclamado Rey de España, trasladándose a Madrid.

En 1812, después de la derrota del ejército francés en Bailén, José Bonaparte abandona Madrid. Diversas juntas locales y provinciales, de elección popular y opuestas a la invasión napoleónica, crean una Junta Suprema Central, que asume la soberanía nacional. El ejército francés empuja a la Junta Central hasta Sevilla y de aquí a Cádiz, donde ésta nombra una regencia y se disuelve. La regencia convoca unas Cortes constituyentes, con composición mayoritariamente liberal, que se definen como representantes de la soberanía nacional. Las Cortes redactan la Constitución de 19 de marzo de 1812, de carácter liberal avanzado, pero que no llega a tener vigencia efectiva.

*B) El reinado de Fernando VII el Deseado (1814-1833).*

Expulsado el ejército invasor y derrotado Napoleón en Europa, regresa a España en 1814 Fernando VII el Deseado. A su retorno, le espera un grupo de diputados disidentes de Cádiz, de talante proclive al Estado absoluto, y le presentan el denominado “Manifiesto de los Persas”, discrepando de la Constitución de 1812.

Con el apoyo del ejército, Fernando VII dicta el Decreto de 4 de mayo de 1814, por el que declara nula la Constitución de 1812. Tiene lugar, de este manera, la primera ruptura constitucional y un intento de volver al Antiguo Régimen absolutista.

El golpe de estado inicia la contrarrevolución, pero ésta no triunfa del todo. La burguesía económica quiere libertad de comercio sin tra-

bas. En 1816 termina la persecución política, adoptando el régimen unos tintes de comportamiento un tanto más suaves.

En 1820, el teniente coronel Riego, apoyado por grupos masones (liberales) del ejército, se levanta en Cabezas de San Juan (Sevilla) y proclama la vigencia de la Constitución de 1812. Ante la indiferencia del pueblo, triunfa el levantamiento. Fernando VII se ve obligado a jurar la Constitución de 1812 y a seguir su marcha por la senda constitucional. Pero el triunfo liberal se ve mal en parte de la Europa conservadora, donde se cree que puede existir la tentación de imitarse el novedoso texto constitucional de 1812. Estos Estados conservadores, de acuerdo con Fernando VII, envían un ejército, el denominado los “Cien Mil hijos de San Luis”, que ocupa el país ante la pasividad del pueblo, que no se opone ahora a la invasión extranjera, y termina con el trienio liberal (1820-1823).

Fernando VII vuelve a declarar nula la Constitución, restaura el absolutismo (a diferencia del resto de Europa) e inicia una represión sangrienta.

Comienza la “década ominiosa” (1823-1833). No obstante, a partir de 1826, Fernando VII se distancia del absolutismo: no restablece la Inquisición, se rodea de burgueses, reduce la represión política, promulga el Código de Comercio de 1829; acude, ante la bancarrota de Hacienda, a créditos extranjeros, y los medios financieros de Londres y París le exigen una mayor liberalización del régimen. El Estado evoluciona hacia un despotismo ilustrado, lo que provoca la reacción de los absolutistas más extremistas, que depositan su confianza en el hermano de Fernando, Carlos, sucesor en el trono, y mucho más reaccionario que el Deseado.

El nuevo matrimonio de Fernando VII plantea el problema de la cuestión sucesoria. La legislación tradicional española permitía el reinado de las mujeres, pero Felipe V, en 1713, implantó la francesa Ley Sálica, que las excluía de acceder al trono. Carlos IV dispuso la vuelta a Las Partidas, pero no promulgó el auto en que así se ordenaba. Fernando VII promulgó la “Pragmática Sanción”, que dejaba el reino a Isabel II y no a su hermano Carlos, declaración que provocó un largo período de enfrentamientos bélicos –las tres Guerras Carlistas– entre los seguidores de una (liberales isabelinos) y otro (absolutistas carlistas).

*C) La regencia de María Cristina.*

Muerto Fernando en 1833, y siendo su esposa María Cristina reina gobernadora, estalla la primera guerra carlista. El gobierno sanciona el Estatuto Real en 1834, que tiene por finalidad proceder a la convocatoria de Cortes y que pone fin al régimen absolutista en España.

En 1837 tiene lugar el motín de La Granja, promovido por los liberales, los cuales obligan a María Cristina a promulgar de nuevo la Constitución de 1812. El nuevo gobierno liberal convoca elecciones a Cortes, en las que triunfan los progresistas. La misión de estas Cortes de 1836 fue la reforma del texto de la Constitución de Cádiz, pero el resultado fue un documento diferente: la Constitución de 1837, jurada por la reina gobernadora en nombre de su hija.

*D) La regencia de Espartero (1841-1843).*

La Constitución de 1837 se aplicó poco y cuando se aplicaba era para hacerlo mal. Con ocasión de elaborar el proyecto de Ley Municipal, los moderados y los progresistas entran en conflicto por hacerse con el poder. Este conflicto da lugar a que la Regente dimita (1841) y se nombre regente a Espartero, cuya gestión se denomina como el “cesarismo esparterista”. La coalición entre moderados y progresistas origina la caída de Espartero en 1843.

*E) El reinado de Isabel II (1843-1868).*

La mayoría de edad de la Reina se declara al ser derrotado Espartero.

El nuevo gobierno convoca elecciones y, tras varias vicisitudes, Narváez compone un gobierno moderado, que gobierna durante diez años (“la década moderada”).

Las nuevas Cortes promulgan la Constitución de 1845, reforma de la de 1837, pero mucho más moderada. El gobierno moderado se conduce de forma dictatorial y regresiva en lo político, pero liberal en lo económico. Bravo Murillo, sucesor de Narváez, presenta un proyecto de Constitución y ocho proyectos de leyes orgánicas complementarias, con claro signo negador de las libertades públicas.

En 1854 tiene lugar un nuevo levantamiento, que provoca la dimisión del gobierno y que Isabel II llame a formar gobierno al general Espartero, quien asume el poder con la idea de aplicar las reformas soli-

citadas. María Cristina parte al exilio. Convocadas nuevas Cortes constituyentes, éstas redactan un proyecto de Constitución progresista. Los descontentos ante la amortización de Madoz determinan que dimita Espartero, suba al poder O'Donnell y derrote a la milicia nacional. Así terminó el “bienio progresista”.

O'Donnell estuvo en el poder diez años, apoyado por el partido Unión Liberal, integrado por los sectores más próximos de progresistas y moderados, con un credo más pragmático que dogmático. Se restableció la Constitución de 1845, con un acta adicional que recogía algunos proyectos de una Constitución nonnata.

La monarquía isabelina entra en decadencia por la ligereza de su vida pública y privada: hay intentonas golpistas de Prim, la clase política se desgasta y desprestigia, siendo insensible a los problemas reales del país, la vida parlamentaria entra en vía muerta, aumenta la corrupción y se producen intrigas.

Ante esta situación, se juntan el Partido Demócrata y el Partido Progresista, y, dirigidos por Prim, tras varias intentonas fracasadas, provocan un levantamiento y derrocan al gobierno. Isabel II huye a Francia.

#### *F) La Revolución y la I República (1868-1874).*

El nuevo gobierno provisional, dirigido por Serrano, establece las libertades políticas y los derechos políticos. Se celebran las primeras elecciones con sufragio universal (masculino), que dan mayoría a los progresistas, y surgen otras nuevas Cortes constituyentes, que promulgan la Constitución de 1869, la primera Constitución democrática de la historia española.

Esta Constitución establece como forma de gobierno la monarquía. A iniciativa de Prim, se proclama rey a Amadeo de Saboya (1870), porque no se quiere a los Borbones.

Sin embargo, la nueva monarquía democrática entra pronto en crisis. Diversos hechos hacen que el rey renuncie a la Corona: el asesinato de Prim, las guerras carlista y la de Cuba, la oposición de republicanos y alfonsinos, la inexistencia de consenso entre los partidos que apoyan el régimen, la poca estabilidad del gobierno, la consideración del Rey como un intruso...

Reunidas las dos Cámaras de las Cortes monárquicas, proclaman la I República como solución y convocan elecciones a Cortes constituyentes. Las elecciones se ganan por los republicanos con una abstención del 60%.

La incapacidad de la I República para afrontar ciertos problemas, tales como la guerra carlista, y la división entre los propios republicanos, se aprovecharon por el general Pavía para disolver por la fuerza las Cortes y terminar violentamente con la primera experiencia republicana.

*G) El reinado de Alfonso XII (1874-1885).*

Restaurada la Monarquía, se proclama a Alfonso XII rey de España. Cánovas dirige el país buscando un punto de equilibrio entre fracciones y dando paso a la Constitución de 1876, que refunde la de 1837, la de 1845 y la de 1869. En esta época estalla la guerra carlista, a cuya terminación (1871) se suprimen los Fueros de las Provincias Vascongadas.

Cánovas instaura el bipartidismo político en el poder entre liberales y conservadores, pero con neto predominio del Partido Conservador.

*H) La regencia de María Cristina (1885-1902).*

A la muerte de Alfonso XII, se constituye la regencia de María Cristina, con un talante más progresista. El Partido Liberal gobernó durante años y la legislación española fue de las más avanzadas de Europa.

Durante la regencia se producen hechos singulares, sobre todo en la política internacional, que suponen la liquidación casi total del antiguo imperio español: la guerra de Africa (1893), la guerra de Cuba y su anexión por los Estados Unidos (1898), la insurrección de Filipinas (1896), la guerra con los Estados Unidos (1898) y la Paz de París (también en 1898).

A raíz de la pérdida de Cuba y Filipinas, cae el gobierno de Sagasta. El nuevo gobierno, dirigido por Silvela, plantea la regeneración nacional, pero su proyecto de presupuestos, que pretende subir los impuestos, provoca motines. La Reina encarga nuevamente a Sagasta que forme gobierno (1901).

En 1902 Alfonso XIII accede a la mayoría de edad.

*I) El reinado de Alfonso XIII (1902-1931).*

El reinado de Alfonso XIII entre 1902 y 1907 se caracteriza por una sucesión de gobiernos (hasta once), unos liberales y otros, los más, conservadores.

El reinado no pudo ser más conflictivo: se produjo la guerra de Melilla; le sucedió la Semana Trágica de Barcelona en protesta por los embarques a Africa, con la consciente represión de las movilizaciones sociales por el ejército; la reanudación de la guerra de Marruecos; la caída del bipartidismo y la aparición de nuevos partidos pujantes, como los obreros (socialistas y anarquistas) y regionalistas y nacionalistas; la continua sucesión de conflictos sociales, huelgas y enfrentamientos entre patronos y obreros... Por otro lado, el excesivo intervencionismo del Rey en la política y en el ejército causó un profundo malestar.

A partir de 1917, el Gobierno declara el estado de sitio y suspende las garantías constitucionales ante la movilización de la UGT y la CNT.

*J) La dictadura de Primo de Rivera (1923-1931).*

En 1923 el general Primo de Rivera da un golpe de estado, apoyado por la Iglesia y por la burguesía terrateniente e industrial. El rey acepta el golpe.

La “efectividad” de la dictadura es muy alta: pacifica Marruecos y el orden público; disuelve las Cortes; suspende las garantías constitucionales; crea un partido único...

En 1927 Primo de Rivera instituye una Asamblea legislativa a la que encomienda elaborar un anteproyecto de Constitución, que servirá luego de inspiración al régimen de Franco.

La dictadura provoca la oposición de casi todos los sectores, incluido el poder financiero, y no cuenta ya con el apoyo unánime del ejército. Primo de Rivera presenta la dimisión al Rey y se exilia. A partir de entonces, se produce una descomposición política, a la que acompaña la llegada al país de los efectos de la crisis económica mundial.

*K) El final del reinado de Alfonso XIII y la II República (1931-1936).*

Ante la crisis política y social, la práctica totalidad de las fuerzas políticas y sociales, con la ausencia del PSOE, acuerda en el Pacto de San

Sebastián alzarse contra la monarquía, establecer la república, garantizar las libertades políticas, convocar elecciones a Cortes constituyentes y organizar territorialmente el Estado en regiones autónomas.

La sublevación prorrepblicana de Jaca de 1930 fracasa, pero las elecciones municipales de 1931 dan paso a la república. El rey abdica y marcha a Italia.

Las elecciones a Cortes constituyentes de 1931 dan el triunfo a los partidos prorrepublicanos. Estas Cortes promulgan la Constitución de 1931.

La II República pasa por cuatro períodos bien diferenciados: a) Gobierno provisional; b) gobierno de la izquierda durante dos años a partir de la promulgación de la Constitución; c) gobierno de derechas (1933-febrero 1936); y d) gobierno del izquierdista Frente Popular, desde febrero de 1936 hasta 1939.

La radicalización de las posiciones políticas, tanto de derechas como de izquierdas, y la conspiración militar (apoyada por civiles) contra la II República, da paso al levantamiento del 18 de julio de 1936 y al inicio de la Guerra Civil española, que termina en 1939 con el triunfo del denominado “Bando Nacional”, acaudillado por el general Franco.

#### *L) El régimen franquista (1939-1975).*

El nuevo régimen autoritario no proclama una Constitución. Se basa en estructuras militares, entrega todo el poder al Caudillo y se guía al principio por la Junta de Defensa Nacional. Todas las fuerzas políticas se agrupan en una sola organización: la Falange Española y Tradicionalista y de las Juntas de Organización Nacional Sindicalista (FET y de las JONS), que se llamó Movimiento y “el Partido”, guiado por el Jefe o Caudillo, responsable sólo ante Dios y ante la Historia.

Suele hablarse de cuatro etapas en la evolución del régimen de Franco:

a) El período bélico-totalitario (1936-1942), en que se promueve una represión feroz contra los perdedores de la guerra y sus familias.

b) El período proaliados (1942-1955). Franco advierte la derrota de sus camaradas nazis y fascistas y se desliga de ellos, acercándose a los aliados occidentales por su anticomunismo.

c) El período de desarrollo económico-institucional (1955-1966). Los tecnócratas, muchos de ellos ligados al Opus Dei, desplazan a la FET, y promueven una apertura exterior para favorecer un crecimiento económico sobre bases algo más liberales, que permita a España acercarse a la sociedad capitalista occidental.

d) Crisis del régimen (1967-1975). El régimen se enfrenta con la necesidad de cambio y de apertura exterior y solicita el ingreso en la Comunidad Económica Europea. La irrupción del capitalismo provoca el éxodo rural y la congestión de las ciudades, con el surgimiento de una masiva clase obrera industrial. Frente a sus reivindicaciones sociales, el régimen acude a la represión policial. El aparato estatal es incapaz de hacer frente a las demandas de una sociedad nueva y urbana y aparecen diversos conflictos sociales. La muerte de Franco en el año 1975 puso fin al régimen autoritario.

*M) La restauración democrática.*

A la muerte de Franco, el designado por éste, Juan Carlos de Borbón, es proclamado Rey de España. Juan Carlos I promete y dirige el proceso democrático y nombra presidente del gobierno a Adolfo Suárez. Éste opta por la reforma rupturista frente a la ruptura que reclama la oposición, sirviéndose, paradójicamente, de las propias Leyes Fundamentales para iniciar el cambio democrático. El gobierno somete al pueblo español, mediante referéndum, la aprobación de una nueva Ley Fundamental, la Ley para la Reforma Política de 1977, que permite la convocatoria de elecciones a unas nuevas Cortes constituyentes, las cuales redactan y, tras un referéndum, aprueban la Constitución de 1978.

En 1982, después de cinco años de gobierno de la Unión de Centro Democrático (UCD), que agrupaba a las fuerzas de centro derecha, accede al poder el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), cuya llegada al gobierno pone fin al período denominado “la transición política”. El PSOE gobierna hasta 1996, año en que le sucede democráticamente el Partido Popular (PP), de centro derecha.

## 2. LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS DEL SIGLO XIX.

### *A) Introducción.*

España adopta el constitucionalismo muy tempranamente. Se sitúa entre los cinco primeros países del mundo que llegan a poseer una Constitución escrita, tras la Constitución americana de 1787, la francesa de 1791 o la Carta otorgada por Bonaparte en Bayona en 1808.

A pesar de esta anticipación ideológica, la historia constitucional española no es ni continua, ni estable. España ha conocido nueve Constituciones, alguna Constitución no promulgada, varios proyectos de Constitución y numerosas reformas constitucionales. Circunstancias todas ellas que la apartan de países que, como Estados Unidos o Gran Bretaña, no han tenido más que una Constitución en toda su historia.

Los vaivenes constitucionales giran siempre alrededor de las mismas cuestiones:

- a) La determinación de quién es el titular de la soberanía, si la Nación, el Rey o ambos conjuntamente.
- b) La existencia de un catálogo más o menos amplio de derechos y libertades.
- c) El reconocimiento, limitado o no, del derecho de sufragio: censitario, universal...
- d) La instauración de una estructura mono o bicameral de las Cortes.
- e) Las relaciones del Rey con las Cortes, reflejo de quién ocupa mayor rango constitucional.
- f) El carácter laico o confesional del Estado.
- g) La organización territorial del Estado: Estado centralista, unitario regionalista o federal.

Las discusiones sobre estos aspectos reflejan, a su vez, la lucha ideológica (y más que ideológica, casi siempre) entre, por un lado, los partidarios del liberalismo y, más tarde, de la democracia transformadora

y europeísta y, por otro, los defensores del Antiguo Régimen y del tradicionalismo religioso, monárquico e hipernacionalista.

Si reflejáramos en un cuadro clasificatorio las distintas Constituciones españolas atendiendo a su carácter liberal-progresista o conservador, el resultado podría ser el siguiente:

– Constitución de 1812:	Liberal
– Estatuto Real de 1834:	Conservador
– Constitución de 1837:	Liberal
– Constitución de 1845:	Conservadora
– Constitución de 1869:	Liberal-democrática
– Constitución de 1876:	Conservadora
– Constitución de 1931:	Progresista (Estado social)
– Leyes Fundamentales 1938-67:	Conservadoras
– Constitución de 1978:	Progresista (Estado social de Derecho)

Por “liberal” o “progresista” debe entenderse el texto constitucional que proclama la soberanía nacional, reconoce los derechos y libertades públicas, recoge el principio de separación de poderes y defiende la aconfesionalidad del Estado. En cambio, Constitución “conservadora” es aquella que otorga la soberanía al Rey o al Caudillo en exclusiva o compartida con las Cortes, limita o no reconoce los derechos y libertades públicas, no recoge la separación de poderes y defiende el carácter confesional católico del Estado.

Del referido cuadro se puede extraer una conclusión evidente: la situación constitucional refleja la existencia de las machadianas “dos Españas”, en la que una deroga la Constitución vigente y la sustituye por otra de signo ideológico o partidista opuesto. De este modo, las Constituciones no son resultado de un pacto entre fuerzas políticas, sino la imposición de una sobre la otra.

#### *B) El Estatuto de Bayona (1808).*

Tras la invasión francesa, un grupo de liberales españoles (los afrancesados) convence a Napoleón para que dé una Constitución. Napoleón justifica la invasión diciendo que “la Nación necesitaba

una regeneración... yo libraba a los españoles de sus odiosas instituciones, de sus horribles leyes; les daba una Constitución liberal que conciliara la santa autoridad del soberano con las libertades y privilegios del pueblo”.

El Estatuto de Bayona es obra personal de Napoleón, pero no es una ley acatada, ni obedecida en España. No se elabora por representantes de la Nación española y se otorga por un rey extranjero que no consolida su corona.

Se pueden diferenciar dos partes:

– La separación de poderes, con un poder legislativo fragmentado, sin coordinación entre las instituciones (Senado, Cortes estamentales y Consejo de Estado).

– Un programa de reforma y una declaración de derechos: unidad de códigos, supresión de aduanas interiores, reducción de mayorazgos, separación del tesoro público del de la Corona, supresión de privilegios, disolución de la Inquisición, inviolabilidad de domicilio, libertad de movimientos, abolición del tormento, derecho de acceder a cargos públicos...

### C) *La Constitución de Cádiz (1812).*

Es ésta la primera y auténtica Constitución española. Conocida como “la Pepa”, por aprobarse el 19 de marzo, día de san José, se redactó entre 1810 y 1812. Con sus 384 artículos, supuso el nacimiento del liberalismo español. Su influencia se extendería luego por toda Europa y América Latina.

Instaura los siguientes principios:

a) Principio de la soberanía nacional, frente a la soberanía exclusiva del Rey.

b) Principio de separación de poderes, siguiendo la Constitución de los Estados Unidos y la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El poder legislativo reside en las Cortes con el rey, aunque el rey tiene un poder de veto suspensivo de las leyes. El poder ejecutivo se atribuye al rey, quien lo comparte con sus ministros, si bien ciertos actos reales necesitan de refrendo, siendo los minis-

tros responsables políticamente ante las Cortes. El tercer poder corresponde a los órganos judiciales.

c) Principio de representación nacional: los diputados, reunidos en Cortes (cámara unicameral) y elegidos por sufragio indirecto, representan a toda la Nación y no a estamentos concretos.

No recogió, sin embargo, una tabla de derechos, aunque sí pueden observarse algunos esparcidos a lo largo del texto constitucional.

#### *D) El Estatuto Real de 1834.*

La Constitución de Cádiz no fue fácilmente aceptada ni por Fernando VII, que veía recortados sus poderes, ni por las clases reaccionarias, que poseían el poder tradicionalmente. Desde 1812 a 1837 estuvo vigente en seis años no sucesivos. Cuando triunfaron las tesis reaccionarias, se recurrió primero a la restauración del absolutismo y, después de la muerte de Fernando VII, al otorgamiento del Estatuto Real de 1834.

El Estatuto Real surge en forma de Carta otorgada graciosamente por el monarca soberano, como respuesta a la Constitución de 1812, y como una autovinculación del rey. Contiene tan sólo cincuenta artículos.

Son principios del Estatuto:

a) El principio de soberanía conjunta del rey con las Cortes.

b) El principio de colaboración y no división de poderes.

c) El régimen seudoparlamentario, formado por dos Cámaras: el Estamento de Próceres, elegidos por el rey entre la aristocracia de sangre y de la Iglesia y altos dignatarios del Estado, y el Estamento de Procuradores, elegidos mediante sufragio censitario, que abarcaba sólo a un 0,15 por 100 de la población. Si bien introduce por primera vez el bicameralismo en España, las dos cámaras no son órganos titulares de la potestad legislativa, sino meros órganos de colaboración con el Rey en la tarea de crear leyes.

d) El rey se reserva extensos poderes: interviene en el funcionamiento de las Cortes, puede disolverlas y sólo él las puede convocar. Tiene iniciativa legislativa, sanciona las leyes y dispone de veto absoluto para evitar el nacimiento de una ley. Es, además, el titular del poder ejecutivo.

f) Ignora totalmente la existencia de derechos y libertades públicas.

E) *La Constitución de 1837.*

Como consecuencia del Motín de los Sargentos de la Granja, que reivindican la vuelta al régimen constitucional de Cádiz, la regente María Cristina se ve compelida a restaurar la Constitución de 1812. Después de unas elecciones a Cortes constituyentes, se decide impulsar la redacción de una nueva Constitución, influida por la de Cádiz.

Los principios inspiradores de la nueva Constitución son los siguientes:

- a) Se vuelve al reconocimiento de la soberanía nacional.
- b) Más que por una radical separación de poderes, se opta por el principio de colaboración de poderes.
- c) Se reconocen ciertos derechos y libertades públicas.
- d) Se adopta el bicameralismo, creando el Senado, cuyos miembros los elige el rey a propuesta de los electores de cada miembro.
- e) Se otorga al rey el poder de veto absoluto, las facultades de convocar, suspender y disolver las Cortes, nombrar los ministros...
- f) Mantiene el régimen confesional católico.

F) *La Constitución de 1845.*

Tras el pronunciamiento del general Narváez, los militares conservadores deciden cambiar el texto progresista de 1837. El resultado es un nuevo texto de signo conservador, basado en estas ideas:

Desaparece la soberanía nacional, para dejar paso a la soberanía compartida entre el rey y las Cortes.

La religión católica, apostólica y romana se declara como la “oficial” del Estado.

Se recortan algunos derechos o libertades y, en especial, el más “peligroso” de ellos: la libertad de imprenta.

El Rey nombra el Senado, a semejanza de lo que ocurría en el Estatuto de Próceres de 1834.

Se restringe el derecho de sufragio: el cuerpo electoral se reduce al 1% de la población.

El Gobierno nombra los alcaldes.

*G) La Constitución de 1869.*

Diversos levantamientos populares exigen una democratización real de la vida política. Isabel II abdica y abandona el país, iniciándose un período revolucionario, que da lugar al texto progresista de 1869 y al nacimiento del régimen republicano, origen del proyecto de Constitución de 1873.

La Constitución de 1869 mantiene en parte el esqueleto del texto constitucional de 1837, pero con mayor radicalidad.

Sus principios esenciales son:

- a) Retorna al principio de soberanía nacional.
- b) Aumenta considerablemente el catálogo de derechos y libertades fundamentales, restringiéndose sus limitaciones.
- c) Reconoce el sufragio universal a los hombres mayores de 25 años.
- d) Limita los poderes del rey, al mismo tiempo que fortalece el papel del Consejo de Ministros. Se asimila a las monarquías parlamentarias, en las que el rey es el presidente del Consejo de Ministros.
- e) Establece la responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes a través del voto de censura.
- f) Reconoce la libertad de cultos.

*H) El proyecto de Constitución republicana de 1873.*

La Constitución de 1869, a pesar de configurar una monarquía parlamentaria de carácter progresista, se aprobó sin que hubiera un Rey. La búsqueda de un candidato desembocó en el nombramiento de Amadeo de Saboya como rey de España, el cual acabaría abdicando ante el penoso panorama que tenía enfrente. Fracasó así la primera experiencia de una monarquía parlamentaria en España.

La llegada de la I República fue más bien obra de la casualidad que del empuje de las masas. La decisión se adoptó sin intervención de los republicanos. La República federal aparece como la vía más adecuada para resolver el viejo problema regional que la Monarquía no había querido reconocer. La situación social y política es confusa desde el primer momento. Surge con fuerza el movimiento obrero, estalla la gue-

rra colonial, se expanden las ideas anarquistas y comienza a extenderse el movimiento cantonalista, todo ello bajo la sombra de la última guerra carlista. Cuando se reúne la Asamblea Constituyente, en julio de 1873, se encuentra con que Valencia, Murcia, Cartagena, Córdoba, Jerez, Sevilla, Granada y Alcoy habían proclamado ya su voluntad de ser cantones soberanos.

La Asamblea elabora un proyecto de Constitución, con influencia de la Constitución de Estados Unidos, en el que:

a) Se define a España como una república federal, integrada por diecisiete Estados, que se dan su propia Constitución y que poseen órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, de acuerdo con un sistema de división de competencias entre la Federación y los Estados miembros, en el que se señalan las competencias de la Federación y el resto pertenecen a los Estados miembros. Los conflictos entre los Estados y la Federación los resuelve el Tribunal Supremo de la Federación. Se intenta, por primera vez, dar una solución constitucional al problema de la organización territorial, rompiendo con el tradicional centralismo del Estado.

b) Se reconoce la soberanía popular.

c) Se establece un amplio catálogo de derechos y libertades, eliminándose las limitaciones de las libertades colectivas.

d) Se marca el acento en la figura del Presidente de la República que posee un poder diferente de los tres clásicos, destinado a buscar el buen funcionamiento entre los distintos órganos del Estado.

e) El Estado se declara laico y aconfesional.

#### *1) La Constitución de 1876.*

Después de la disolución de las Cortes por el general Pavía, aparece la Constitución de 1876, obra primordial de Cánovas de Castillo, quien restaura los viejos principios conservadores inspirándose en el modelo que ofrecía Gran Bretaña. Estuvo vigente hasta 1923.

Los principios esenciales de esta norma constitucional son:

a) Vuelve a adoptar la soberanía conjunta del rey con las Cortes.

b) Se reconocen los derechos fundamentales, pero se deja su desarrollo y la posibilidad de su suspensión al Gobierno.

- c) Instituye el sufragio censitario.
- d) Se proclama la confesionalidad católica del Estado, atenuándola con una restringida libertad de culto.
- e) Se vuelve a una concepción conservadora del Senado, cuyos miembros son nombrados por el rey.
- f) El rey aumenta sus poderes: elige los ministros, tiene iniciativa legislativa, puede ejercer el derecho a veto, designa a parte del Senado, dirige las Cortes, y no hay control de las Cortes sobre el gobierno de la Corona.
- g) Se reconoce también la figura del presidente del Consejo de Ministros.
- h) El juego político se basa en el sistema de turnos entre los dos partidos predominantes: el conservador de Cánovas y el progresista de Sagasta. Ambos establecieron un pacto tácito de alternancia en el poder, sin tener en cuenta la decisión del cuerpo electoral.

### **3. LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1931.**

#### *A) La crisis del sistema.*

El sistema de turnos de los partidos funcionó hasta los primeros años del siglo XX. Pero, a partir de esa fecha, y a pesar de algunas reformas importantes en el sistema electoral, el sistema ya no es capaz de resolver los graves problemas que azotan el país: guerras de Cuba y Marruecos, desórdenes sociales, intensificación del movimiento obrero y campesino, movimientos regionales, rechazo del sistema por la clase intelectual...

En un último intento para intentar superar la crisis, se recurre a la dictadura militar de Primo de Rivera, que se inicia en 1923 y, que, si en su comienzo da respuesta policial y militar a parte de los problemas, a la larga será incapaz de resolver muy poco, en particular, para prestar atención a las demandas de las nuevas clases políticas trabajadoras y nacionalistas. Durante este período, que llega hasta 1930, se suspende el sistema constitucional vigente, al mismo tiempo que se intenta diseñar una nueva concepción del Estado de corte corporativo.

Unas elecciones municipales, celebradas el 14 de abril de 1931, se convierten en un voto de censura a la Monarquía y demuestran la fortaleza de los republicanos en las grandes ciudades del país. Ante tales resultados, Alfonso XIII abdica y abandona el país. Se proclama la II República.

*B) La Constitución republicana de 1931.*

El texto republicano tendrá influencia en alguna Constitución europea (especialmente en la vigente Constitucional italiana) y, sobre todo, en el actual texto constitucional de 1978.

La Constitución define al Estado como un “Estado integral”, esto es, como un Estado unitario regional, alejado del Estado centralista y próximo, pero sin llegar a él, al Estado federal. El Estado reconoce la autonomía político-administrativa a aquellas regiones que la soliciten.

Sus notas distintivas más significativas son:

- a) La soberanía reside en el pueblo.
- b) Los derechos fundamentales son objeto de una especial atención. Es una Constitución preocupada socialmente por las clases menos favorecidas: su art. 1 establece que “España es una República democrática de trabajadores”. Así, se reconoce la propiedad privada, pero con importantes limitaciones, ya que establece la posibilidad de socialización de la propiedad y la intervención estatal en las empresas; se reconocen los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos la sindicación y la huelga...
- c) El poder ejecutivo se comparte entre el Presidente de la República y el Presidente del Gobierno, el cual responde ante las Cortes.
- d) El poder legislativo reside en las Cortes, que ahora forman una sola Cámara.
- e) Siguiendo el modelo de justicia constitucional de la Constitución austríaca, se crea un Tribunal de Garantías Constitucionales, encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes, de resolver los contenciosos entre el poder central y las regiones autónomas y de garantizar los derechos fundamentales mediante la vieja institución del llamado recurso de amparo.

f) Proclama que el Estado no tiene religión oficial, preconiza la enseñanza laica y reconoce el divorcio. Además, disuelve las órdenes religiosas que estatutariamente impongan el voto de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Considera las confesiones religiosas como asociaciones privadas.

g) Incorpora, por primera vez en la Historia española, instituciones de democracia semidirecta, tales como la iniciativa popular legislativa, la petición de referéndum o la aprobación de Estatutos regionales por referéndum.

#### 4. EL RÉGIMEN AUTORITARIO.

La II República conoció numerosos conflictos sociales y políticos, que desembocaron en el levantamiento militar que originó la guerra civil de 1936.

El resultado de esta guerra civil fue la victoria en 1939 del sector nacionalista encabezado por el general Franco, el cual contó con el apoyo abierto de las potencias fascistas europeas.

Franco, apoyado en la idea de partido único, resultado básico de la fusión entre Falange Española y el Tradicionalismo, pondría las bases para construir un Estado semejante a los de Alemania e Italia de la época. Los plenos poderes que le confirieron las Leyes de 1938 y 1939 le convirtieron en el Jefe del Estado, del gobierno, del partido único y de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, el resultado de la II Guerra Mundial comportó un cambio de timón en las orientaciones primitivas del nuevo Régimen: Franco permitió la introducción de algunos cambios formales destinados a desligar parcialmente el régimen de su persona, institucionalizando éste mediante las Leyes Fundamentales, pero sin privar al “Caudillo” de la posesión real de las palancas del control sobre el régimen.

Las características básicas del régimen franquista son:

- a) Es un régimen autoritario.
- b) Las libertades públicas más que limitadísimas, son inexistentes.
- c) No hay partidos políticos.
- d) El Estado es centralista.

e) El Estado asume la religión católica como la oficial del régimen.

Durante la vigencia del régimen franquista se promulgaron siete Leyes fundamentales:

– El *Fuero del Trabajo* (1938). Este texto respondía a la idea falangista, estrechamente vinculada con las concepciones fascistas de la época, y adoptaba el carácter totalitario para el nuevo régimen, como recogía su preámbulo: “el Estado es el instrumento totalitario que emprende la tarea de realizar –con aire militar, constructivo y gravemente religioso– la revolución que España tiene pendiente”.

– La *Ley constitutiva de las Cortes Españolas* (1942). Las Cortes quedaban como una cámara única colaboradora con el Caudillo (éste es el único que tenía potestad legislativa), de corte corporativo medieval, integrada por procuradores nombrados directamente o por cooptación. El sistema se denomina “democracia orgánica”. Se realzan las figuras del Sindicato, el Municipio y la Familia.

– El *Fuero de los Españoles* (1945). Tras la derrota del Eje, el régimen de Franco intentó lavar su imagen inicial frente a los aliados vencedores mediante la adopción de una tabla de derechos fundamentales, en donde se recogían claramente recortados los derechos y libertades fundamentales (no reconocía los derechos de asociación política, sindical, huelga o libertad religiosa). La vigencia de tales derechos nunca llegó a ser verdaderamente efectiva por los criterios de su aplicación y por la existencia de leyes de desarrollo que los restringían.

– La *Ley de Referéndum Nacional* (1945). Esta Ley intenta convencer del carácter populista y pseudodemocrático del Régimen franquista, a través del reconocimiento de la institución del referéndum, que sólo podía convocar el Jefe del Estado.

– La *Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado* (1947). Ante la presión de ciertos sectores monárquicos, preferentemente dentro del ejército, el Jefe del Estado promulgó esta nueva Ley fundamental, por la que se define a España como un Reino y en la que se exponen los mecanismos para llevar a cabo la restauración monárquica, tanto por la decisión personal del general Franco, como en el supuesto de su muerte sin que hubiera nombrado sucesor. Además, crea un Consejo de Regencia y un

Consejo del Reino. No obstante, la Ley ratifica a Franco como Jefe del Estado.

– La *Ley de Principios del Movimiento Nacional* (1958). A efectos de tranquilizar a todas las fuerzas que le apoyaban, Franco decidió en 1958 exponer las esencias más puras del franquismo mediante esta sexta Ley, en donde se ordenan los principios en que descansa su régimen, los cuales son defendidos como “permanentes e inalterables” por su propia naturaleza. La nueva Ley desplaza el ideario falangista.

– La *Ley Orgánica del Estado* (1967). El Jefe del Estado, ante la presión del sector “tecnocrático”, que se había hecho con el mando del sistema, y a fin de responder a una creciente presencia del régimen en los ámbitos institucionales europeos, sometió a referéndum esta nueva Ley. Su objetivo consistía en:

a) Borrar algunos aspectos poco presentables contenidos en el Fuero del Trabajo, la Ley de Cortes y la Ley de Sucesión.

b) Estructurar con cierta apariencia institucional y pseudodemocrática un régimen de claro sentido personal. Se regulaban las funciones y poderes del Jefe del Estado, del Gobierno, de las Fuerzas Armadas, del resucitado Consejo Nacional del Movimiento, además de crearse un sucedáneo de control de constitucionalidad de las Leyes, denominado “recurso de contrafuero”.



## CAPÍTULO VI EL PROCESO CONSTITUYENTE

*SUMARIO: 1. De la Ley para la Reforma Política a la Constitución de 1978.- 2. La Constitución de 1978 en el marco del Derecho histórico español y del Derecho comparado.*

### **1. DE LA LEY PARA LA REFORMA POLÍTICA A LA CONSTITUCIÓN DE 1978.**

#### **1.1. La Ley para la Reforma Política.**

Franco muere el 20 de noviembre de 1975 y le sucede Juan Carlos I de Borbón, Rey de España.

Después de un primer Gobierno, herencia del régimen franquista, Juan Carlos I opta por la democracia y nombra Presidente del Gobierno a Adolfo Suárez para que dirija el proceso de transición política de la dictadura a la democracia.

Ante la presión de la naciente oposición democrática, que opta por la ruptura total con el sistema anterior, el primer Gobierno Suárez decide utilizar la vía de la “reforma rupturista”, sirviéndose de los procedimientos de las Leyes Fundamentales del franquismo, y somete a referéndum del pueblo español la aprobación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política.

Esta Ley se convirtió en el puente jurídico necesario para pasar del régimen autoritario a un sistema democrático, a través de unas nuevas Cortes democratizadas que, aunque no se convocaron formalmente con esa finalidad, tendrán como principal objetivo convertirse en constituyentes.

La Ley para la Reforma Política estableció los siguientes principios, la práctica totalidad de ellos luego incorporados a la Constitución de 1978:

- a) La afirmación de la democracia en España.
- b) La soberanía popular, manifestada mediante sufragio universal, directo y secreto.
- c) La supremacía de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo.
- d) El reconocimiento e inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, de tal modo que varias normas posteriores hicieran posible el ejercicio de las libertades de reunión, asociación, sindicación y huelga, entre otras.
- e) La instauración del bicameralismo, mediante la previsión del Congreso de los Diputados y del Senado y la elección de los diputados y senadores por sufragio universal (excepto un máximo de un quinto de los senadores, que los nombraba el Rey), a través de un sistema proporcional para el Congreso y mayoritario para el Senado, con la provincia como circunscripción electoral.
- f) La atribución de la potestad legislativa a las Cortes, dejando al Rey la sanción y la promulgación de las leyes.
- g) La configuración de la iniciativa de reforma constitucional, que podía recaer en el Gobierno o en el Congreso de los Diputados.
- h) La sujeción de la Ley de Reforma Constitucional a referéndum antes de la sanción regia.

## **1.2. Elaboración de la Constitución de 1978.**

Una de las tareas prioritarias de las nuevas Cortes constituyentes fue la redacción de una Constitución. La Ley para la Reforma Política ofrecía la posibilidad de que la iniciativa de la reforma constitucional

correspondiera al Gobierno o al Congreso de los Diputados. Esta última fue la opción elegida. La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso nombró una Ponencia de siete Diputados, que elaboró un anteproyecto de Constitución. Éste se discutió en la Comisión citada y luego se aprobó por el Congreso. A continuación pasó a la Comisión Constitucional del Senado y de ahí al Pleno del Senado. La discrepancia entre Congreso y Senado hizo necesaria la intervención de una Comisión Mixta, que elaboró un texto definitivo. Este se aprobó y voto por las dos Cámaras. Sometido a referéndum, se ratificó por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978; se sancionó por el Rey el 27 de diciembre de 1978 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978. Se evitó deliberadamente la fecha del 28 de diciembre, para evitar toda vinculación de la Constitución con el día de los Santos Inocentes.

El aspecto llamativo de la elaboración de la nueva Constitución es su formación consensuada. Las fuerzas políticas democráticas trataron de evitar una Constitución de partido, buscando que el nuevo texto recogiese principios aceptables por casi todas las fuerzas políticas. La votación final en el Congreso da prueba de este carácter consensuado: 325 síes; 6 noes; 14 abstenciones. En el Senado los resultados fueron: 226 síes; 5 noes; 8 abstenciones. Los votos negativos provinieron de las fuerzas nacionalistas radicales y de los ultraderehistas. La abstención, del PNV fundamentalmente.

Consecuencias extraíbles de este consenso son:

- La amplitud de las materias objeto de regulación constitucional, con el fin de garantizar las instituciones y los derechos frente a posibles cambios.

- La distinta precisión e intensidad de la regulación. Allí donde se alcanzaba un acuerdo entre las principales fuerzas políticas (sobre todo, UCD y PSOE) se detallaba más, pero en otros casos la Constitución se remite al legislador para que desarrolle ese punto.

- La ambigüedad calculada que conlleva este carácter consensual, que ha dado lugar a que sea el Tribunal Constitucional quien, en una gran parte, interprete e integre la Constitución, haciendo lo que no hicieron los constituyentes ni hace el legislador.

### 1.3. Caracteres de la Constitución de 1978.

1. Es una Constitución *progresista*, no conservadora, ni tampoco liberal, que preconiza, en su art. 1.1, el Estado social y democrático de Derecho como forma política del Estado. Es la que más ha durado en la historia del constitucionalismo español. No obstante, el paso del tiempo está poniendo de manifiesto la necesidad de alguna reforma en ella: la configuración del Senado como verdadera cámara de representación territorial, la circunscripción electoral a partir de la existencia de las Comunidades Autónomas..., a pesar de las prevenciones de las fuerzas políticas mayoritarias para proponer su modificación y evitar abrir un debate, sobre todo, referido a la organización territorial del Estado.

2. Se apoya en el principio de *soberanía popular*: “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”, afirma el art. 2 de la Constitución.

3. Reconoce, en su Título I, un amplio catálogo de derechos y libertades, que pueden ser clasificados en tres tipos:

a) Derechos inherentes a la persona, que gozan de la siguiente protección especial:

– Cualquier ciudadano puede recabar su protección ante los Tribunales de Justicia ordinarios por un procedimiento judicial basado en los principios de preferencia y sumariedad.

– La Constitución permite el acceso de los ciudadanos al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo para defender sus derechos, una vez agotada la vía judicial.

– Se desarrollan mediante Ley Orgánica, que requiere para su aprobación mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en la votación final del conjunto del proyecto de ley.

Son los denominados derechos fundamentales y libertades públicas, recogidos en los arts. 14 a 30: derecho de igualdad ante la ley, derecho a la vida, libertades ideológica y religiosa, libertad personal, derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio, libertades de residencia y circulación, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho de participación, derecho de protección judicial efectiva, principio de legalidad penal, prohibición de tribunales de honor, libertad de enseñanza, derecho a la educación, libertad de

sindicación, derecho a la huelga, derecho de petición y derecho a la objeción de conciencia.

b) Derechos ordinarios, que son aquéllos cuya protección se garantiza por los Tribunales y Jueces ordinarios. En este caso no cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se regulan por ley ordinaria, sea ésta estatal o autonómica. Son los que se recogen en los arts. 30 a 38 de la Constitución: el derecho a defender España, el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, el derecho a la propiedad privada y a la herencia, el derecho a no ser privado de los bienes y derechos propios si no es por una causa justificada de utilidad pública y mediante indemnización, el derecho de fundación para fines de interés general, el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y familiares, el derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo, y el derecho a la libertad de empresa.

c) Principios rectores de la política económica y social, que informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo pueden alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que que dispongan las leyes que los desarrollen.

Son el deber de protección de la familia, de los hijos y de los niños, la distribución de la renta regional y personal más equitativa, la política de pleno empleo, la formación y readaptación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo, las vacaciones retribuidas, el régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, el derecho a la protección de la salud, la organización de la salud pública, el fomento de la educación sanitaria y el deporte, el derecho a la cultura, la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural, el derecho a una vivienda digna y adecuada, la participación de la juventud en la vida política y social, la atención a los disminuidos, la garantía de las pensiones adecuadas, la defensa de los consumidores y usuarios, la creación de organizaciones profesionales, etcétera.

Este amplio conjunto de derechos, libertades y deberes fundamentales se configura como el núcleo central de la Constitución y, de alguna manera (más moral que real), como el límite sustantivo a su reforma. De ahí que aparezcan recogidos en el primer título de los once de que consta el texto, y que el art. 10.1 considere la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como *fundamento del orden político y de la paz social*.

La interpretación de estos derechos ha de hacerse de la forma más amplia y menos restrictiva posible, de conformidad en todo caso con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2).

4. Recoge el *principio de separación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*, pero manteniendo el equilibrio entre ellos y previendo su cooperación. El Título III se ocupa de las Cortes Generales, que representan al pueblo español (art. 65.1 CE), en quien descansa la soberanía nacional (art. 1.2 CE). El Título IV se denomina “del Gobierno y de la Administración”, que forman el poder ejecutivo. El Título V regula las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. El Título VI se encarga de la configuración básica del Poder Judicial, denominación que utiliza expresamente.

5. La forma de gobierno es la *monarquía parlamentaria racionalizada*, de modo que el Parlamento (las Cortes Generales) es el eje de la actividad política y controla la acción del Gobierno. El Rey es el Jefe de Estado, pero carece de poderes: “reina y no gobierna”, asumiendo un papel simbólico de máxima representación del Estado y de la unidad y permanencia de éste (art. 56). El responsable de la política interior y exterior es el Gobierno, del que no forma parte el Rey (arts. 97 y 98.1).

6. Se mantiene el *bicameralismo parlamentario*. Las Cortes Generales están formadas por el Congreso de los Diputados (quien representa la unidad del pueblo español en su conjunto) y el Senado (éste como teórica cámara de representación territorial), elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. El Congreso se elige conforme a un sistema proporcional corregido (método de Hondt) y el Senado

conforme a un sistema mayoritario. El Congreso posee un notabilísimo mayor peso político que el Senado.

7. La Constitución configura un *Estado autonómico regionalizable*. No es un Estado federal. Es un Estado regionalizable (posibilidad de regionalizarse), y no regionalizado (obligatoriedad de ser regional). En él se distinguen, por un lado, el Estado central y, por otro, las diecisiete Comunidades Autónomas en que se han constituido las regiones y nacionalidades históricas. La descentralización es política: afecta a los poderes ejecutivo y al legislativo (las Comunidades Autónomas pueden dictar leyes en materias de su competencia). En cambio, afecta parcialmente al poder judicial, cuya función de juzgar y controlar que lo juzgado se lleve a efecto permanece en manos del Estado central; en cambio, las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia de gestión del aparato administrativo que auxilia a los órganos judiciales.

En cualquier caso, la soberanía reside únicamente en el pueblo español, que se entiende como un cuerpo político indivisible y distinto de los otros pueblos que integran España. El mencionado art. 2 CE establece que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. No se reconoce, por tanto, el derecho a la autodeterminación, entendido como la facultad de una Comunidad Autónoma de segregarse del Estado español.

La disposición adicional primera de la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales (Alava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra), lo que ha permitido a estos cuatro, las tres provincias vascas agrupadas en la Comunidad Autónoma del País Vasco y Navarra constituida como una Comunidad Foral, gozar de un techo competencial más amplio que las Comunidades Autónomas de nueva constitución. De esta forma, ambas Comunidades Autónomas disponen de un régimen fiscal propio, que establecen armonizadamente con el Estado central y cuyos impuestos recaudan, entregando la parte de sostenimiento de los gastos generales del Estado a éste, y también son titulares de amplias competencias históricas en las materias de

carreteras, montes públicos, función pública, Derecho civil (Derecho foral), policía, etcétera.

8. La Constitución refleja la *preocupación por lo social*. Es una expresión del carácter “social” del nuevo Estado, que interviene en la acción social y económica. Como resultado de todo ello, se habla de una Constitución económica, esto es, aquella parte de la Constitución que establece el entramado fundamental de la organización económica de la sociedad. El art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y el Título VII se ocupa de regular “la Economía y la Hacienda”, estableciendo una serie de principios de indudable relevancia socioeconómica: la subordinación de toda la riqueza al interés general, la iniciativa pública en la actividad económica, la reserva al sector público de sectores esenciales, la intervención de empresas, la participación de los interesados en la Seguridad Social y en los organismos públicos sociales, la participación en la empresa, la promoción de sociedades cooperativas, el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, la planificación mediante ley de la actividad económica general...

9. El nuevo Estado es *aconfesional*, sin ninguna religión oficial. El art. 16.3 CE establece que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, añadiendo a continuación que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

10. De cara a su reforma, la Constitución es *rígida*, con una rigidez ordinaria para asuntos de menor trascendencia (art. 167) y otra reforzada (art. 168), que exige dos tercios de cada Cámara, nuevas elecciones y referéndum para su revisión total o de cuestiones que afecten al Título I (en el que se encuentran aspectos tan esenciales como la soberanía popular, la forma de Estado social y democrático de Derecho, la forma territorial de Estado unitario y autonómico y la forma de gobierno parlamentaria), a los derechos fundamentales y las libertades públicas o a la forma monárquica.

## 2. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 EN EL MARCO DEL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL Y DEL DERECHO COMPARADO.

### *A) Influencias provenientes del Derecho español.*

La Constitución de 1978 muestra influencias evidentes de las Constituciones liberales y progresistas españolas. Especialmente, incorpora un conjunto de instituciones ya contempladas en la Constitución republicana de 1931, tales como la organización territorial del Estado en regiones autónomas, la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales, la iniciativa legislativa popular, la regulación de la revisión constitucional...

De las otras Constituciones españolas copia el bicameralismo. Y de las Leyes fundamentales franquistas, además de su decisiva influencia por oposición y reacción evitando su literatura, recoge el tratamiento militar del art. 8.

De Las Partidas incorpora las reglas que rigen la sucesión en la Corona.

### *B) Influencia del Derecho comparado extranjero.*

La Constitución de 1978 recibe diversas influencias del Derecho comparado, fundamentalmente de:

– La Ley Fundamental de Bonn (1949) en los siguientes aspectos: a) la conformación del Estado social y democrático de Derecho; b) la concepción de los derechos fundamentales como elemento inherente a la dignidad humana y su protección (su art. 1 inspira directamente el art. 10.1 CE; también el art. 103 CE recoge la postura de la Constitución alemana); c) el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución; d) el carácter vinculante que para los poderes públicos tienen los derechos y libertades reconocidos; e) las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, con la preeminencia del Presidente y el procedimiento de investidura y la moción de censura constructiva; y f) la configuración del Tribunal Constitucional.

– La Constitución italiana de 1947, en cuanto a: la organización del Estado regional; la relación entre la ley y el reglamento; el modelo de justicia constitucional; la creación del Consejo General del Poder Judi-

cial; la redacción del art. 9.2, que se inspira en la cláusula de transformación social del art. 3.2 (libertades iguales, reales y efectivas); la iniciativa popular legislativa; la posibilidad de aprobar leyes directamente por las comisiones parlamentarias; y el control de los decretos-leyes.

– La Constitución portuguesa de 1976, en cuanto a derechos y libertades y principios rectores de la política económica y social (derecho a la educación física, deporte, adecuada utilización del ocio, derecho al medio ambiente, protección de los jóvenes, minusválidos, tercera edad, consumidores, emigración, informática... ).

– Las Constituciones nórdicas, en lo que respecta a la orientación de la Corona; la configuración del “Ombudsman” o Defensor del Pueblo; y la intervención del Presidente del Congreso en la designación del Presidente del Gobierno.

– La Constitución francesa de 1958, en aspectos tales como la concepción arbitral del Jefe del Estado; la regulación de la moción de censura; las leyes orgánicas; y la legislación delegada. Esta Constitución había influido con anterioridad en la Ley Orgánica del Estado y en la Ley para la Reforma Política.

– Otros textos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), los Pactos de las Naciones Unidas de 1966 de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), en todo lo relativo a los derechos individuales y las libertades públicas.

## CAPÍTULO VII

### LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

*SUMARIO: 1. Concepto y finalidad de reforma constitucional. Los problemas que plantea. - 2. La reforma constitucional en el ordenamiento español.*

#### **1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA.**

##### **1.1. Concepto y finalidad de reforma constitucional.**

Toda Constitución nace con una pretensión de permanencia e incluso de perpetuidad. En 1795 el francés Felipe Deleville proponía que se condenara a muerte a quien pretendiera introducir reformas en la Constitución. Pero la realidad demuestra que los cambios constitucionales son frecuentes y que ninguna Constitución es irreformable.

Algunas Constituciones prevén su propia reforma y otras no lo hacen. Cuando una Constitución incorpora un procedimiento para su reforma y exige, para que se lleve a efecto, requisitos más o menos cualificados, estamos en presencia de una Constitución rígida, cuya rigidez admite varias gradaciones. Es clásica en la doctrina la división hecha

por Bryce de Constituciones *rígidas* y Constituciones *flexibles*. Las primeras son las que tienen establecido un complicado y dificultoso procedimiento para su modificación (como es el caso de la Constitución española de 1978), mientras que las segundas, las flexibles, resultan revisables fácilmente como si se tratase de una ley ordinaria (así ocurre en Gran Bretaña, si bien en este país la costumbre ha sido disolver la Cámara antes de proceder a votar una ley de contenido constitucional, por lo que de hecho se ha establecido un procedimiento de reforma).

La rigidez constitucional puede perseguir una o todas de las siguientes finalidades: a) Proteger los derechos en ella consignados, evitando los abusos del poder legislativo; b) proteger el sistema federal o descentralizado contra los abusos del centralismo; y c) preservar una determinada forma política de gobierno: la Monarquía o la República.

Esta rigidez ha sido la base para entender que la Constitución ocupa la cúspide de un ordenamiento jurídico jerarquizado. Sin embargo, a partir de Hans Kelsen se ha criticado el sentido poco democrático de esta rigidez, que hace depender de una mayoría cualificada la reforma frente al principio de pura mayoría.

El concepto de “reforma constitucional” tiene dos sentidos: Uno, formal, en el que la reforma es el procedimiento por medio del cual se modifica el texto constitucional. Y otro, material, en el que reforma es el resultado del procedimiento de enmienda de la Constitución, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere.

La reforma constitucional no puede, en modo alguno, confundirse con otras figuras afines, tales como:

– La *destrucción de la Constitución*. Esta se produce cuando se suprime lisa y llanamente la Constitución existente, acompañada de la supresión del poder constituyente en que la norma se fundamentaba. Por ejemplo, la reforma que operó la Constitución de 1978 respecto al régimen franquista.

– La *supresión de la Constitución*, también llamada reforma total de la Constitución, que supone la desaparición del texto constitucional, pero conservando el poder constituyente que lo fundamenta. Como podremos ver, la Constitución española de 1978 admite claramente esta posibilidad de supresión del propio texto constitucional.

– El *quebrantamiento de la Constitución*, que implica la violación de la Constitución en cuanto se produce una modificación de su contenido al margen de los procedimientos previstos para su reforma.

– La *suspensión de la Constitución*, que se produce cuando una o varias disposiciones constitucionales son declaradas provisionalmente fuera de vigor. La cuestión afecta, principalmente, a los derechos y libertades fundamentales.

– Las *mutaciones constitucionales* (término acuñado por Karl Loewenstein), que implican una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social que subyace en ella o del equilibrio de intereses que representa, sin que dicha transformación quede actualizada en el documento constitucional, cuyo texto permanece intacto, aunque desfasado.

## 1.2. Problemas que plantea la reforma constitucional.

Las reformas constitucionales plantean grandes y, en ocasiones, graves problemas alrededor de estas cuatro cuestiones:

a) *La existencia o no de cláusulas de reforma*. ¿Qué pasa cuando una Constitución no contiene una cláusula que prevea su reforma? Existen dos teorías que tratan de responder a esta pregunta:

– La Constitución se puede reformar como cualquier ley ordinaria, como ocurre en Gran Bretaña.

– La llamada “teoría del paralelismo de las formas”, que defiende que ha de seguirse el mismo procedimiento utilizado para la aprobación de la Constitución.

b) *Los procedimientos de reforma*. La reforma admite múltiples modalidades de procedimiento, unas más agravadas que otras: con o sin mayorías cualificadas, doble aprobación en Estados federales por el Estado central y los estados federados, referéndum facultativo con elecciones tras la redacción primaria y ratificación posterior...

c) *Los límites de la reforma*. Estos pueden ser expresos o tácitos, temporales y materiales. Tampoco es extraño que existan cláusulas de intangibilidad o irreformabilidad y que hagan referencia a materias

excluidas de esta reforma, como, por ejemplo, la forma de gobierno o la estructura descentralizada del Estado.

d) *La naturaleza jurídica de la reforma.* Si la reforma se lleva a cabo por un poder constituyente derivado, a través de una ley, parece lógico afirmar la supremacía de la Constitución sobre la propia ley de reforma, lo que, de un lado, plantea la duda de si es posible el control de constitucionalidad sobre estas leyes de reforma; y, de otro, abre la puerta a una ilógica división de las normas constitucionales en “fundamentales” y “ordinarias”.

## 2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

### A) *El carácter rígido de la reforma.*

El Título X de la Constitución de 1978 contiene los preceptos reguladores de la reforma constitucional.

De entrada, lo más llamativo es que la Constitución no recoge la denominada cláusula de intangibilidad, o cláusula que imponga límites materiales a la reforma. Por tanto, ninguna de sus partes es irreformable. Cualquiera o todas de sus previsiones pueden ser reformadas o suprimidas.

No obstante esta posibilidad de reformar entero o parcialmente el contenido de la Constitución, ha de calificarse al texto constitucional como una Constitución *rígida*, ya que instaura dos procedimientos diferentes de reforma: el general (art. 167) y el especial o agravado para todo o para determinadas partes especiales de la Constitución (art. 168).

### B) *La iniciativa de la reforma.*

Viene regulada en el art. 166 CE, donde parece identificarse con la iniciativa legislativa. De este modo, los titulares de la iniciativa de reforma son el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Empero, la participación de las Comunidades Autónomas se reduce únicamente a la mera iniciativa formal de reforma, con las limitaciones que a tal efecto establece el art. 82.2 CE, no siendo necesaria su

presencia en la aprobación de la reforma constitucional, como sucede en muchos Estados federales.

Hay que destacar también la preponderancia del Congreso de los Diputados sobre el Senado, ya que éste, una vez tomada en consideración la respectiva proposición de reforma –a iniciativa de cincuenta senadores que no pertenezcan a un mismo Grupo parlamentario–, se ve obligado a enviarla al Congreso de los Diputados.

Por lo que se refiere a la iniciativa del Gobierno, requiere acuerdo del Consejo de Ministros y el envío del texto con una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios.

*C) Los procedimientos de reforma.*

Hemos señalado que la Constitución española contempla la existencia de dos procedimientos: el procedimiento general y el especial o agravado.

*1.º El procedimiento general.*

Sus trámites se reducen fundamentalmente a dos:

a) Aprobación por cada Cámara, por una mayoría de los tres quintos de sus miembros. Esta mayoría impide a una sola fuerza política, coyunturalmente mayoritaria, reformar por sí sola la Constitución. Se exige esta mayoría en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Si no se produce el acuerdo entre el Congreso y el Senado, se forma una Comisión Mixta paritaria de Diputados y Senadores, que presenta un texto para ser votado nuevamente –y por idéntica mayoría– ante ambas Cámaras. En el caso de que el dictamen de la Comisión Mixta no se apruebe en cada una de las Cámaras por la mayoría de los tres quintos, la reforma se entenderá aprobada siempre que hubiese obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y los dos tercios del Congreso de los Diputados. Nuevamente vuelve a darse un mayor peso específico al Congreso que al Senado.

b) Posible ratificación por referéndum. El art. 167.3 CE establece la posibilidad de un referéndum facultativo cuando se solicite, dentro de los quince días siguientes a la aprobación de la reforma por las Cortes Generales, por una décima parte de los miembros de cualquiera de

las Cámaras. Se deja así en manos de las minorías la posibilidad de someter a referéndum una reforma constitucional.

El procedimiento general ha sido el seguido para proceder a la primera y hasta ahora única reforma del texto constitucional, que tuvo lugar en 1992, como resultado de la necesidad de suscribir el Tratado de la Unión Europea. La modificación consistió en incorporar al art. 13.2 CE la expresión “y pasivo”, detrás de “sufragio activo”.

2.º *El procedimiento especial o agravado.*

Este procedimiento se contempla en el art. 168 CE. El procedimiento especial aparece diseñado para la revisión total de la Constitución o para una reforma parcial que afecte:

– Al Título Preliminar, principalmente en lo que se refiere al Estado social y democrático de Derecho, el Estado autonómico y la unidad de España, la forma política monárquica, o el pluralismo político o social.

– Al Capítulo Segundo, Sección 1ª, del Título I, que trata de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, esta reforma no se prevé para la modificación del art. 10 CE, que es, curiosamente, la base de todo el sistema político actual.

– Al Título II, relativo a la Corona.

El procedimiento especial contiene tres trámites esenciales:

a) Aprobación por cada Cámara de la decisión o principio de realizar la reforma (por tanto, sin entrar todavía al contenido del proyecto), exigiéndose una mayoría de dos tercios en cada una de ellas y procediéndose a su disolución inmediata.

El Reglamento del Congreso contempla un debate a la totalidad en el Pleno, llegando a establecer que la mayoría de los dos tercios es sobre el “principio de revisión”. De este modo, conviene insistir en ello, se trata solamente de una decisión sobre la reforma constitucional y no de una elaboración del proyecto de reforma. La misma conclusión se desprende del contenido del Reglamento del Senado. Una vez aceptada la decisión de la reforma por el Congreso, se comunica al Senado. En caso de que esta Cámara también adopte la decisión, el Presidente del Congreso comunicará al Gobierno el acuerdo para que se proceda a la disolución de las Cortes Generales. Si no hay acuerdo entre ambas

Cámaras, parece colegirse que el procedimiento ha tocado a su fin, no pudiendo aplicarse las reglas Generales del procedimiento legislativo ordinario.

b) Aprobación del proyecto de reforma por las nuevas Cámaras elegidas, por mayoría también de dos tercios en cada una de ellas.

Las nuevas Cortes Generales electas, que gozan de la naturaleza y de la legitimidad de unas Cortes constituyentes, deben ratificar la decisión adoptada por las Cortes anteriores, para lo cual no se requiere la mayoría de los dos tercios siendo suficiente la mayoría simple en el Congreso y la mayoría absoluta en el Senado. Una vez que dichas Cámaras han tomado dicho acuerdo, que parece tener la misma naturaleza que el adoptado por las Cortes Generales disueltas, se procede al estudio del contenido del proyecto de reforma, lo que implica la posibilidad de enmiendas y debates. Son las nuevas Cortes Generales quienes se encargan de elaborar el proyecto de reforma, ya que las primitivas únicamente tomaron la decisión de reformar la Constitución. Una vez aprobado el nuevo texto por ambas Cámaras, por mayoría de dos tercios en una votación final, el Presidente del Congreso lo comunica al Gobierno a efectos del referéndum previsto en el art. 168.3 CE.

En ningún caso, las nuevas Cortes pueden extender el ámbito de la reforma más allá de la decisión previamente adoptada por las Cortes antiguas, con lo que actúan con unos límites materiales preestablecidos al inicio del procedimiento de la reforma.

c) Ratificación mediante referéndum. A diferencia del procedimiento general, el referéndum no tiene aquí un carácter voluntario, sino que resulta obligatoria su celebración, siendo necesaria la mayoría simple (más votos a favor que en contra).

#### *D) Límites de la reforma.*

El único límite que plantea la Constitución a su propia reforma se establece en el art. 160: No puede iniciarse (debe entenderse también que no puede continuarse si ya estaba iniciada) la reforma constitucional en tiempo de guerra o vigencia de alguno de los estados de alarma, de excepción o de sitio.

No existe, pues, ningún otro límite temporal, ni, mucho menos, alguno material para la reforma. De este modo, todos los preceptos constitucionales pueden ser reformados por uno u otro procedimiento.

Sin embargo, si se reformaran los principios esenciales sobre los que descansa la Constitución, en realidad no estaríamos en presencia de una auténtica reforma constitucional, sino ante la sustitución de una Constitución por otra. Y esta sustitución de todo el espíritu constitucional plantea la cuestión de si ello es posible o si cabe admitir, aun a falta de unos límites expresos, la existencia de un núcleo constitucional indisponible conformado por unos principios básicos democráticos (el Estado social y democrático de derecho, la forma parlamentaria, el Estado autonómico, el pluralismo político o la regulación esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas). Esta es una cuestión todavía pendiente de despejar, aunque un sector de la doctrina apuesta por la existencia de un núcleo democrático básico e irreductible, consolidado alrededor del art. 10.1 CE, que, siguiendo el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn —dictada tras la experiencia nacionalsocialista—, proclama, en resumen, la dignidad humana y el respeto a los derechos de los demás como el átomo de todo el universo jurídico-político español.

TÍTULO CUARTO  
**EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN**



CAPÍTULO VIII  
**EL ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN  
DE 1978**

*SUMARIO: 1. El Estado de Derecho en la Constitución española.- 2. Los principios conformadores del artículo 9 CE.*

**1. EL ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA.**

El Estado de Derecho se identifica con el Estado liberal de Derecho, concebido fundamentalmente como un conjunto de técnicas y principios tendentes a limitar el poder de los gobernantes.

Como se ha señalado *ut supra*, el Estado de Derecho se configura históricamente como una reacción de la burguesía frente al Estado absoluto del Antiguo Régimen, en el que el monarca no estaba sujeto a la ley ni al Derecho (el soberano actuaba *legibus solutus*, es decir, sin sujeción a las leyes).

Para comprobar si el Estado constituido en España en 1978 es un verdadero Estado de Derecho, es preciso recordar que éste se caracteriza por las siguientes notas:

a) El imperio de la ley, concebida ésta como la expresión de la voluntad general del pueblo.

- b) La separación de poderes, con preeminencia del poder legislativo sobre los demás, por ser el representante de la soberanía.
- c) El reconocimiento de los derechos y libertades y de la dignidad humana.
- d) El sometimiento de la Administración pública a la legalidad.

Debe aclararse que éste es el Estado de Derecho, es decir, aquella modalidad jurídica en la que el Estado está sometido al Derecho en toda su actividad. No todo Estado es Estado de Derecho, como la evolución histórica de la propia institución estatal demuestra palmariamente; ni siquiera todo Estado con Derecho es Estado de Derecho, a pesar de que se le quiera dar este barniz, como así ocurría en el régimen franquista a partir de la mitad de la década de los cincuenta.

Puede anticiparse que el Estado que prevé la Constitución española de 1978 es un Estado de Derecho. Incluso la Constitución es consciente de ello, y ya en su preámbulo advierte que “la Nación española proclama su voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”. Asimismo, el art. 1 del texto constitucional proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

Analizamos ya cómo se cumplen las notas del Estado de Derecho en la Constitución de 1978.

#### A) *El imperio de la Ley.*

También se conoce como principio de legalidad. Supone la vinculación de los diferentes poderes del Estado, en todas sus actividades y sectores, a la ley en cuanto norma elaborada por la representación popular asentada en el Parlamento.

El principio de legalidad juega al mismo tiempo como:

- a) Principio de legitimidad de los poderes. La ley es el fundamento de la legitimidad del poder. Los poderes sólo pueden hacer –y nada más– lo que la Ley les habilita o permite hacer (es una vinculación positiva del Estado a la ley o, en la expresión del Derecho alemán, *positive bindung*). La ley es el presupuesto y base previa de toda actuación del Estado.

b) Principio de limitación formal o jurídica de los poderes. La ley, además de ser fuente del poder, es cauce para su ejercicio. Señala cómo debe ejercerse el poder y hasta dónde. La Ley limita los poderes y éstos no pueden desbordar la ley, aun cuando sí que pueden hacer, dentro de sus márgenes, todo aquello que no sea contrario a ella (vinculación negativa del poder a la ley o *negative bindung*).

Manifestaciones del principio de legalidad se recogen en las siguientes partes de la Constitución de 1978:

– En el Preámbulo. La Constitución parte de la voluntad de la Nación española de proclamar su voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, al igual que lo decía el art. 6 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

– En el propio principio de soberanía popular reflejado en el art. 1, que residencia la soberanía nacional en el pueblo español. Este precepto se conecta, a su vez, con el art. 66, en cuya virtud sólo las Cortes Generales representan al pueblo español. Por tanto, únicamente las Cortes Generales tienen la legitimidad del pueblo español y son su máximo representante.

– En el principio de prevalencia de la Constitución recogido en el art. 9.1, que establece que “todos los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

– En la prohibición de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), lo que supone, entre otros efectos, que todo poder debe estar habilitado por una ley formal.

– En el respeto a la ley como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1).

– En la plena subordinación del juez a la ley, principio deducido de los arts. 24, 25 y, sobre todo, del 117 CE.

– En la revisión por el Tribunal Constitucional de las leyes y actos para comprobar si se ajustan a la Constitución o, lo que es lo mismo, si todos los actos públicos se someten a la Constitución en cuanto norma suprema, interpretada por el Tribunal Constitucional.

– En el art. 103.1, en el que se garantiza el “sometimiento pleno del Gobierno y de la Administración pública a la ley y al Derecho”.

Ahora bien, como parte de la doctrina científica ha reconocido, el imperio de la ley se encuentra hoy mediatizado y sus eficacia no alcanza la plenitud con la que fue diseñado en el siglo XVIII. Así:

a) No toda actividad legislativa se residencia en el Parlamento. El gobierno es quien ejerce principalmente la iniciativa legislativa, puede acudir al Decreto-Ley en casos de urgencia (art. 86 CE) y ejerce potestades normativas cuando se lo delega el Parlamento (art. 82 CE). Es cierto, no obstante, que, en el sistema español, el Gobierno no tiene una reserva de la potestad reglamentaria, como en Francia.

b) Se han multiplicado los centros de producción normativa, ya que el Parlamento no es el único órgano legitimado para dictar normas. Junto a los grupos sociales intermedios (asociaciones, partidos, sindicatos...), aparecen las Comunidades Autónomas y las demás entidades territoriales facultadas por el ordenamiento jurídico para aprobar disposiciones generales y abstractas que imponen reglas de conducta a terceros.

c) La ley no aparece como la voluntad popular suprema y omnipotente, sino que se encuentra sometida al control del Tribunal Constitucional, que incluso la puede declarar nula.

#### *B) El principio de separación de poderes.*

No se puede decir que la Constitución de 1978 se limite a aceptar tal cual este principio de separación de poderes como lo definiera el Barón de Montesquieu en su obra *L'Esprit des Lois* (1748). Para éste los poderes del Estado son tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, y cada poder debe ser ejercido por un sólo órgano.

Al socaire de otras modernas constituciones, la Constitución española de 1978 acepta inicialmente y en términos generales el principio de separación de poderes, como lo demuestran estos artículos:

– Art. 66: Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa.

– Art. 97: El Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

– Art. 117.3: El Poder Judicial ejerce la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Pero, si bien acepta esta división, la norma suprema no llega al punto de establecer una rígida separación entre ellos, sino que, por el contrario, consagra la colaboración entre los tres poderes y su interdependencia funcional, que no orgánica, lo cual es habitual y característico de un Estado social y democrático. Hoy el Parlamento, que, no obstante, sigue siendo el representante de la voluntad popular, ha perdido influencia, mientras que el poder ejecutivo se ha fortalecido para atender de forma pronta y eficaz las exigencias sociales, y en cuanto al poder judicial sus órganos rectores se eligen por el Parlamento o conforme a lo que éste determine.

*C) El reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos.*

La Constitución acepta y reconoce la dignidad humana como el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1). Y a partir de aquí reconoce y garantiza jurídicamente los derechos y libertades que pertenecen a la condición inherente del ser humano.

Estos derechos son límites al poder político y un respaldo legítimo a todo el sistema político constitucional en cuanto tienen una proyección sobre todo el ordenamiento jurídico.

El art. 10 abre un largo y extenso Título I que, en cuarenta y seis detallados artículos, regula los derechos y libertades, clasificándolos en tres grandes grupos:

a) Derechos fundamentales y libertades públicas, que gozan de una superprotección por la Constitución, consistente en:

– Se regulan por una ley orgánica, cuya aprobación exige mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

– Su tutela judicial por los tribunales y jueces puede alcanzarse a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, agotada esta vía, a través de la presentación del denominado “recurso de amparo” ante el Tribunal Constitucional.

– Su reforma ha de llevarse a cabo a través de la modalidad de reforma constitucional reforzada, equivalente a la reforma total de la Constitución que prevé el art. 168.

Estos derechos superprotegidos sólo son los de los arts. 15 a 29, y también la objeción de conciencia, aunque en éste último caso únicamente a través del recurso de amparo.

b) Derechos y deberes ordinarios.

– La regulación esencial de su contenido y ejercicio debe ser por ley, bastando la ley ordinaria (estatal o autonómica), cuya aprobación requiere mayoría simple.

– Los derechos se tutelan a través de los órganos judiciales por procedimientos ordinarios.

c) Principios rectores de la política económica y social.

– No se les cataloga de auténticos derechos, ni tampoco se les puede concebir como tales. Sin embargo, vinculan a todos los poderes públicos: su reconocimiento y protección ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

– Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

*D) El sometimiento de la Administración a la legalidad.*

Es una manifestación específica del imperio de la Ley. Se recoge en el art. 103.1 CE: “La Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, copiado del art. 20 de la Constitución alemana. Es la expresión de la vinculación positiva del poder al Estado, ya que, para que la Administración actúe, es necesario que la ley se lo permita previamente y tal y como la ley lo autorice expresamente.

El principio de la legalidad de la actividad administrativa se vincula con el art. 81 CE, que reserva a ley orgánica la regulación de determinadas materias. También se cohonesta con la ausencia de una reserva reglamentaria a favor del Gobierno, como prevé la Constitución francesa. Supone la existencia de controles sobre la actuación administrativa, tanto judiciales como extrajudiciales (entre estos últimos, el Defensor del Pueblo es el principal). El sometimiento de la actividad administrativa no lo es sólo a la ley, sino también al Derecho, lo cual conlleva la sujeción de lo actuado a los principios generales del Derecho, esto es, a los principios jurídicos que informan el ordenamiento

jurídico y que se derivan de él, recogidos algunos de ellos, los más sobresalientes, en el art. 9 CE.

## 2. LOS PRINCIPIOS CONFORMADORES DEL ARTÍCULO 9 CE.

La Constitución, en su art. 9, recoge expresamente diversos principios que suponen el desarrollo y la confirmación del Estado de Derecho. Son los siguientes:

### 1. *El principio de primacía de la Constitución.*

Este principio se plasma en el núm. 1 de este artículo. Supone la vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos, de los ciudadanos y del resto del ordenamiento jurídico. La utilización de la frase “resto del ordenamiento jurídico” comprendida en el art. 9.1 otorga a la Constitución y, por ende, a todos y cada uno de sus preceptos, el carácter de normas jurídicas, cuestión ésta de una gran trascendencia. La tradición del Derecho Constitucional español había venido negando a las Constituciones todo valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y de las relaciones de los poderes superiores (la parte orgánica de la Constitución), lo que suponía que las previsiones constitucionales sólo contenían unos principios programáticos e indicativos que carecían de toda virtualidad y eficacia si el legislador no los recogía y desarrollaba con fuerza vinculante en las leyes. En esa parte no orgánica, la Constitución era poco más que un simple programa político o un cuaderno de buenas intenciones sin virtualidad jurídica, ni fuerza para obligar a terceros o a los poderes públicos.

Pues bien, frente a esta postura tradicional, hay que afirmar que la Constitución de 1978 es una auténtica norma, aplicable directamente en todos y cada uno de sus preceptos y, por tanto, esgrimible con éxito ante cualquier órgano público. Es la primera de las normas del ordenamiento jurídico y la más relevante, que configura toda la pirámide normativa y da validez y sentido a cada una de las restantes disposiciones integrantes de ese ordenamiento.

El art. 9.1 es la base de principio de subordinación de todos y todo (poderes, personas y normas) a la Constitución, sin excepción.

2. *El principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.*

Se deriva del anterior. Por eso no se recoge expresamente en la Constitución. La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y validez del ordenamiento jurídico obligan a interpretar, en todo momento y lugar, las disposiciones de éste en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales. Toda norma sólo será válida en la medida en que admita una interpretación que se adecue a la Constitución. Si existieran dos interpretaciones posibles, sólo será válida aquella que respete la norma suprema o que mejor dé cumplimiento a las previsiones constitucionales; si aún así, la norma no resultara interpretable conforme a la Constitución, no queda más solución que su expulsión del ordenamiento jurídico.

3. *El principio de legalidad*, que ya ha sido objeto de estudio en el núm. 1 de este Capítulo.

4. *El principio de jerarquía normativa.*

Significa que existen en el ordenamiento jurídico diversas normas de distinto rango, quedando supeditadas unas a otras, según la posición del órgano o institución del que provienen, formando una pirámide cuya cúspide está ocupada por la Constitución. Esta jerarquía responde al siguiente esquema general: Constitución-ley; ley-costumbre; ley-reglamento...

El principio debe completarse, como veremos más adelante, con el principio de competencia, que permite explicar las relaciones entre las normas estatales y las normas autonómicas, las cuales no se rigen entre sí por el principio de jerarquía, sino por la prevalencia de aquella norma dictada por el órgano competente, aun cuando su rango sea inferior o igual a otra norma existente que provenga de un órgano incompetente.

5. *El principio de publicidad de las normas.*

Este principio se traduce en que no puede exigirse a los ciudadanos el cumplimiento de normas que antes no tengan la posibilidad de conocer, lo que requiere su publicación en un medio oficial y accesible, como lo son el Boletín Oficial del Estado y los diarios oficiales de las

Comunidades Autónomas o de las provincias. Prohíbe la existencia de normas secretas o tácitas.

6. *El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.*

Las normas jurídicas pueden aplicarse a momentos anteriores al que se han aprobado. Esto es lo que se llama la retroactividad de la norma. No obstante, la Constitución impone en el art. 9.3 dos límites y establece una doble irretroactividad con distinto alcance:

La primera parte (irretroactividad de disposiciones sancionadoras desfavorables) impide que el legislador sancione una acción con normas más duras que aquéllas que se encontraban vigentes cuando se cometió la infracción, y supone, como ha interpretado el Tribunal Constitucional, la retroactividad de las normas penales más favorables, con lo que se evita que el Derecho sancionador más duro se aplique después de haber sido sustituido por otro más favorable al sancionado. Se aplica tanto al Derecho penal como al Derecho administrativo sancionador.

La segunda parte (irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos) ha de entenderse muy limitadamente. Se refiere sólo a los derechos del Título I de la Constitución. Ha de rechazarse que suponga el reconocimiento de una teoría de los derechos adquiridos o de situaciones jurídicas nacidas al amparo de normas anteriores, como se ha intentado en alguna ocasión con las retribuciones de los funcionarios o con las bonificaciones tributarias. Esta limitación interpretativa ha sido justificada por el Tribunal Constitucional con el fin de evitar la petrificación del ordenamiento jurídico y que se impida al poder legislativo llevar a cabo una revisión o modificación de la realidad social. No obstante, la irretroactividad se circunscribe a situaciones jurídicas consolidadas por parte de titulares de derechos, pero no impide que la nueva norma afecte a relaciones jurídicas todavía vivas o no consolidadas.

7. *El principio de seguridad jurídica.*

Es una síntesis de todos los principios del art. 9.3 de la Constitución. La seguridad jurídica significa que los poderes públicos van a comportarse de modo previsible conforme a las normas, que se convierten en una regla de conducta que los ciudadanos conocen de ante-

mano. Los ciudadanos actúan con certeza en sus actividades, tranquilos de que el Estado no va a actuar contra ellos si no transgreden la norma, ni de que va a saltarse los límites marcados a su actividad.

8. *El principio de responsabilidad de los poderes públicos.*

Es lógico que si los poderes públicos están obligados a actuar de acuerdo con la Constitución y las leyes, el incumplimiento de tal obligación deba comportar necesariamente una reacción del ordenamiento jurídico, bien sea sancionando a las personas responsables, bien sea indemnizando a los ciudadanos perjudicados por la actuación.

Este principio se completa con lo dispuesto en el art. 106.2 CE, en cuya virtud se reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

9. *El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

Este principio prohíbe a los poderes públicos actuar con arbitrariedad, ya que éstos deben actuar en todo momento conforme a la Constitución, las leyes y el Derecho. Precisamente, interdicción significa prohibición.

La arbitrariedad no debe confundirse con la discrecionalidad, como ocurre frecuentemente en los ambientes extrajurídicos. Son dos cuestiones diferentes. La arbitrariedad supone que el poder actúa al margen de los cauces formales que el Derecho establece o que actúa caprichosamente, sin motivar sus actos de modo razonado y razonable. La discrecionalidad, en cambio, supone que el ordenamiento jurídico permite al poder público, sea político o administrativo, optar entre varias soluciones, cada una de ellas igualmente válida. La elección se hace por razones de oportunidad (por ejemplo, en la ordenación de una ciudad, el crecimiento urbano puede ir en una u otra dirección), pero exige siempre la justificación razonable y objetiva de la solución adoptada. Si ésta justificación no aparece formalmente manifestada o no existe, entonces estamos ante la arbitrariedad que impide la Constitución.

CAPÍTULO IX  
EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN  
LA CONSTITUCIÓN DE 1978

*SUMARIO: 1. El Estado democrático en la CE.- 2. El pluralismo político.- 3. Los partidos políticos.- 4. El régimen electoral.- 5. Las instituciones de democracia semidirecta: el referéndum y la iniciativa legislativa popular.*

### 1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LA CE.

Venimos reiterando por su importancia que el art. 1 de la Constitución configura el Estado español como un Estado democrático. También el preámbulo de la norma constitucional proclama la voluntad de la Nación española de establecer “una sociedad democrática avanzada”, lo que da idea de que la Constitución aparece como una realidad a alcanzar y construir, no como algo efectivamente logrado en su plenitud.

El Estado democrático de Derecho se concreta en la Constitución a través de las tres siguientes manifestaciones:

a) *La proclamación del principio de soberanía popular.*

El art. 1.2 recoge tal principio cuando afirma que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

El precepto merece una cierta crítica en cuanto incurre en la confusión entre los conceptos de “soberanía nacional” y de “soberanía popular”. Como ha señalado Garrorena, en la teoría de la soberanía nacional, defendida por el liberalismo y que sigue a Siéyes, la soberanía reside en la Nación, en su calidad de ente colectivo histórico que opera como un sujeto de imputaciones absolutamente impersonales; mientras que en la teoría de la soberanía popular, aceptada por las Constituciones republicanas y cuyo principal inspirador fue Jean Jacques Rousseau, la soberanía reside en el pueblo, pero no en el pueblo como ente colectivo o abstracto —eso es la Nación—, sino en cada uno de sus individuos irrepetibles y singulares, los ciudadanos, integrados en la comunidad. Para la mayor parte de la doctrina, la Constitución de 1978 proclama la soberanía popular y no la nacional. La expresión “nacional” intenta poner de manifiesto que la soberanía es una y exclusivamente atribuible a la única nación existente para los constituyentes: la Nación española, de modo que ni las regiones ni las nacionalidades puedan alegar ser titulares del más mínimo atisbo de soberanía.

b) *La consagración del pluralismo político y social.*

Lejos de cualquier contemplación unitarista y formalizadora de la realidad social, la Constitución, en su preocupación por reconocer y salvaguardar el pluralismo, parte de concebir la sociedad como un conjunto de diversos organismos, cada uno con sus propios intereses y sus distintas opiniones. Esto es, la norma fundamental reconoce la existencia previa de grupos situados en un plano intermedio entre el Estado y el individuo.

El pluralismo, además de reconocerse constitucionalmente, se califica por la Norma Suprema como valor superior del ordenamiento jurídico en los arts. 1.1, 6 y 7.

El art. 6 se refiere a los partidos políticos, convirtiéndose en la primera regulación constitucional española relativa a esta cuestión.

Por su parte, el art. 7 procede de igual manera respecto de los sindicatos de trabajadores y de las asociaciones empresariales. La finalidad de ambos grupos es contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios.

Junto a estos dos preceptos, hay otros también que consagran el pluralismo a lo largo de la Constitución, como son los arts. 36 (sobre colegios profesionales) y 52 (sobre organizaciones profesionales), a los que se exige un comportamiento democrático tanto en su estructura interna como en su funcionamiento; el art. 51.2 (sobre organizaciones de consumidores); el art. 16 (sobre confesiones religiosas), y el art. 22 (que reconoce el derecho de asociación y permite todo tipo de asociaciones, familiares, culturales, juveniles...)

*c) El reconocimiento de la participación de los ciudadanos.*

La participación ciudadana es el centro de la idea democrática. No resulta nada extraño, por tanto, que el art. 9.2 CE establezca el deber de los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Asimismo, el art. 23 reconoce a los ciudadanos el “derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

La participación política puede ser directa, semidirecta o indirecta. Respecto de estas distintas fórmulas y su reflejo en la CE, se ha afirmado que:

– La Constitución carece de instituciones de democracia directa, excepción hecha de la limitada presencia de los municipios que se rijan por la modalidad de concejo abierto (art. 140).

– La Constitución prevé la existencia de diversas instituciones de democracia semidirecta, tales como:

. La iniciativa legislativa popular (art. 87.3), configurada de modo muy restrictivo, pues su ámbito se reduce a la presentación de proposiciones de ley que no afecten a determinadas materias, como son las propias de ley orgánica, las materias tributarias, internacionales y las relativas a la prerrogativa de gracia.

. El derecho de petición, que puede ser realizado tanto individual como colectivamente, por escrito (art. 29).

. El referéndum, previsto por la Constitución en distintas modalidades: el referéndum para la reforma constitucional, tanto en su modalidad obligatoria como facultativa, el referéndum consultivo y los re-

feréndum autonómicos, tanto de iniciativa autonómica como de aprobación y reforma de los Estatutos.

. Las instituciones que inciden en el ámbito judicial, como son la acción popular y el Jurado (art. 125), y en el ámbito administrativo, como la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley (art. 105).

## 2. EL PLURALISMO POLÍTICO.

Como hemos visto en el epígrafe precedente, la Constitución menciona en su esencial art. 1.1 el pluralismo político como uno de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado democrático de Derecho.

Lógicamente, existe una necesaria relación entre ambas expresiones (pluralismo y Estado democrático), completada por el tenor de los arts. 22 y 23 de la Constitución, que reconocen, respectivamente, los derechos fundamentales de asociación y de participación por los ciudadanos en los asuntos públicos.

Es innegable que en cualquier sociedad coexisten distintos grupos que entienden de muy diversa manera la vida y la forma de organizarse política y socialmente. En este sentido, toda sociedad es pluralista. El conjunto de factores que provocan tan variada y plural composición social puede llegar a ser interminable: la etnia, la lengua, la religión, el medio urbano frente al rural, el sexo, la edad, las diferencias de clase, el hecho regional, la actitud autoritaria o liberal, la división del trabajo, la educación, la propiedad...

A partir de esta compleja estructura social, resulta muy difícil organizar eficaz y unitariamente la comunidad política y reflejar en su dirección política a todas y cada una de las muchas tendencias colectivas existentes. Para integrar en los órganos de poder las distintas corrientes o facilitar su participación en los asuntos políticos, se acude a diferentes fórmulas de representación, a la formación de partidos políticos y a la organización de procesos electorales y votaciones.

Los Estados democráticos, en cuanto concreta forma de organización política, a) defienden el reconocimiento sin cortapisas de diversas

asociaciones intermedias entre el Estado y el individuo; b) se preocupan por lograr el máximo de participación de los ciudadanos y de estas asociaciones en las decisiones políticas, otorgando el máximo protagonismo a los grupos sociales; c) garantizan, para ello, la concurrencia de los partidos políticos a los procesos electorales; y d) extienden el sufragio universal.

La alusión del art. 1.1 de la Constitución al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico trae importantes consecuencias:

1. De entrada, supone una ruptura histórica con su precedente, el régimen franquista de partido único.

2. Significa, además, el reconocimiento de los partidos políticos y de otras formas asociativas dirigidas a asumir el poder o a participar en éste en nombre de la soberanía popular.

A lo largo del texto constitucional de 1978 pueden encontrarse varias manifestaciones específicas del pluralismo político:

a) La idea de pluralismo político aparece mencionada expresamente en el art. 6: “los partidos políticos expresan el pluralismo político...”.

b) El pluralismo sindical y el empresarial se contemplan en los arts. 7 y 28, respectivamente.

c) La concepción pluralista de la organización territorial del Estado (Título VIII) se traduce en el reconocimiento, por un lado, del derecho a la autonomía de las diversas nacionalidades y regiones que integran el nuevo Estado autonómico (art. 2), y, por otro, del pluralismo lingüístico y simbólico, como consecuencia de la configuración de ese mismo Estado autonómico (arts. 3 y 4).

d) El pluralismo ideológico y religioso aparece en el art. 16, con una mención honorífica a la Iglesia Católica, en atención a su mayor peso social, pero sin consecuencias jurídicas o discriminatorias relevantes respecto a otras confesiones.

e) El pluralismo reconocido en el ejercicio de la libertad de expresión, ya que se garantiza el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado a los “grupos sociales y políticos significa-

tivos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España” (art. 20.3).

f) La propia consagración de los ya mencionados derechos de asociación y participación en los asuntos públicos (arts. 29 y 23).

g) El pluralismo profesional (arts. 36 y 52), con la constitucionalización de los colegios profesionales, a los cuales se demanda una estructura y funcionamiento democráticos.

### 3. LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

#### A) *Concepto.*

Podemos definir los partidos políticos como “los grupos sociales que tienen por objetivo la conquista y el ejercicio del poder político para desarrollar un determinado ideario o programa político”.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP), descarta la naturaleza de los partidos políticos como órganos constitucionales y los califica de entes privados de base asociativa, que forman parte de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución.

#### B) *Funciones.*

El art. 6 CE destaca sus funciones básicas: “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”.

Es decir, los partidos políticos desarrollan las siguientes funciones:

a) Simplifican las opiniones y los intereses que aspiran a influir en el poder.

b) Definen las distintas opciones con que el pueblo puede responder a los problemas políticos.

c) Organizan e intervienen los procesos electorales.

d) Son un instrumento de ejercicio del poder, bien por su papel en el Gobierno o en el desarrollo de la oposición al partido en el poder.

e) Encauzan y resuelven los conflictos que sufre la sociedad.

### C) *Clases.*

Pueden establecerse varias clasificaciones de los partidos políticos y de sus regímenes:

a) El régimen de *partido único*, propio de los Estados totalitarios y de los regímenes autoritarios; y el régimen *pluralista*, en el que coexisten otros partidos con los que disputarse por alcanzar el poder.

b) El régimen *bipartidista*, propio de los países anglosajones, en el que dos partidos se disputan y se alternan en el poder; y el régimen *multipartidista*, propio de los países latinos, que puede dar lugar a gobiernos de coalición.

c) Por razón de su *ideología*, se diferencia entre los partidos progresistas y los partidos conservadores, según pretendan reformar o ampliar el régimen político vigente o conservarlo; partidos liberales o revolucionarios; partidos de derecha o de izquierda, definición característica de los países latinos, según el lugar que ocupaban originariamente los diputados en la asamblea francesa, y que obedece al apoyo de los primeros a la idea de autoridad y de los segundos a la de libertad.

d) Por razón de su *organización*, puede hablarse de partidos de cuadros y de partidos de masas. Los primeros compuestos por un reducido número de miembros, y los segundos por un número más elevado de personas.

### D) *Origen y evolución.*

El sistema de partidos surge en Inglaterra en el siglo XVII. Las facciones que mantenían entre sí luchas sangrientas se convierten en partidos que defienden distintas opiniones dentro de una misma concepción de los fundamentos de la vida pública. El régimen de partidos se organiza luego en dos: el *whig* y el *tory*, bajo la autoridad unitaria de la Corona. El partido que gobierna lo hace como “gobierno de su majestad” y el que se opone es la “leal oposición”. Lo característico es que la

oposición lo es a la forma de ejercer el concreto gobierno, pero no a la forma de organizar globalmente el Estado.

En contraposición al sistema inglés, y durante el siglo XIX, el resto de Europa apuesta por un régimen pluralista de partidos políticos, reflejo de las distintas concepciones ideológicas sobre diversos valores: la soberanía, la legitimidad monárquica, la cuestión religiosa... Estos partidos se oponen al mismo orden del Estado: cada partido tiene un concepto propio de su organización estatal.

A finales del siglo XIX y principios del XX, y con el fin de denunciar la incapacidad de los partidos burgueses para dar respuesta válida a los problemas sociales del proletariado, surgen los partidos de clase: primero, los socialistas y luego, los comunistas, como resultado de la revolución soviética de 1917. Estos partidos se adscriben a un movimiento internacional que preconiza la sustitución de la democracia liberal por la dictadura del proletariado.

Después de la I Guerra Mundial surgen los partidos únicos, bien sean de clase (socialistas, comunistas...), fascistas o nacionalsocialistas, que son, sobre todo, partidos insurreccionales en clara oposición al régimen político democrático, y que pretenden suprimir a los demás partidos e instaurar un régimen totalitario.

Tras la II Guerra Mundial, y en consideración a su papel decisivo en la derrota del fascismo y en la construcción de los nuevos Estados a raíz de 1945, los Estados democráticos de Derecho proceden a reconocer en su Constitución a los partidos respetuosos con el orden democrático (Francia, Alemania, Bélgica...). Conforme esta nueva óptica, los partidos se conciben como la expresión de una sociedad pluralista, en la que surgen como instrumentos que encauzan y concilian las diferencias ideológicas y los conflictos de intereses en el marco de la Constitución. Por otro lado, algunos Estados africanos y asiáticos se ven regidos por partidos únicos de corte revolucionario y nacional.

*E) Los partidos políticos en la Constitución de 1978.*

En 1978 tuvo lugar, por primera vez en la historia española, la constitucionalización de los partidos políticos.

El art. 6 los reconoce y, más que definirlos, establece sus funciones esenciales en el nuevo orden democrático.

La Constitución hace mención a su creación, a las causas de disolución y suspensión de su ejercicio, a sus funciones y a los principios que han de regir su actividad. Todos estos aspectos se desarrollan luego con mayor precisión en la LOPP.

a) En cuanto a su creación, el art. 6 establece que es libre dentro del respeto a la Constitución y a la ley, si bien el art. 22.3 requiere que todas las asociaciones se inscriban en un registro público, a los únicos efectos de publicidad. En ningún caso, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la Administración puede convertir esta inscripción en un medio de control sobre los partidos políticos para garantizar su adecuación al ordenamiento constitucional.

En un sistema democrático, tanto la creación de partidos políticos como su afiliación a ellos o desvinculación de los mismos, son actos libres y voluntarios. En consecuencia, nadie puede ser obligado a constituir un partido político o a integrarse o permanecer en el mismo (arts. 1 y 2 LOPP).

Los arts. 1 y 2 LOPP precisan que los promotores de un partido político deben ser españoles, mayores de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos, no estén sujetos a ninguna condición legal para el ejercicio de los mismos y no hayan sido penalmente condenados por asociación ilícita o por delitos graves en materia de terrorismo, salvo que hayan sido judicialmente rehabilitados.

El acuerdo de constitución debe formalizarse en un acta fundacional, reflejada en un documento público. La personalidad jurídica del partido político sólo se adquiere por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior (art. 3 LOPP). La inscripción debe practicarse en los veinte días siguientes a la presentación de la documentación completa, salvo que el Ministerio deduzca indicios racionales de ilicitud penal del partido, en cuyo caso lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal; éste, en los veinte días siguientes, optará por ejercer ante la jurisdicción penal las acciones correspondientes o por devolver la comunicación al Ministerio Fiscal si no observase indicios de ilicitud penal (arts. 4 y 5 LOPP).

La inscripción confiere la personalidad jurídica por tiempo indefinido, hace pública la constitución y estatutos del partido, vincula a los

poderes públicos y es garantía tanto para los terceros que se relacionan con el partido, como para sus propios miembros (art. 4.3 LOPP).

b) La disolución de los partidos políticos únicamente puede obedecer al acuerdo de sus miembros conforme a lo que establezcan los estatutos (disolución voluntaria) o a la decisión de la autoridad judicial competente en los términos de la LOPP (disolución forzosa). La disolución judicial de los partidos políticos o la suspensión de su actividad (la suspensión es temporal y desaparece en la medida en que desaparece la causa de la misma), sólo pueden responder a las causas que taxativamente establece la misma Constitución:

– Por ser su organización o su funcionamiento contrarios a los principios democráticos (art. 6).

– Por perseguir fines o utilizar medios tipificados como delitos (art. 22.2).

– Por tratarse de asociaciones secretas o de carácter paramilitar (art. 22.5).

La LOPP establece como causas de disolución judicial de un partido político las siguientes (art. 10.2):

. Que incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal.

. Que vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos.

. Que, de forma reiterada y grave, su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante conductas contrarias a las libertades y derechos fundamentales o que fomenten, propicien o legitimen la violencia o el terrorismo.

Por su parte, la suspensión judicial de un partido político sólo procede si así lo dispone el Código Penal o como medida cautelar acordada en un proceso penal.

La disolución de los partidos políticos o la suspensión de sus actividades competen a la jurisdicción ordinaria mediante resolución motivada, y no al Tribunal Constitucional (art. 22.4 CE). La disolución por asociación de ilicitud penal corresponde al juez de la juris-

dicción penal, y en los demás casos, a la Sala Especial del Tribunal Supremo (art. 10 LOPP)

Están legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político ante el Tribunal Supremo y su consecuente disolución, el Gobierno, de oficio o a instancia del Congreso de los Diputados o el Senado, y el Ministerio Fiscal (art. 11.1 LOPP). La sentencia no puede ser recurrida, sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 11.7), y es ejecutiva desde su notificación.

La disolución judicial produce los siguientes efectos: el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto, la improcedencia de tener en cuenta actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica (se presume fraudulenta la creación de un nuevo partido o la utilización de otro ya inscrito en el registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto), y la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados, con destino del patrimonio neto resultante a actividades de interés social o humanitario (art. 12.1 LOPP).

c) Las funciones primordiales de los partidos políticos se detallan en el art. 6 CE. Esta relación no tiene un carácter cerrado, ya que los partidos políticos pueden desempeñar más funciones que las citadas por el precepto constitucional, sin olvidar que también otros grupos sociales pueden participar en esas funciones:

– Son “expresión del pluralismo político”, si bien no son la única expresión del mismo. La Constitución garantiza la existencia de un régimen pluralista de partidos políticos y rechaza el sistema de partido único.

– “Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”. La expresión “concurren” denota que esta función se comparte también con otros grupos sociales. Además, de ella se deduce la necesidad de mantener una igualdad de oportunidades en el proceso de formación y manifestación de la voluntad popular que, aunque se exterioriza fundamentalmente a través de las elecciones, también se manifiesta en la formación política de los afiliados y simpatizantes.

– “Son instrumento fundamental para la participación política”. Tampoco aquí es posible considerar a los partidos como los únicos cauces,

aunque sí los más importantes, de participación política, pues, a diferencia de otras fuerzas sociales, los partidos se caracterizan por su intento de conquistar el poder para, desde allí, realizar su programa político.

d) Los principios rectores de su actividad se recogen en el citado art. 6, del que se pueden extraer los siguientes dos principios básicos:

– El principio de libertad de actividad, sin más límite que el respeto a la Constitución y a la ley. El art. 9.1 LOPP aclara que los partidos políticos deben respetar en sus actividades los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos; igualmente, deben desarrollar las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo. El núm. 2 de este precepto legal les impide vulnerar los principios democráticos, particularmente cuando en su actividad persigan deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático.

– El principio de democracia interna: la estructura y funcionamiento de los partidos políticos deben ser democráticos. El art. 7 LOPP desarrolla la organización y funcionamiento de los partidos políticos. Así, exige que los partidos tengan una asamblea general del conjunto de sus miembros, que podrán actuar directamente o por medio de compromisarios, y que, en su calidad de órgano superior del partido, adopta los acuerdos más importantes del mismo, incluida su disolución. En cuanto a los órganos directivos, éstos deben determinarse en los estatutos y proveerse mediante sufragio libre y secreto. Los estatutos deben prever, asimismo, procedimientos de control democrático de los dirigentes elegidos.

#### 4. EL RÉGIMEN ELECTORAL.

##### *A) El Derecho electoral: objeto y regulación.*

Algunos autores han acuñado la expresión “Derecho electoral” para designar aquella rama del ordenamiento jurídico que se preocupa de estudiar las cuestiones relacionadas con las elecciones políticas.

Estas cuestiones pueden reconducirse a cuatro:

a) La definición de quiénes son electores y elegibles.

- b) Las circunscripciones electorales y su determinación.
- c) El procedimiento de votación.
- d) Los sistemas de representación.

A éstas puede añadirse una quinta, en la que nos aproximaremos a la naturaleza y efectos de la representación política.

En este epígrafe vamos a ocuparnos sinópticamente de cómo ve la Constitución española estas cuestiones propias del Derecho electoral, si bien se deja de lado la minuciosa regulación detallada de estos aspectos constitucionales que opera la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en lo sucesivo, LOREG), y sus varias modificaciones, y que se refiere a los problemas administrativos, penales y financieros de las elecciones.

La característica formal más destacada del régimen electoral español es su extensa “constitucionalización”, es decir, que muchos de sus principios y contenidos básicos están recogidos en el propio texto de la Norma Suprema.

Con la excepción de la Constitución de 1812, que llevó a cabo una prolija regulación de las elecciones a Cortes, las demás Constituciones españolas tomaron la opción de remitir, casi por completo, el tratamiento de esta materia a la ley, lo que dio lugar a grandes y graves inestabilidades y manipulaciones políticas.

Con la loable intención de garantizar la neutralidad y la estabilidad del Derecho electoral, la Constitución regula por sí misma los principios estructurales del Derecho electoral, unos principios que procedían de la legislación electoral negociada durante la etapa de la transición entre el Gobierno y la oposición democrática.

Integran el núcleo central del régimen electoral no sólo el art. 23 CE, sino también los arts. 68, 69 y 70, relativos a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, el art. 140, sobre las elecciones municipales, y el art. 152, que se refiere a las Comunidades Autónomas de primer grado.

Además, la Constitución ha reservado a la ley orgánica la aprobación del “régimen electoral general” (art. 81.1 CE), y a la que se asigna la regulación tanto de “las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su

conjunto, como las correspondientes a las entidades territoriales en que se organiza, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y los Estatutos”.

*B) Quiénes son electores y elegibles.*

– Electores son los titulares del derecho de sufragio activo. La Constitución ha optado por el *sufragio universal* (art. 23.1 CE), reconociendo el derecho al voto a todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas (sufragio individual frente al sufragio corporativo y aceptación del sufragio femenino frente al masculino; rechazo del sufragio censitario, basado en circunstancias económicas, o del capacitario, basado en ciertos conocimientos o capacidades intelectuales), sin distinciones políticas, económicas, raciales o de sexo. Ahora bien, todas las legislaciones han exigido ciertas condiciones generales para ser titular del derecho al voto, tales como la edad (dieciocho años, según el art. 12), la capacidad mental, la ciudadanía (art. 13.2 CE), y hallarse en el pleno uso de los derechos políticos (art. 68.5 CE), esto es, no haber sido condenado penalmente, incapacitados o internados en hospitales psiquiátricos. Además de estas condiciones, para ejercer su derecho al voto, el elector ha de aparecer inscrito en el “censo”, que es el registro nominal de las personas con derecho a voto por reunir las condiciones exigidas por la ley.

– Elegibles son los titulares del derecho de sufragio pasivo. La Constitución parte de la regla general de que todo elector debe ser elegible, con la posibilidad de establecer algunas condiciones más exigentes que para el sufragio activo. Por ejemplo, para ser elegible es necesario tener nacionalidad española, salvo en las elecciones municipales, en las que pueden ser elegidos los extranjeros que tengan reconocido este derecho por tratado o ley, atendiendo a criterios de reciprocidad (art. 13.2 CE, modificado en 1992).

Asimismo, para ser elegible es necesario no incurrir en ninguna de las causas que fijan la Constitución (véase el art. 70.1 CE) o la LO-REG de *inelegibilidad* (incapacidad para ser candidato) o de *incompatibilidad* (prohibición para quien ha sido elegido y desempeña el cargo público electivo de ejercer ciertas funciones que pueden comprometer su objetividad).

C) *Circunscripciones electorales.*

En toda elección plural y simultánea, se han barajado las siguientes opciones:

1ª) Todos los electores pueden votar todos los puestos a elegir, con lo que nos encontramos ante el “colegio único nacional”.

2ª) Se divide a los electores, atendiendo a criterios demográficos (número de habitantes) o territoriales, en “circunscripciones” o “distritos electorales”, en los que se puede elegir sólo a uno de los candidatos (distritos uninominales) o a varios, pero no a todos (distritos plurinominales).

La Constitución española se ha inclinado, en el caso de elecciones generales al Congreso y al Senado, por la circunscripción provincial, con las excepciones de Ceuta y Melilla y de las islas en el caso del Senado (arts. 68.2 y 69.2).

En cambio, la LOREG ha establecido para las elecciones municipales y para los Cabildos insulares canarios el colegio único, así como para la elección indirecta de diputados provinciales. Para las elecciones al Parlamento Europeo, el sistema seguido es del colegio nacional único.

Las legislaciones electorales de las Comunidades Autónomas han optado por cualquiera de las tres clases de circunscripciones: la provincia, la isla o demarcaciones inferiores a la provincia. En el caso de las elecciones al Parlamento de Navarra, el sistema elegido ha sido el de colegio único.

D) *El procedimiento de votación.*

La Constitución se inclina generalmente por el sufragio directo, libre, periódico y secreto (arts. 23.1 y 68.1 para las elecciones al Congreso, y 69.2 para las elecciones al Senado).

El sufragio *directo* es el de elección simple, en el que el elector elige directamente al elegible, sin intermediarios. Se contraponen al sufragio “indirecto”, en el que la votación se divide en dos grados, designándose en el primer grado compromisarios que proceden luego a la elección definitiva (por ejemplo, las elecciones presidenciales de Estados Unidos). Aun cuando no lo prevean la legislación estatal ni la autonómica,

el sufragio directo no excluye que la elección se haga en una vuelta o en dos, exigiendo una mayoría o *quorum* determinado para ser elegido en la primera vuelta y mayoría simple en la segunda; de este modo, se obliga a realizar coaliciones electorales, retirando a los candidatos con menor apoyo electoral.

El sufragio *libre* supone, que el voto es un derecho que se ejerce voluntariamente, pero, además, que ese derecho no puede ser condicionado o coaccionado por terceros. Quien tiene derecho a votar, vota a quien quiere, si quiere votar. No obstante, algunos estados imponen el voto como obligatorio, sin merma de su condición de voto libre.

El sufragio *periódico* evita la perpetuidad en el poder con todas las nefastas consecuencias derivadas de la permanencia. La legislación estatal ha escogido el periodo de cuatro años con carácter general. La legislación europea, en cambio, fija en cinco el periodo de renovación de las elecciones al Parlamento europeo.

El sufragio *secreto* preserva al votante de todo intento de coacción y corruptelas. Supone el establecimiento de garantías técnicas para salvaguardar el secreto. Para ello se emplean las cabinas, la forma homogénea de las papeletas, sobres cerrados....

Por otro lado, frente al voto individual o de candidato, la legislación electoral española ha optado por el llamado voto categórico o de partido. Este último se desarrolla mediante listas cerradas y bloqueadas, y rige tanto en las elecciones al Congreso de los Diputados como en las municipales. También la legislación autonómica ha extendido esta modalidad a las elecciones de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En este tipo de listas cerradas, se elimina la personalización de la representación política y la posibilidad de exigir la responsabilidad política individual de cada Diputado.

#### E) *Los sistemas de representación.*

Los aspectos relacionados con el cómputo electoral y las técnicas de representación de la voluntad popular son, por su trascendencia, las cuestiones más discutidas del Derecho electoral. El sistema de representación condiciona el comportamiento de los partidos políticos, la es-

tabilidad de los gobiernos y, en definitiva, la consideración política de un régimen.

Los sistemas de representación son tres: el de mayorías, el de mayorías con representación minoritaria y el proporcional. A su vez, estos sistemas admiten otras variedades.

– El sistema de *mayorías* es el más simple. Se combina con el sistema de distritos reducidos en los que se elige un único representante, siendo elegido el candidato más votado. Es el seguido en las elecciones generales británicas.

– El sistema de *mayorías con representación minoritaria* es el utilizado en las elecciones generales al Senado. Cada elector vota uno o varios puestos menos de los que efectivamente van a ser elegidos (en las elecciones al Senado español se votan hasta tres nombres cuando el número de puestos a cubrir es cuatro).

– El sistema *proporcional* es el más complejo y admite varias modalidades. Consigue una representación mas próxima a la voluntad general y desecha menos sufragios. La Constitución española opta por este sistema en las elecciones al Congreso de los Diputados (art. 68.3) y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas de primer grado (art. 152.1), pudiendo las restantes elecciones desarrollarse conforme a otras fórmulas no proporcionales. Sin embargo, la LOREG ha extendido también el criterio de la proporcionalidad a las elecciones municipales, y otro tanto han hecho todos los Estatutos de Autonomía para las elecciones de sus Asambleas legislativas.

Asimismo, la Constitución deja que sea el legislador quien determine la variante específica de este sistema de representación proporcional. Entre los distintos tipos podemos destacar los de la media mayor y la del resto mayor; la primera, a su vez, admite varias versiones, entre ellas la más conocida es el método de Hondt.

El método de Hondt ha sido elegido por el legislador para las distintas elecciones españolas que siguen el sistema proporcional (elecciones al Congreso de los Diputados, al Parlamento Europeo, municipales y a los Parlamentos autonómicos, entre ellos, el de Navarra). El número de puestos correspondientes a cada lista resulta de la división

de los votos obtenidos por cada lista entre 1, 2, 3, 4, etc, adjudicando los puestos a elegir a los cocientes más altos.

Por su parte, el método del resto mayor atribuye el puesto no cubierto al partido que ofrezca un resto más alto de votos no utilizados.

La LOREG establece además un correctivo a la proporcionalidad, al excluir de la asignación de escaños en las elecciones generales a aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

*F) Naturaleza y efectos de la representación política.*

Sánchez Agesta define la representación política como “la participación del pueblo en los órganos deliberantes o decisorios del poder, participación que se actúa mediante la sustitución pública por razón de vínculos naturales o electivos, y en virtud de la cual los actos de sus representantes se consideran como actos del pueblo”.

La representación ha revestido históricamente formas muy diversas, pero es a partir de la Revolución francesa cuando se construyen dos teorías de la representación: la doctrina del mandato imperativo y la doctrina del mandato representativo.

La doctrina del *mandato imperativo* supone que cada representante lo es concretamente de sus electores, por lo que se encuentra sujeto a sus instrucciones en el ejercicio de su representación. Si el representante incumple el cuaderno de instrucciones y se separa de la voluntad de los representados, éstos pueden ejercer la revocación del mandato y destituirle.

La doctrina del *mandato representativo*, propia de los regímenes democráticos europeos, es contraria a la anterior. El representante se desvincula de sus electores concretos y representa a todo el pueblo, entendido como unidad política abstracta, sin que pueda el representante atender antes los intereses de sus electores que el interés general del pueblo. No cabe, en consecuencia, ningún cuaderno de instrucciones ni revocaciones del mandato. Esta es la postura que se recoge expresamente en el art. 67 CE: “los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”.

## 5. INSTITUCIONES DE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA: EL REFERÉNDUM Y LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR.

### A) *Concepto de democracia semidirecta.*

La doctrina distingue tres formas de actuación democrática: directa o pura, representativa, o semidirecta o mixta.

La democracia *directa* es el régimen en que el propio pueblo se gobierna a sí mismo sin que medien representantes. Instituciones de democracia directa son los concejos abiertos a que se refiere el art. 140 CE, en los que los vecinos con la condición de elector, normalmente de municipios muy pequeños (en la legislación estatal, de menos de cien habitantes), reunidos en asamblea, deliberan y acuerdan sus asuntos municipales.

La democracia *representativa*, en la que el pueblo se ve representado por una serie de órganos e instituciones dirigidas por personas físicas elegidas a tal fin. Es la más extendida. Se recoge para el Estado español en el art. 23.1 CE: “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

La democracia *semidirecta* o mixta, también llamada “semirrepresentativa”, intenta ser una mezcla de las dos anteriores. Se construye sobre la idea de una organización representativa, pero corregida por la introducción de instituciones o técnicas que garantizan la participación directa de los ciudadanos, tales como el referéndum, la iniciativa popular, el derecho de petición, la acción popular y el jurado en el ámbito judicial, la acción pública en el ámbito administrativo, ... Este sistema está reconocido constitucionalmente en el art. 23.1 CE: “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, *directamente*...”

De todas estas técnicas de participación directas, vamos a referirnos seguidamente a dos, que son fundamentales en el ámbito político: el referéndum y la iniciativa legislativa popular.

### B) *El referéndum.*

El referéndum es la votación encaminada a expresar el asentimiento o disentimiento del cuerpo electoral, a través de un “sí” o de un “no”, a una propuesta de decisión de un órgano del poder.

Se diferencia del *plebiscito*, pues éste es un acto político que expresa la confianza del electorado en un régimen o gobernante determinado, mientras que el referéndum es un acto jurídico de aprobación de una propuesta de decisión, normalmente legislativa.

Existen varias clases de referéndum:

- Por su materia: constitucionales, legislativos o administrativos.
- Por su eficacia: consultivos o de ratificación, según recaigan sobre una propuesta no articulada o sobre una resolución definitiva.
- Por su fundamento jurídico: obligatorios y facultativos.

La Constitución prevé varias modalidades de referéndum, cuya regulación concreta se remite, por el art. 92.3 CE, a una Ley Orgánica, la 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, modificada por la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre. Esta ley se redactó con cierta precipitación con motivo de la ratificación de la iniciativa autonómica en Andalucía.

Las modalidades de referéndum previstas en la Constitución son estas cinco, que permiten clasificar los referéndum en consultivos, constitucionales y autonómicos:

– El referéndum consultivo, regulado en el art. 92 CE, para las decisiones políticas de especial trascendencia. La redacción del precepto, que se refiere a cualquier decisión política, permite la posibilidad de celebrar tanto el referéndum en el proceso de redacción y aprobación de leyes, como el plebiscito. En todo caso, la convocatoria del referéndum no es obligatoria: el art. 92.1 CE emplea la expresión “podrán ser sometidas...”. Sus efectos no son jurídicamente vinculantes, sino que se limitan al ámbito estrictamente político.

– El referéndum para la reforma de la Constitución, previsto en los arts. 167 y 168 CE.

– El referéndum de iniciativa autonómica, contemplado en el art. 151.1 CE.

– El referéndum para la aprobación de Estatutos de Autonomía, establecido en los núms. 3 y 5 del apartado 2 del art. 151 CE.

– El referéndum para la modificación de Estatutos de Autonomía, previsto en el art. 152.2 CE.

Las características más destacables de la institución del referéndum en la legislación española son:

a) La autorización para convocarlo corresponde en exclusiva al Estado. Esta autorización corresponde al Gobierno, a propuesta de su Presidente, salvo en aquellos casos, como en el referéndum consultivo, en que la Constitución la reserva al Congreso de los Diputados.

b) Corresponde al Rey convocar el referéndum mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente. Este Real Decreto ha de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en todos los boletines oficiales autonómicos y provinciales.

c) No puede celebrarse referéndum durante los estados de excepción y sitio y en los noventa días siguientes a su levantamiento, ni tampoco, salvo los de reforma constitucional, en los noventa días siguientes a cualquier elección.

d) El referéndum se decide por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. La circunscripción es la provincia.

### C) *La iniciativa legislativa popular.*

La iniciativa popular pretende posibilitar la participación de los ciudadanos en la formación de las leyes. La mayoría de las Constituciones muestran muchas cautelas hacia esta figura, requiriendo una serie de condiciones que limitan su eficacia.

La Constitución de 1978 contempla esta institución participativa en su art. 87.3:

“Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia”.

La mencionada Ley Orgánica es la 3/1984, de 28 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular.

La Constitución excluye algunas materias de la iniciativa popular: las materias propias de ley orgánica, las tributarias, las de carácter internacional y la prerrogativa de gracia. Además, la citada Ley Orgánica au-

menta esta exclusión material, impidiendo la regulación de la planificación económica y la elaboración de los Presupuestos del Estado.

La iniciativa popular corresponde a los ciudadanos españoles mayores de edad que se encuentren inscritos en el censo electoral.

En el desarrollo de esta iniciativa se pueden distinguir tres etapas:

a) La presentación de la iniciativa, momento en el que la Comisión promotora de la iniciativa presenta ante el Congreso de los Diputados el texto articulado de la proposición, precedido de una exposición de motivos, así como la documentación exigida sobre las razones y promotores de la proposición. La Mesa del Congreso tiene un plazo de quince días para declarar su admisibilidad, de acuerdo con las causas que se señalan en el art. 5.2 de la Ley Orgánica. Contra la decisión de la Mesa, cabe el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b) La recogida de firmas. Una vez admitida a trámite la proposición, se procede, en el plazo máximo de seis meses, a la recogida de las 500.000 firmas exigidas, actuando como órgano autenticador de las mismas la Junta Electoral Central. El transcurso del plazo de seis meses, que podrá ser prorrogado por tres meses más por la Mesa del Congreso, supone la caducidad de la iniciativa.

c) La tramitación parlamentaria de la proposición. Una vez que la Junta Electoral Central ha realizado todas las operaciones de verificación de las firmas exigidas, la Mesa del Congreso ordena la publicación de la proposición para proceder a su toma en consideración. En todo lo demás, rige lo establecido para el procedimiento legislativo ordinario, con la salvedad de que las proposiciones no decaen por disolución de las Cámaras, aunque pueda retrotraerse al trámite parlamentario que decida la Mesa de la nueva Cámara elegida, sin que sea preciso acreditar la reunión del mínimo de firmas exigidas.

En Navarra, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), en su art. 19.2, prevé la iniciativa legislativa popular para participar en la redacción de leyes forales. Esta Ley Foral es la 3/1985, de 25 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular. Para el ejercicio de la iniciativa legislativa, la referida ley foral requiere las firmas de, al menos, 7.000 ciudadanos inscritos en el censo electoral de Nava-

rra. Se excluyen de la iniciativa las siguientes materias: a) aquéllas en las que la Comunidad Foral carezca de competencia legislativa; b) aquéllas cuya iniciativa corresponda, con carácter exclusivo, a la Diputación Foral y a los parlamentarios; c) las de naturaleza tributaria; y d) las de Presupuestos y de Cuentas Generales de Navarra.



## CAPÍTULO X

### EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCION DE 1978

*SUMARIO: 1. El Estado social en la Constitución española.- 2. La Constitución económica.*

#### 1. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

##### *A) Recordatorio del concepto de Estado social.*

Ya hemos indicado con anterioridad que el art. 1.1 CE califica al Estado español como un Estado social. Y hemos subrayado también que el Estado social es un intento por superar la visión formalista de los derechos del ciudadano en la que cayó el liberalismo, de modo que se logre ahora un ejercicio efectivo de esos derechos por todos, especialmente de los derechos sociales. Específicamente, el Estado social persigue que el principio de igualdad se materialice en la práctica, para lo cual el Estado de Derecho afronta el hercúleo reto de suprimir todas las trabas y barreras existentes en la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza, que puedan impedir la realización de tal principio: económicas, raciales, administrativas, legales, culturales...

En su nuevo papel, el Estado deja de ser un simple gendarme o policía encargado de garantizar el orden público. Ahora se convierte en

un sujeto que interviene activamente en la vida pública, preocupado por ordenar y conformar la sociedad hasta conseguir la eliminación de los obstáculos reales, y no solamente formales, que condicionan al hombre su existencia o limitan su libertad e igualdad efectivas. En contraposición teórica al “no hacer” del Estado liberal, el nuevo modelo de Estado se interesa por el hacer o por el dar.

El Estado social asume el deber de realizar prestaciones positivas para garantizar un mínimo existencial a los ciudadanos y para promover las condiciones de satisfacción de necesidades individuales y colectivas que el mercado no proporciona. Con la finalidad de conseguir su objetivo igualador, el Estado penetra directamente en el sistema socio-económico. De este modo, interviene en la economía con la finalidad de evitar desequilibrios sociales, planifica actividades e, incluso, se convierte en empresario en determinados sectores.

A este Estado social se le conoce también como Estado asistencial, de procura existencial o de bienestar social. Más recientemente se habla de la sociedad del bienestar para destacar, por un lado, el papel activo de la sociedad cuyas iniciativas privadas también se conciertan con el Estado y, por otro, el papel receptor por parte de la ciudadanía de los servicios público y sociales; aun cuando no se haga referencia al término “Estado” en esta sociedad del bienestar, no puede entenderse ésta sin la intervención decidida y mayoritaria de los poderes públicos.

#### *B) Manifestaciones constitucionales del Estado social.*

La Constitución de 1978 apuesta claramente por el Estado social de Derecho. En su primer precepto, piedra angular de todo el posterior edificio constitucional, ya define a España como un Estado social y democrático de Derecho.

¿Cuáles son las consecuencias que cabe extraer de que el texto constitucional apueste de una manera tan firme por el Estado social? O dicho de otro modo, ¿cuáles son las manifestaciones del Estado social en la Constitución española? Son las siguientes:

##### *1) Una mayor incidencia en el principio de igualdad.*

La Constitución supera, aunque mantiene, el concepto liberal del principio de igualdad como algo negativo (no hacer) o prohibitivo. Esta concepción prohíbe al Estado discriminar a las personas por cir-

cunstancias tales como el sexo, la edad, el nacimiento, la raza, la religión, la opinión o cualquier otra circunstancia o condición personal o social (art. 14 CE).

A partir de ahora, el Estado social está obligado a conseguir que la igualdad de todos sea real y material. El art. 9.2 recoge la visión positiva del principio de igualdad y encomienda a los poderes públicos hacer efectiva la igualdad: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Este precepto se inspira en la denominada “cláusula de transformación social” del art. 3 de la Constitución italiana, aprobada tras la II Guerra Mundial.

El Estado está encargado no sólo de tratar a todos los ciudadanos como iguales formalmente ante la Ley, sino de corregir desigualdades sociales, aunque, paradójicamente, ello le suponga tratar en ocasiones desigualmente a los ciudadanos (por ejemplo, en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas; en las relaciones laborales; en favor de las mujeres o de las personas minusválidas...). Pero, en todo caso, esta discriminación positiva ha de estar justificada y ser objetivable; no puede basarse en meros criterios subjetivos. Si no existiera en la legislación positiva o en la actuación de los poderes públicos una motivación razonable de esa diferencia de trato, se vulneraría el principio de igualdad ante la ley proclamado en el art. 14 CE y se estaría actuando al margen del ordenamiento jurídico.

2) *Una mayor preocupación por la dignidad de la persona.*

Se recoge de forma expresa en el art. 10.1 CE, en donde se convierte a la persona y su individualidad en el centro y razón de ser de todas las relaciones humanas, arrinconando y, sobre todo, condenando de forma indirecta los colectivismos, los totalitarismos y cualquier ideología que anteponga los derechos de un grupo social a los derechos básicos del ser humano. Este precepto proclama que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Necesariamente ha

de existir, pues, un orden social acorde con una vida humana digna para que la paz y la justicia puedan triunfar.

3) *El reconocimiento de los llamados derechos económico-sociales en cuatro campos.*

A. *En el terreno de las relaciones de producción*, especialmente, al reconocer los derechos de sindicación, huelga, negociación colectiva, a adoptar medidas de conflicto colectivo y al trabajo, sea en su dimensión individual (art. 35.1) o colectiva (art. 40.1).

B. *En el terreno de la asistencia social*, a fin de facilitar una cierta calidad de vida. En este campo destacan los derechos a la seguridad social, como sistema de solidaridad nacional, a la educación, la vivienda, la sanidad, la protección del medio ambiente, la atención a la juventud y la tercera edad, y la protección del consumidor.

C. *En el terreno de la protección a determinados grupos sociales*, sean éstos grupos básicos (como la familia) o estén situados en desventaja respecto de la sociedad (como ocurre con las personas con minusvalías).

D. *En el terreno de la limitación social de los clásicos derechos liberales*, en especial, del derecho a la propiedad privada, según el art. 33.2, cuya función social delimita su contenido y que puede incluso ser expropiado por causa de interés social o utilidad pública.

4) La configuración de un conjunto de preceptos sobre las materias cultural, científica y de enseñanza que componen lo que podría denominarse la *Constitución cultural*. En efecto, la CE contempla la cultura:

A. *Como ámbito de la vida humana*. Así, el preámbulo constitucional habla de dos dimensiones del genérico “progreso”: la económica y la cultural. El art. 9.2 CE atribuye a los poderes públicos la tarea de facilitar la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social. El art. 48 CE obliga a promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

B. *Como derecho* al que todos tienen acceso (art. 44.1), con mención especial a los presos (art. 25.2) y a la tercera edad (art. 50).

C. *Como función de los poderes públicos* (arts. 3, 50 y 149.2 CE), de todos los poderes públicos, sea el Estado, las Comunidades Autónomas

o cualesquiera otros, y que convierten la cultura en un servicio público a prestar.

5) *La regulación por la Constitución de las bases del sistema económico.*

Que es lo que se ha dado en llamar la “Constitución económica” y que estudiaremos en el siguiente número con una especificidad propia.

## 2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.

La doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional definen la *Constitución económica* como el “conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”.

Esta definición ya parte de la consideración del Derecho y de la economía como dos realidades distintas, pero interdependientes. Se marginan así, en primer lugar, las teorías liberales, para las que economía y Derecho son dos realidades diferentes e independientes, hasta el extremo de que el Estado no debe intervenir en ellas más allá de la actividad policial de salvaguarda del orden público y deben dejarse las relaciones económicas a la libre iniciativa de los particulares, sin introducir elementos de alteración de la competencia y del mercado. Y, en segundo término, también se arrincona la concepción del Derecho como una superestructura de las relaciones económicas, en donde las normas son las reglas dictadas por el Estado para la defensa de los privilegios de las clases sociales más pudientes —la burguesía— en contra de los intereses de la clase obrera —el proletariado—, que es lo que defienden los autores partidarios del materialismo histórico a partir de los postulados de Karl Marx. El Estado social defiende un orden social justo, por lo que necesariamente se ve obligado a intervenir en las relaciones económicas con el fin de evitar desigualdades sociales que pongan en peligro el propio sistema jurídico-económico. En el Estado social, el Derecho tiene por misión ordenar y reglamentar las relaciones sociales según la forma considerada en cada caso como más conveniente por el poder político para mantener el orden político y la paz social.

Se ha discutido mucho sobre cuál es el modelo económico que instaura la Constitución de 1978. Incluso, se han barajado las siguientes

opciones: a) si establece la economía de mercado, entendida como sistema capitalista; b) si permite un sistema socialista de planificación centralizada; c) si es una economía social de mercado, que gira alrededor del capitalismo, con sus principios de propiedad privada y libre iniciativa económica, pero sujeta a las fuertes correcciones que pueda introducir el Estado; d) si es un modelo mixto en el que concurren el sector público y el privado en todos los campos de la actividad económica; o e) si es un modelo abierto, no rígido, en el que puede llevarse a cabo cualquier modelo económico, bien sea el liberal, el intervenido o el planificado.

Pues bien, lo que está claro es que la Constitución excluye el sistema económico liberal puro o clásico. Este “liberalcapitalismo” en estado natural lo impiden los principios rectores de la política económica y social y diversos arts. de los Títulos I y VII, relativos a la intervención estatal, el sistema fiscal, la función social de la propiedad, etcétera.

Tampoco la Constitución impone un modelo plenamente intervenido, ni de planificación centralizada e imperativa, por vedarlo los preceptos que consagran la libertad de empresa y la libre circulación de personas y bienes.

Lo cierto es que una Constitución democrática no puede imponer un sistema económico determinado. En un Estado democrático, la Constitución debe permitir a los partidos políticos mayoritarios cumplir sus programas electorales. Es decir, la Constitución debe ser abierta a la hora de diseñar las bases del sistema económico, pero no tan abierta que permita llegar al punto de que se incumpla su función de ordenar jurídicamente la realidad. Debe ser flexible, pero manteniendo un marco básico o unos principios generales inalterables.

Y ese marco básico al que parece que se quiere aproximar la Constitución española es el de economía de mercado con un posible y, en ocasiones obligado, intervencionismo del Estado para corregir ciertas desviaciones o desequilibrios sociales o territoriales. El grado de intervencionismo público será mayor o menor, según la mayoría en el poder y la situación económica general. No cabe, pues, el capitalismo puro y duro preconizado por la Escuela de Chicago sin que el Estado incumpla gravemente las obligaciones y objetivos que impone la Constitución; ni cabe tampoco un sistema parecido al desaparecido régimen so-

viético de planificación centralizada o imperativa. Otra cosa es la posibilidad de una planificación indicativa, que actúe con recomendaciones para el sector privado y que cabe perfectamente en el cuadro constitucional.

Como hemos visto, el Estado social debe intervenir para corregir los efectos perniciosos de un sistema de relaciones sociales en el que todo se deja al mercado. Para ello, el Estado puede reservar al sector público todo un ámbito económico concreto, cosa que no puede hacer a favor del sector privado, y también debe lograr una más justa distribución personal y regional de la renta, pero no puede establecer un sistema tributario confiscatorio, ni puede tampoco impedir la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Vamos a ver cuáles son los fundamentos de la llamada Constitución económica de 1978:

*A) El reconocimiento de la propiedad privada y sujeción de ésta a la función social que está llamada a desempeñar.*

Básicamente, se recoge en los siguientes preceptos:

– El art. 33, que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, si bien el contenido de estos derechos queda delimitado seguidamente por su función social, lo cual tendrá lugar en cada caso de acuerdo con las leyes.

– El mismo art. 33, que autoriza la expropiación por causa de utilidad pública o interés social con el pago de una indemnización, de acuerdo con las leyes. La indemnización no necesita ser previa, pudiendo ser posterior. La norma habilitadora para llevar a cabo la expropiación puede ser incluso un Decreto-ley específico (como ocurrió con la expropiación del grupo empresarial RUMASA, llevada a cabo en 1983).

– El art. 128.1 CE subordina toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general.

– El art. 129.2 ordena a los poderes públicos que promuevan diversas formas de participación en la empresa, fomenten las sociedades cooperativas y faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Así, queda constitucionalmente habilitada una

política económica tendente a establecer formas de cogestión y democracia empresarial.

– El art. 130.2 ordena a los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.

– La propiedad privada está limitada por la necesidad de proteger y conservar los valores naturales y medioambientales, la sanidad pública, la protección del consumidor... Esto se constata principalmente en las limitaciones legales a la propiedad inmobiliaria.

*B) El reconocimiento de la libertad de empresa.*

El art. 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo cual impide la existencia de monopolios empresariales.

Este precepto no supone, en modo alguno, la consagración del capitalismo. El art. 128.2 CE es el otro fiel de la balanza: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, esencialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiese el interés general”.

*C) Facultad del poder público para actuar en la economía.*

El mencionado art. 128.2 es fundamental en este sentido. Recoge los instrumentos de la acción económica del Estado en orden de menor a mayor incidencia estatal en el sistema económico: a) la intervención de empresas, b) la reserva al sector público de servicios y recursos esenciales, y c) la iniciativa económica pública. A ellos debe añadirse la planificación.

*C.1. La intervención.*

La intervención no debe confundirse con la socialización de medios de producción. La intervención influye en el ejercicio de actividades privadas, mientras que la socialización traspasa esas actividades del sector privado al público.

La intervención estatal afecta a la gestión de las empresas, pero no a la titularidad de éstas, sustituyéndose órganos ordinarios por otros extraordinarios, nombrados o controlados por el Estado. La intervención pública debe hacerse en aras del interés general, lo cual supone la necesidad de justificar esa intervención sin que en esta tarea le falten tí-

tulos al Estado. Así, el Estado puede intervenir con cualquiera de estas finalidades o de otras:

- Para proteger la economía de mercado.
- Para proteger la salud y al consumidor.
- Para regular operaciones mercantiles en las que se limite la libertad de elección del comprador.
- Para defender la competencia frente a prácticas abusivas.
- Para intervenir en los precios de los productos de primera necesidad.
- Para regular actividades al servicio del público (alimentación, transporte, farmacia, industria hotelera...).

*C.2. La reserva al sector público de servicios y recursos esenciales y la iniciativa económica pública.*

A pesar de las políticas privatizadoras, no puede negarse el peso y la presencia del sector público. En cambio, el sector privado depende, en épocas de crisis e incluso en situaciones ordinarias, del gasto público, en forma de ayudas financieras y a través de contratos y conciertos celebrados con organismos públicos.

Ahora bien, la existencia de un sector público debe estar apoyada en el interés general. No cabe un sector público que no atienda ese interés. Por eso, los recursos y servicios que estén en manos del sector público han de ser esenciales para la comunidad, lo cual no impide su gestión por particulares mediante concesión administrativa (tal es el caso de los medios de radio y televisión privadas, las aguas...). La reserva estatal ha de hacerse por ley, que puede ser general para todo un determinado sector o singular para cada acto de reserva.

Tanto por iniciativa económica pública como por reserva al sector público, el Estado puede constituir empresas públicas (el Estado aparece aquí como un empresario), si bien éstas no pueden ser las únicas del mercado, ya que siempre debe respetarse el principio de libre competencia.

*C.3. La planificación económica.*

La planificación es una técnica consistente en establecer unos objetivos a alcanzar en un periodo de tiempo determinado y en prever las acciones y medios necesarios para ello.

La economía planificada se opone a la economía libre del sistema liberal. Ha sido utilizada por diversos tipos de Estados: el extinto Estado soviético, donde alcanzó la mayor fama por optarse por una planificación centralizada, total e imperativa; el nacionalsocialista, inspirado en la planificación soviética pero respetando la iniciativa empresarial; el capitalista, como medio de ordenar el creciente intervencionismo del Estado, esencialmente en Francia, donde consiguió gran prestigio por su racionalidad y eficacia; o el régimen autoritario de Franco, quien la utilizó al final de su poder en los Planes de Desarrollo Económico y Social.

Pero la idea de planificación se abandona con la crisis económica de 1973. Algunos países, entre ellos España, abandonan toda planificación económica global y todavía no han vuelto a su uso, si bien la han mantenido en determinados sectores o subsectores productivos.

La planificación que prevé la CE en su art. 131 obedece a los siguientes rasgos:

– Es potestativa: no es una obligación, sino una posibilidad del Estado.

– Es indicativa o liberal: no puede prohibir la libre iniciativa empresarial, ni la economía de mercado. Es vinculante para el sector público, pero fundamentalmente recomendativa o voluntaria para el sector privado.

– Es democrática: exige, en el art. 131.2, la participación de las fuerzas sociales y económicas (sindicatos, organizaciones profesionales, empresariales y económicas) en el proceso de elaboración del Plan, en forma de asesoramiento y colaboración, todo ello en el seno del Consejo Económico y Social, regulado por la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social, parcialmente modificada por Ley 31/1991, de 30 de diciembre. Este Consejo se configura como un órgano consultivo del Gobierno en las materias socioeconómica y laboral. Lo integran sesenta y un miembros: representantes de organizaciones sindicales y empresariales, de los sectores agrario y pesquero, de los consumidores y de las cooperativas y las sociedades laborales, y un grupo de expertos. La planificación también requiere la participación de las Comunidades Autónomas, que suministrarán previsiones,

de acuerdo con las cuales el Gobierno confeccionará el Plan. Este Plan se aprobará por ley de las Cortes Generales.

– Es general: debe atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1 CE).

– Debe estar compenetrada entre el Estado y las Comunidades Autónomas: una vez asegurado el papel coordinador y programador de las bases de la planificación que corresponde al poder central según el art. 149.1.13ª CE, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar legislativamente esas bases (que actúan al mismo tiempo como un límite), ejecutar la planificación general en su ámbito territorial, y, finalmente, proceder ellas mismas a planificar la economía regional de acuerdo con su respectivo Estatuto de Autonomía, que les ha reservado dicha competencia. Esta actuación económica de las Comunidades Autónomas debe coordinarse con la política económica nacional por exigencias del principio de unidad del sistema económico. Sin embargo, la planificación general no puede servir de excusa para impedir a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus respectivas competencias en materias económicas o conexas, como el urbanismo o la ordenación del territorio.

*D) Fijación de un sistema tributario justo.*

La Constitución garantiza la existencia de un sistema tributario informado por los principios de justicia tributaria, legalidad, unidad y posible retroactividad.

– El *principio de justicia tributaria* se desarrolla en el art. 31.1 CE: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

La justicia tributaria se cumple si se dan simultáneamente los cuatro principios citados: a) igualdad, b) generalidad (todos deben contribuir), c) capacidad económica (se tributa más o menos según dicha capacidad sea mayor o menor) y d) progresividad (no basta con la proporcionalidad, el sistema debe ser además progresivo; esta progresividad, que en ningún caso puede ser confiscatoria, se predica respec-

to del sistema tributario en su conjunto, y no respecto de cada tributo que lo integra).

– *Principio de legalidad*. El art. 31.3 dispone que “sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter publico con arreglo a la ley”. A su vez, el art. 133.1 proclama la potestad originaria del Estado central para establecer los tributos mediante ley. Y el apartado segundo autoriza a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales a establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes. Debe tenerse presente respecto de las corporaciones locales que no basta con que el legislador las habilite para que regulen sus tributos, sino que ha de hacerlo él por ley, correspondiendo a la entidad local precisar el tipo aplicable.

– *Principio de unidad*. El art. 30.1 CE habla de *un* sistema tributario. La unidad de dicho sistema en todo el territorio del Estado se vincula con el principio de igualdad de todos los españoles. No obstante, la unidad no es total, puesto que los territorios forales conservan sus competencias fiscales distintas de las del Estado, y las Comunidades Autónomas pueden introducir modificaciones en algunos tributos del Estado (por ejemplo, el IRPF) y también pueden establecer impuestos propios relacionados con el ejercicio de sus competencias.

– *Retroactividad posible*. La Constitución no prohíbe la retroactividad tributaria, pues las normas tributarias no son unas disposiciones sancionadoras desfavorables ni restrictivas de derechos individuales. Por tanto, no cabe oponer a la reforma fiscal tal principio constitucional de irretroactividad.

#### *E) Función redistributiva de los Presupuestos Generales del Estado.*

Los Presupuestos constituyen uno de los instrumentos de la política económica y social más poderosos del Estado social, una vez superada su visión como elemento garante del Estado de Derecho, que lo veía como un freno al poder exaccionador del Rey y luego del Estado.

El Presupuesto es una ley, una auténtica norma jurídica, que, por un lado, autoriza la cuantía máxima de los gastos estatales durante un tiempo determinado (un año, según el art. 134.2 CE) en las atenciones que detalladamente se especifican, y, por otro y simultáneamente, prevé los ingresos necesarios para esos gastos.

El Presupuesto desempeña un distinto papel respecto de los ingresos y de los gastos. Mientras que no es más que una previsión o cálculo de los primeros, sin efectos jurídicos, sí los tiene en relación con los gastos en un triple sentido:

- a) Autoriza a la Administración a realizar el gasto público.
- b) Limita la cantidad de gasto, y
- c) Fija el destino que ha de darse a los créditos aprobados en él.

Conforme al art. 31.2, el gasto público ha de realizar una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución debe responder a criterios de economía y eficacia.

Por tanto, el Presupuesto es un instrumento de redistribución del Estado social. De ahí que, cada año, se libere alrededor de su elaboración y aprobación una de las más importantes batallas políticas. Su control equivale a la lucha por el poder político real del Estado, y la reserva de su aprobación a la ley ha sido históricamente la institución básica del sistema parlamentario.

No obstante, la aprobación parlamentaria del Presupuesto tiene hoy un significado político distinto del de antaño. Antes las Cámaras podían modificar el presupuesto, cuestionar unos gastos y crear otros, de modo que el Parlamento condicionaba estrechamente al Gobierno. Hoy, con el reforzamiento del poder ejecutivo se han ido reduciendo las facultades parlamentarias, hasta el punto que la verdadera discusión del Presupuesto se libra fuera del ámbito parlamentario a la hora de su elaboración por el Gobierno. Cada grupo social y cada sector económico disputa previamente a su aprobación en los ministerios la asignación de su correspondiente partida. Por otro lado, el carácter plurianual de las decisiones y programas vinculan las cifras de gastos para ejercicios futuros y condicionan el margen de maniobra anual de los gobiernos y del Parlamento.

La aprobación de los presupuestos generales del Estado, que se realiza mediante una ley especial, está sometida a un procedimiento específico, previsto en el art. 134 CE. Su elaboración corresponde al Gobierno, mientras que su examen, enmienda y, finalmente, aprobación, son funciones de las Cortes Generales.

Estos Presupuestos responden a los siguientes principios:

- Tienen carácter anual (principio de anualidad).
- Han de incluir la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal (principios de unidad y universalidad).
- En ellos se han de consignar el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado (art. 134. 2 CE).
- En ningún caso, la ley que los apruebe puede crear tributos, aunque se admite la modificación de éstos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea (art. 134.7 CE).

Para la aprobación de los Presupuestos, el Gobierno debe presentar ante el Congreso de los Diputados el correspondiente proyecto, al menos, tres meses antes de la expiración de los del año anterior (art. 134.3 CE). Si la Ley de Presupuestos no se aprueba antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se consideran automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos (art. 134.4 CE).

La Constitución admite la posibilidad de introducir cambios presupuestarios que impliquen aumento del gasto público o disminución de ingresos durante el ejercicio económico mediante la presentación por el Gobierno de proyectos de ley (art. 134.5 CE), o en virtud de proposiciones o enmiendas, si bien se requiere en este último supuesto la conformidad del Gobierno para su tramitación (mismo precepto).

Dada la especialidad de su contenido y tramitación, la ley de presupuestos no puede tener otro contenido distinto que el relacionado con las previsiones de gastos o ingresos del Estado y con la actividad económica del Gobierno. Todo aquello que no guarde relación directa con este contenido está condenado a ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional (por todas, véase la STC 67/2002, de 21 de marzo).

## CAPÍTULO XI

# EL ESTADO AUTONÓMICO. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

*SUMARIO: 1. Antecedentes históricos.- 2. Principios constitucionales configuradores del Estado autonómico.- 3. Los Estatutos de Autonomía.- 4. La organización de las Comunidades Autónomas.- 5. La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.- 6. Las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.- 7. La Administración Local en la CE.*

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Conforme a su art. 2, la Constitución española se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.

A partir de este precepto, la norma constitucional pretende dar solución al espinoso problema de la organización territorial del Estado español, un Estado en el que existen territorios y pueblos con notorias particularidades geográficas, culturales, históricas y lingüísticas, que han sido tradicionalmente ignoradas, cuando no reprimidas. Para ello, instaura un Estado descentralizado política y administrativamente, al que se denomina “Estado autonómico”, en referencia al reconocimien-

to del derecho de autonomía de las colectividades territoriales que lo integran.

El centralismo del Estado español ha sido una constante histórica. Ahí están los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, al final de la Guerra de Sucesión, que acabaron con los regímenes jurídico-políticos propios de Cataluña, Aragón y Valencia; la concepción de un Estado liberal contrario a las aduanas y privilegios económicos y sociales y eliminador de las trabas fronterizas; la artificial estructura provincial impuesta en 1833 por Javier Burgos; la supresión o reducción de los regímenes forales existentes como consecuencia de las guerras carlistas; las dictaduras militares, especialmente la de Franco, que concentraron todo el poder en uno o en pocos órganos del Estado y negaron cualquier manifestación política o jurídica de carácter regional...

Hasta 1978, las reivindicaciones regionales de autogobierno sólo encontraron intentos de encauzamiento constitucional en las dos Constituciones republicanas, la de 1873 y la de 1931. La primera preveía un Estado federal, y la segunda apostó por el Estado regional o “integral”. Al amparo de esta última, nació el régimen estatutario de Cataluña, llegó a aprobarse el Estatuto del País Vasco y se plebiscitó el Estatuto de Galicia. El alzamiento de 1936 dio al traste con todos los procesos de regionalización.

Con anterioridad inmediata a la Constitución de 1978, y tras la muerte de Franco, la transición política también abordó esta cuestión: La Ley para la Reforma Política reconoció el hecho regional, y se crearon por Decreto-ley regímenes provisionales de autonomía (las conocidas como “preautonomías”), a partir de 1977, siendo los primeros Cataluña, que restableció su Generalidad, y el Consejo General Vasco. Se trataba, sin más, de Administraciones descentralizadas, carentes, por tanto, de potestades políticas o legislativas.

## **2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CONFIGURADORES DEL ESTADO AUTONÓMICO.**

Como hemos visto, la Constitución diseña un modelo de Estado, al mismo tiempo, unitario y autonómico. Los principios que caracterizan

la nueva organización territorial de este Estado surgido en 1978 son los siguientes:

*A) El principio de unidad del Estado.*

La organización territorial del Estado español se desprende básicamente de dos preceptos de la Constitución de 1978:

– El art. 2 CE: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación Española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Este precepto habría que conectarlo a su vez con el art. 1.2 CE: “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

– El art. 137 CE: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Estos entes gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

Como puede verse, concurren aquí cuatro ideas nucleares del nuevo Estado: la preexistencia de una única Nación, la española, depositaria de la soberanía popular; el carácter indivisible e indisoluble de esta Nación; el derecho a la autonomía que se reconoce a las colectividades territoriales mayores (nacionalidades y regiones) y menores (municipios y provincias); y la solidaridad entre todas estas colectividades territoriales.

De este modo, la forma de organización territorial del Estado español que resulta de la Constitución es la de un Estado unitario autonómico. No es un Estado federal, sino un Estado unitario. Este carácter unitario significa que no se reconoce a las regiones o a las nacionalidades el derecho a la autodeterminación en su concepto más amplio, entendido éste como un derecho a constituirse en otro Estado, a secesionarse del Estado español o a asociarse con éste mediante fórmulas confederales o federales. La soberanía y el derecho a la libre determinación corresponden, conforme a la voluntad del poder constituyente, sólo al pueblo español, y no a partes de él. Sí reconoce la Constitución, en cambio, el derecho a la autodeterminación en su expresión menos amplia, como un medio de facilitar el acceso de los pue-

blos que integran el Estado español a su propio gobierno mediante fórmulas avanzadas de descentralización política y administrativa. En este sentido, no debe olvidarse que ni el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni su gemelo art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, imponen una interpretación del derecho de libre determinación de los pueblos que sólo signifique la constitución de nuevos estados. Desde una perspectiva jurídica, también se cumple el precepto si se deja a los pueblos libertad para configurar su condición política en el marco de los Estados signatarios de los Pactos.

*B) El principio de autonomía.*

“Autonomía”, en sentido terminológico (del griego *auto*, por sí mismo, y *nomos*, norma), significa la posibilidad de dictar las normas jurídicas que se entiendan oportunas. En el preciso sentido constitucional, “autonomía” significa la posibilidad de constituir una organización política que ejerza parte del poder del Estado, incluida la facultad de dictar normas jurídicas. Este es el sentido que nos interesa a nosotros ahora.

La Constitución española reconoce expresamente —y no sólo eso, garantiza además—, el derecho al acceso a la autonomía de las regiones y nacionalidades para la gestión de sus respectivos intereses. Estos intereses son, lógicamente, intereses públicos, generales y diferentes de los estatales.

El texto constitucional admite, pues, la posibilidad de una doble descentralización territorial: La *política*, a favor de las nacionalidades y de las regiones, que pueden constituirse voluntariamente en Comunidades Autónomas, y que gozan de autonomía política. Este tipo de autonomía permite a las Comunidades Autónomas dictar leyes y llevar a cabo determinadas políticas gubernamentales. Como se declara en la STC 37/2002, de 14 de febrero, “la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad y región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto”. Y la *administrativa*, a favor de las provincias y de los municipios, porque son Administraciones públicas sujetas a la ley, sea la estatal o la autonómica.

La autonomía que nos interesa estudiar en este punto de este Capítulo es la de las nacionalidades y regiones, pues ésta tiene una naturaleza y contenido políticos, mientras que la autonomía de los entes locales es una autonomía de carácter única y exclusivamente administrativo. Como ha indicado el Tribunal Constitucional en su STC 4/1981, de 2 de febrero, “las Comunidades Autónomas gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política”.

No debe confundirse “soberanía” con “autonomía”. Son conceptos distintos.

La soberanía es un poder político absoluto e ilimitado jurídicamente. El pueblo soberano puede incluso reformar la Constitución y dictar una nueva.

La autonomía, en cambio, no es un derecho ilimitado. No es soberanía y, dado que la organización autónoma es una parte del Estado, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al principio de unidad del Estado ni a otros principios que se derivan de éste: solidaridad, igualdad de las Comunidades Autónomas, igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos, unidad económica... El Estado español en su sentido amplio es un todo, y en su sentido concreto, como poder político central, se encuentra en una posición de superioridad, consecuencia del principio de unidad y de la prevalencia del interés general de la Nación. La autonomía es, pues, un poder limitado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, y 221/1992, de 11 de diciembre). La expresión “autonomía” da idea de formar parte de un todo, por lo que no puede superponerse al principio de unidad del Estado español, sino que es precisamente dentro de este principio donde alcanza su verdadero sentido. Incluso, en el caso de las Comunidades Autónomas, que gozan de una autonomía política, ésta queda fijada por el Estatuto de Autonomía, en el que se articulan las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, dentro del marco establecido en la Constitución [art. 147.1 y 2.d)].

C) *El principio de libre disposición de la autonomía.*

La autonomía de las nacionalidades y regiones se caracteriza por ser un *derecho* que las nacionalidades y regiones, si quieren, lo ejercitan o no, y una vez ejercitado conforme a la Constitución, se constituyen en una organización política constitucional, las Comunidades Autónomas. La Constitución no impone a las regiones el deber de que se constituyan en Comunidades Autónomas, ni establece un obligatorio mapa autonómico; aquéllas ejercitan su derecho voluntariamente.

Consecuencia de lo anterior, tampoco la Constitución impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes (STC 37/2002, de 14 de febrero). Conforme a este principio, las Comunidades Autónomas pueden contar con la organización que crean más conveniente (STC 225/1998, de 25 de noviembre).

Los titulares de este derecho a la autonomía, tanto en su acceso como en su contenido, son las nacionalidades y regiones, cuyas características se encuentran en el art. 143.1 CE: Son las provincias limítrofes con características culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica. A estas se añaden los territorios que no superen el de una provincia y los territorios que no están integrados en una organización provincial (arts. 143 y 144 CE).

En los primeros años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, los partidos políticos nacionalistas intentaron limitar el término “nacionalidad” a las Comunidades Autónomas que ya habían iniciado durante la II República el camino de acceso al autogobierno: Cataluña, País Vasco y Galicia. De hecho, estas tres son las únicas Comunidades Autónomas que reciben directamente esta denominación en sus respectivos Estatutos vigentes (art. 1 EA País Vasco, art. 1.1 EA Cataluña y art. 1.1 EA Galicia). Andalucía y la Comunidad Valenciana parecen querer asumir esta misma condición de un modo indirecto (art. 1.1 EA Andalucía y art. 1.1 EA Comunidad Valenciana). No obstante, el transcurso del tiempo ha difuminado en gran medida estas diferencias semánticas. Actualmente, ya no es tan fácil negar la condición de nacionalidad a territorios que han tenido históricamente una entidad jurídica y política propia, como ocurre con Navarra, Aragón, la

Comunidad Valenciana, Canarias y otras. Tampoco hoy la diferencia entre ambos términos de “nacionalidad” y “región” implica un contenido competencial o una restricción de materias para una u otras partes del territorio. Tal vez, la única matización que pudiera hacerse a esta afirmación pudiera venir de los territorios forales, que, por efecto de la protección otorgada por la disposición adicional primera de la CE, son titulares de un régimen tributario y económico-financiero diferente y más amplio que el de las demás Comunidades; pero, incluso, en este caso, ni Navarra se ha autocalificado de “nacionalidad” (art. 1 LORAFNA), ni puede equipararse la identidad de los territorios históricos vascos con la de la unidad superior en que se organiza la nacionalidad del pueblo vasco o Euskal-Herria (art. 1.1 EA País Vasco).

*D) Principio de ampliación competencial progresiva.*

El art. 148.2 CE prevé la posibilidad de ampliar sucesivamente las competencias dentro del marco del art. 149, transcurridos cinco años. Se permite pasar de una autonomía más reducida a una autonomía plena.

Veinticinco años después de la promulgación de la Constitución ya no tiene consecuencias prácticas relevantes esta previsión constitucional. Todas las Comunidades Autónomas gozan ahora de un nivel competencial parejo y han asumido sus competencias en las materias que han deseado, en el marco de la Constitución.

*E) Principio de supremacía estatal.*

Como es lógico, la mayor importancia de los fines generales sobre los particulares implica una jerarquía de los entes políticos que los procuran.

En virtud de la supremacía del interés general de la Nación española, el Estado queda colocado en una posición de superioridad tanto en relación a las Comunidades Autónomas como a las Entidades locales.

La Constitución establece, en el art. 149.3, la supremacía del Derecho estatal en todas las materias que no sean de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas.

En virtud de esta superioridad, corresponden al Estado ciertas facultades de control y coordinación de las Comunidades Autónomas. La coordinación persigue la integración de las diversas partes en un

conjunto unitario. La coordinación general debe entenderse como la fijación de medidas y sistemas de relación que haga posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en diversos aspectos y la acción conjunta de las autoridades centrales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema. La coordinación corresponde a los poderes centrales, pero no se puede llegar a tal grado de ejercicio que deje vacías de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas.

*F) Principio de igualdad.*

El art. 138.2 CE proscribire que las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas impliquen privilegios económicos o sociales.

Asimismo, el art. 139.1 CE subraya que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español”. El núm. 2 de este mismo precepto proclama “la libertad de circulación y establecimiento de personas y de circulación de bienes en todo el territorio español”. Las cautelas constitucionales se completan con la atribución de competencias exclusivas del Estado para “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1).

El principio de igualdad en todo el territorio español no implica uniformidad. Caben diferencias, incluso jurídicas, entre los españoles, siempre que éstas no sean arbitrarias y estén justificadas. Como ha reiterado el Tribunal Constitucional, si del ejercicio por cada Comunidad Autónoma de su autonomía “derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucio-

nales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales” (por todas, STC 37/2002, de 14 de febrero).

*g) Principio de solidaridad.*

El art. 2 CE recoge este principio de solidaridad “entre la Nación española y las nacionalidades y regiones que la integran”, y “entre estas mismas” (solidaridad intercomunitaria). La solidaridad permite la integración de las Comunidades Autónomas en la unidad estatal.

Positivamente, implica, por un lado, la participación de las Comunidades Autónomas en la voluntad estatal (a través del Senado como cámara de representación territorial, si bien con escaso éxito hasta ahora, de la iniciativa legislativa, de la legitimación para la impugnación ante el Tribunal Constitucional de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley estatales, de la participación en la planificación de la actividad económica a través del Consejo previsto en el art. 131.1 de la Constitución, de la iniciativa para la reforma constitucional, etcétera); y, por otro, la cooperación y colaboración orgánica y funcional entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Negativamente, el principio de solidaridad se traduce en los límites a la actuación de las Comunidades Autónomas como consecuencia de su integración en la unidad del Estado, cuyos fines no puede desconocer. Estos límites son:

- De carácter material: las Comunidades Autónomas han de ejercer las competencias asumidas en sus Estatutos, dentro del marco de la Constitución.
- De carácter territorial, puesto que la actividad de cada Comunidad Autónoma sólo puede llevarse a cabo en su territorio.
- Los principios constitucionales o valores superiores del Estado y los principios constitucionales de organización y funcionamiento de los entes públicos.
- Los límites específicos, tales como la prohibición de privilegios económicos y sociales (art. 138.2 CE), la igualdad básica de derechos y obligaciones (art. 149.1 CE), la libertad de circulación de personas y bienes, la libertad de establecimiento de personas (art. 139.2 CE), la planificación de la actividad económica como instrumento para garantizar la solidaridad interterritorial (art.

131), las obligaciones internacionales del Estado y los intereses generales del Estado o de otras Comunidades Autónomas.

El principio de solidaridad supone el deber de colaboración, auxilio y lealtad recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Asimismo, comprende correctivos para situaciones de conflicto, tales como las leyes de armonización (art. 150.3 CE) y el Fondo de Compensación Interterritorial (arts. 158.2 y 16 LOFCA).

La Constitución encomienda al Estado la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1). Asimismo, instrumenta, como medio efectivo para materializar el principio de solidaridad, el Fondo de Compensación Interterritorial, con destino a los gastos de inversión, a fin de corregir los desequilibrios económicos interterritoriales (art. 158.2). También añade que sus recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y, en su caso, las provincias.

*h) Prohibición de federación de las Comunidades Autónomas.*

Esta prohibición se consagra en el art. 145.1 CE, con el propósito de impedir la creación de una estructura territorial concentrada que, en todo o parte del territorio español, sea paralela al Estado. La prohibición cierra el paso de forma tajante a la federación de los Países Catalanes (Cataluña, Illes Balears y Comunidad Valenciana) o incluso de Navarra con el País Vasco (aun cuando, paradójicamente, la disposición transitoria cuarta va más allá que este caso, pues prevé de forma específica la incorporación de la primera al régimen autonómico vasco).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por “federación”? ¿Prohíbe la Constitución la creación de una dieta u órgano intercomunitario permanente que sirva de encuentro a los representantes de las Comunidades Autónomas para establecer luego acuerdos de cooperación entre ellas, cada una en su propio ámbito de competencias? La Constitución prohíbe la “federación” en su sentido jurídico y no en un sentido amplio. Es decir, impide que se cree una unidad política central o superior, formada por unidades más pequeñas (que aquí serían las propias Comunidades Autónomas), dotada de un gobierno central al que se delegan o atribuyen facultades normativas o ejecutivas propias de las Co-

municipalidades Autónomas, y cuyas competencias se extiendan a todo el territorio federado y se apliquen directamente sobre los ciudadanos de la federación. En cambio, nada impediría jurídicamente que se constituyera una asociación de Comunidades Autónomas para la cooperación mutua que necesitara de un órgano común de encuentro, pero sin dotar a éste de facultades o poderes específicos y sin ninguna capacidad de actuar directamente sobre los ciudadanos de las Comunidades Autónomas, y cuyas deliberaciones políticas luego se plasmaran en concretos acuerdos de cooperación tramitados conforme a la Constitución.

En todo caso, la Constitución sí que permite la existencia de relaciones jurídicas formales y estables entre Comunidades, bien mediante la celebración de convenios para la gestión y prestación de servicios propios de ellas, y que deben comunicarse a las Cortes Generales, bien mediante otro tipo de acuerdos de cooperación, que necesitan la autorización de las Cortes Generales.

*i) Principio de cooperación.*

Este principio sitúa a las Comunidades Autónomas en una posición de paridad con el Estado central, de cara a la consecución de fines comunes a ambos. Trataremos de él más adelante.

### **3. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

#### **3.1. Concepto.**

Como hemos constatado con anterioridad, la Constitución no reconoce de manera directa la autonomía de nacionalidades y regiones. Solamente reconoce un derecho a acceder a esa autonomía. Para acceder al disfrute de este derecho, la Constitución prevé la existencia de un tipo de normas muy particulares: los Estatutos de Autonomía, con cuya aprobación culmina el procedimiento formal de acceso al autogobierno. Estas normas son definidas por el art. 147 CE como “la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”.

El Estatuto de Autonomía tiene como objetivo servir de sustento fundamental a la creación, organización y atribución de competencias para las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas alcanzan su existencia jurídica y política mediante la aprobación de su correspondiente Estatuto de Autonomía. La existencia de una entidad histórica, cultural o, incluso, organizativa previa no supone la existencia de una Comunidad Autónoma en cuanto tal; ésta nace con su Estatuto. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, incluso en relación con aquellas Comunidades Autónomas fundadas a partir de territorios históricos cuya existencia está reconocida por la propia Constitución en su disposición adicional primera (STC 76/1988, de 26 de abril).

### 3.2. Contenido.

El art. 147.2 CE exige que el Estatuto establezca un contenido mínimo, consistente en regular:

a) Su denominación, de acuerdo con la que mejor corresponda a su identidad histórica.

b) La delimitación del territorio. El territorio se convierte en un límite de la validez y la eficacia de las competencias autonómicas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado con nitidez la función del territorio y ha matizado el principio general de “que las competencias de las Comunidades se circunscriben a su ámbito territorial” con la salvedad de que ello no impide que el ejercicio de las competencias de una Comunidad pueda tener repercusiones de hecho fuera de la misma (STC 38/2002, de 14 de febrero). La limitación territorial de la eficacia de normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a los órganos autonómicos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales, equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación (STC 126/2002, de 23 de mayo).

c) La denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias. La denominación de las instituciones es libre para el

legislador estatutario, siendo el art. 152.1 CE en este punto meramente descriptivo. Por lo que respecta a la sede de las instituciones, ésta debe fijarse en los Estatutos de Autonomía. No obstante, algunos Estatutos sólo han concretado la manera en que ha de determinarse, práctica que ha sido considerada por el Tribunal Constitucional plenamente acorde con el art. 147.2 c) de la CE (STC 89/1984, de 28 de septiembre).

d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. El principio dispositivo de la autonomía de nacionalidades y regiones conduce a que la Constitución no otorgue directamente competencias a las Comunidades Autónomas, sino que éstas deben asumirlas a través del Estatuto de Autonomía.

### 3.3. Naturaleza.

El Estatuto de Autonomía posee una doble naturaleza: Por una parte, es la “norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”, esto es, constituye la cúspide y fundamento del correspondiente ordenamiento jurídico autonómico, del que forma parte. Y por otra, es una norma estatal que forma parte también del ordenamiento jurídico del Estado, ya que éste reconoce y ampara los Estatutos como elemento integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE).

De su doble naturaleza, autonómica y estatal, se extraen estas consecuencias:

. Los Estatutos de Autonomía están sometidos a la Constitución. En consecuencia, no pueden vulnerar las previsiones constitucionales. Corresponde, por tanto, al Tribunal Constitucional determinar su sujeción a la norma suprema.

. El hecho de que los Estatutos de Autonomía se aprueben mediante ley orgánica no significa que sean una ley orgánica más, modificable unilateralmente por cualquier otra ley orgánica que apruebe el Estado. El Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que las leyes orgánicas puedan modificar los Estatutos de Autonomía.

. Los Estatutos de Autonomía, en cuanto norma básica que son de sus respectivos ordenamientos territoriales, se imponen sobre el resto de las normas autonómicas que forman parte de éstos, tanto en los as-

pectos formales y organizativos, como sustanciales. Las leyes y demás normas y actos autonómicos deben respetar el correspondiente Estatuto, que es la norma superior del ordenamiento autonómico.

. Los Estatutos de Autonomía forman parte del bloque de la constitucionalidad y, por tanto, sirven para analizar la constitucionalidad de otras normas estatales y autonómicas.

. Los Estatutos priman sobre las demás normas, sean estatales o autonómicas. No es que constituyan formalmente un escalón superior a las leyes, incluidas las orgánicas, sino que al desarrollar directamente la Constitución, una vez acreditada su adecuación a ésta, los Estatutos no pueden verse desconocidos por otras normas sin que éstas incurran en inconstitucionalidad.

### **3.4. Elaboración.**

Como resultado del principio de libre disposición de la autonomía, la Constitución no fijó un determinado mapa territorial, pero sí que reguló los procedimientos de elaboración de los Estatutos de Autonomía.

Básicamente, la Constitución previó dos vías de acceso a la autonomía y, en consecuencia, dos tipos de procedimientos:

- La “vía lenta”, a través del procedimiento común u ordinario, y
- La “vía rápida”, a través de procedimientos extraordinarios aplicables a determinados territorios.

Siguiendo estos procedimientos, todo el territorio español se ha organizado en diecisiete Comunidades Autónomas. Las ciudades de Ceuta y Melilla no pueden considerarse Comunidades Autónomas, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional (ATC 201/2000, de 25 de julio), puesto que tanto la iniciativa legislativa empleada como la tramitación parlamentaria seguida por las Cortes Generales se ajustan al art. 144 b) de la Constitución, que autoriza para dotar a estas dos ciudades de un Estatuto de Autonomía, pero no para constituirse como Comunidades Autónomas. Por tanto, ambas ciudades sólo son titulares de competencias administrativas, careciendo, al contrario de las Comunidades Autónomas, de potestad legislativa y de naturaleza política.

A) *El acceso a la autonomía por la denominada “vía lenta”.*

Dentro de la vía lenta, podemos distinguir, a su vez, entre una regla general y unos procedimientos especiales.

A. 1. La *regla general* se contempla en el art. 143.2 CE, donde se atribuye la iniciativa del procedimiento a las Diputaciones Provinciales o a los órganos interinsulares en los archipiélagos, y a las dos terceras partes de los municipios del territorio afectado, que, a su vez, representen la mayoría del censo electoral de cada provincia. Este procedimiento se siguió para la constitución de doce Comunidades Autónomas: Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León.

Allí donde existía un régimen de preautonomía, la iniciativa de las Diputaciones Provinciales podía ser sustituida por el acuerdo adoptado por mayoría absoluta de los miembros de los órganos colegiados superiores del ente preautonómico (disp. transit. primera de la CE)

La iniciativa de acceso a la autonomía debía cumplirse en el plazo de seis meses desde que se adoptara el primer acuerdo por una corporación local y, en el caso de que fracasara la iniciativa, no podía repetirse hasta que transcurrieran cinco años (art. 143.2 y 3 CE).

Cumplidos los requisitos de iniciativa, se formaron unos órganos especiales integrados por los miembros de las Diputaciones Provinciales del territorio que aspiraba a constituirse en Comunidad Autónoma, así como por los Diputados y Senadores elegidos por las provincias correspondientes. Dicho órgano tenía que elaborar y aprobar el oportuno proyecto de Estatuto. Éste pasaba posteriormente a las Cámaras para su aprobación como Ley Orgánica.

A. 2. La Constitución prevé hasta *cuatro procedimientos especiales* de acceso a la autonomía. El primero atribuye a las Cortes Generales la facultad de autorizar la formación de una Comunidad Autónoma en un ámbito territorial no superior a la provincia cuando no se den los requisitos exigidos por el art. 143.1 de la CE [art. 144 a)]. No se ha dado ningún caso.

El segundo se recoge en el art. 144 b), que establece la posibilidad de que las Cortes Generales autoricen o acuerden dotar de Estatutos de

Autonomía a territorios no integrados en una provincia. Este precepto está pensado para dotar de autonomía a Gibraltar si se incorpora al Estado español. Sin embargo, ha sido el camino utilizado para dotar a las ciudades de Ceuta y Melilla de un estatuto de autonomía.

El tercer procedimiento es la regla especial del art. 144 c) CE, que se aplicó para la incorporación de la provincia de Segovia a la Comunidad de Castilla y León. Este precepto permite a las Cortes Generales, mediante ley orgánica, sustituir la iniciativa autonómica de las corporaciones locales en el proceso ordinario.

Finalmente, la cuarta previsión excepcional es la prevista para las ciudades de Ceuta y Melilla en la disposición transitoria 5ª de la CE, que no fue el *iter* seguido para dotarlas de sus respectivos estatutos, pero que sí puede llegar a utilizarse si se quiere su constitución en Comunidades Autónomas. En este caso se exige acuerdo por mayoría absoluta de los miembros de los respectivos Ayuntamientos y autorización mediante ley orgánica por parte de las Cortes Generales en los términos del art. 144 CE.

*B) El acceso a la autonomía por la denominada “vía rápida”.*

Aquí también se prevé un procedimiento general y diversos procedimientos especiales.

B. 1. El *procedimiento general* se contempla en el art. 151 CE. Los requisitos son los mismos que en el procedimiento de acceso a la autonomía ordinaria o de vía lenta, con las siguientes matizaciones:

– La iniciativa se atribuye, además de a las Diputaciones o a los órganos interpeninsulares correspondientes, a las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas.

– La iniciativa debe ser ratificada mediante referéndum por la mayoría absoluta de los electores de cada provincia. Andalucía siguió este procedimiento. Sin embargo, celebrado el referéndum, en la provincia de Almería no se obtuvo la mayoría exigida. Se aprobó entonces una reforma de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que regula las distintas modalidades de referéndum, y se sustituyó esa iniciativa provincial por las Cortes Generales mediante la Ley Orgánica 13/1980, de 16 de diciembre, realizándose una peculiar interpretación del art. 144 c) CE.

– Después, el Gobierno convoca a todos los Diputados y Senadores elegidos en las provincias correspondientes para que constituyan una Asamblea que elabore un proyecto de Estatuto de Autonomía, mediante el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros (art. 151.2.1º CE).

– El proyecto aprobado por la Asamblea de Parlamentarios, se remite a la Comisión Constitucional del Congreso, la cual lo examina junto con una delegación de la Asamblea proponente, para determinar de común acuerdo su formulación definitiva.

– El texto resultante del acuerdo se somete a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito del proyecto. En este segundo referéndum la Constitución exige el voto afirmativo de la mayoría de votos válidos emitidos en cada provincia.

– Si se aprueba el proyecto en cada provincia, se eleva a las Cortes Generales, donde los Plenos de ambas Cámaras deciden sobre el texto mediante un voto de ratificación.

– Aprobado el Estatuto, el Rey lo sanciona y lo promulga como ley.

#### *B. 2. El procedimiento especial de las nacionalidades históricas.*

Cataluña, el País Vasco y Galicia accedieron a la autonomía por un procedimiento menos complicado que el general.

La disp. transit. segunda de la CE posibilitaba a los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía (de ahí la denominación de “nacionalidades históricas”) y contasen, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía, para acceder inmediatamente a la autonomía que permite el art. 149 CE. La iniciativa correspondía a los órganos colegiados superiores de los respectivos entes preautonómicos, que debían aprobarla por mayoría absoluta. Se evitaban así tanto la intervención de los órganos provinciales y municipales, como el referéndum de ratificación de la iniciativa, pasándose directamente a la elaboración de un proyecto de Estatuto de Autonomía por la Asamblea parlamentaria.

#### *B. 3. El procedimiento especial de Navarra.*

Navarra alegó su condición jurídica de territorio foral y, merced a una también peculiar interpretación de la disposición adicional prime-

ra de la CE, accedió a la autonomía plena. Para ello, las instituciones forales de Navarra (la Diputación Foral y el denominado “Parlamento Foral” —órgano que, no obstante su nombre, carecía de potestad legislativa—) elaboraron un proyecto de Ley Orgánica para la actualización del régimen foral navarro. Después de negociarse con el Estado, el proyecto se remitió a las Cortes Generales, las cuales aprobaron la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA). Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la naturaleza de la LORAFNA es la de un Estatuto de Autonomía y la Comunidad Foral de Navarra es una Comunidad Autónoma (STC 16/1984, de 16 de febrero), lo que no obsta para que goce de unas competencias más amplias que otras Comunidades Autónomas en razón de sus derechos históricos (STC 140/1990, de 20 de septiembre).

### **3.5. La distribución de competencias.**

#### *A) Criterios funcional y material.*

La Constitución señala en su art. 148 las materias en las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias. Por otro lado, el art. 149 relaciona las materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva.

En la Constitución norteamericana de 1787, que instaura un modelo federal de organización territorial, la distribución de competencias aparece de forma diáfana: determinadas materias se reservan en su integridad a la Federación, y el resto, también en su integridad, corresponde a los Estados federados.

En cambio, la Constitución española, aunque pueda parecer inicialmente lo contrario de una simple lectura de sus arts. 148 y 149, se aleja de ese modelo y establece un sistema de distribución de competencias (parejo al de las Constituciones alemana de 1919 o austríaca de 1920, que también son de corte federal) en el que algunas materias corresponden en exclusiva al Estado, otras en exclusiva a las Comunidades Autónomas y en unas terceras materias, unas funciones (las principales) corresponden al Estado y otras (de desarrollo o ejecución)

pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas. No se establece, por tanto, una nítida división de materias.

Dentro del listado del art. 148.1 CE, las Comunidades Autónomas de “vía lenta” asumieron las competencias que desearon en virtud del principio de libre disposición de la autonomía. No obstante, en la actualidad han incrementado su nivel competencial dentro del marco del art. 149.1 CE. Por el contrario, las Comunidades Autónomas de “vía rápida” superaron la barrera del art. 148 CE y asumieron un más amplio abanico de materias y competencias sin invadir, en ningún caso, las competencias del Estado fijadas en el art. 149.1 CE. Hoy, con algunas matizaciones, todas las Comunidades Autónomas han alcanzado unos niveles similares de competencia en las mismas materias.

En aplicación de ese mismo principio de libre disposición de la autonomía, las Comunidades Autónomas pueden ejercer, respecto de las materias cuya titularidad asumen, las funciones legislativa, reglamentaria o ejecutiva que estimen conveniente, siempre que no anulen las funciones del Estado en materias de su exclusiva competencia.

De este modo, el modelo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la asunción de competencias por éstas, se articulan mediante el empleo de dos criterios esenciales: el criterio material y el criterio funcional.

El *criterio material* hace referencia a la materia en la que se asumen competencias (por ejemplo, urbanismo, turismo, aguas, montes, medio ambiente, educación, cultura, economía, vivienda, obras públicas). Las materias se citan en los arts. 148 y 149 CE y, además, se recogen otras en los propios Estatutos de Autonomía.

El *criterio funcional* especifica las potestades que puede ejercer el titular de la competencia en una determinada materia. Estas pueden ser:

a) La *potestad legislativa* o facultad de dictar leyes. A su vez, el Estado puede ejercer esta potestad en exclusiva sobre toda la materia o únicamente sobre la legislación básica. Por contra, la Comunidad Autónoma puede asumir la competencia exclusiva sobre toda la legislación, o disponer de una potestad para dictar la legislación de desarrollo de la normativa básica del Estado. Observamos aquí que determinadas materias pueden partirse en dos porciones, una de las cuales (“lo bási-

co”) se atribuye a la competencia estatal, mientras que la segunda (“el desarrollo legislativo”) corresponde a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. Por básico ha de entenderse un común denominador normativo en todo el territorio nacional, cuya fijación corresponde al Estado, por regla general a través de leyes de las Cortes Generales y, excepcionalmente, mediante la potestad reglamentaria ejercida por el Gobierno de la Nación cuando resulte complemento necesario para garantizar el fin perseguido por la reserva estatal (SSTC 24/2002, de 31 de enero, y 126/2002, de 23 de mayo).

b) La *potestad reglamentaria* o facultad de dictar disposiciones administrativas para el desarrollo de las leyes.

c) La *potestad ejecutiva*, o facultad de dictar actos administrativos. La atribución de la potestad ejecutiva conoce varios supuestos:

– Cuando una materia ha sido atribuida en exclusiva al Estado, corresponde la función ejecutiva a éste.

– Cuando se trata de materias asumidas por las Comunidades Autónomas, corresponde a la Administración autonómica ejecutar las leyes también autonómicas.

– También puede ocurrir que la Constitución reserve al Estado toda la legislación, esto es la facultad de dictar leyes y reglamentos de desarrollo, sobre una materia (como ocurre con la legislación laboral) y se deje a las Comunidades Autónomas asumir la ejecución de la misma. Esta ejecución incluye la potestad de dictar reglamentos de organización de los servicios propios.

– Por último, la Constitución puede reservar al Estado las bases de una materia, y dejar que las Comunidades Autónomas asuman competencias de desarrollo y ejecución; pero las “bases” implican que el Estado mantiene competencias legales, reglamentarias y de mera ejecución, por lo que, en el mismo ámbito territorial, podrán coexistir dos aparatos ejecutivos, la Administración estatal y la autonómica, con competencias sobre la misma materia. Tal coexistencia ha generado, y sigue generando, una considerable conflictividad competencial.

En definitiva, a modo de recapitulación, para que una Comunidad Autónoma pueda ejercer una competencia, su respectivo Estatuto de Autonomía debe: a) especificar la materia a que se refiere, b) haber

definido el grado de facultades que asume en la misma: exclusiva (que comprende tanto la legislación como las demás facultades), de desarrollo de la legislación básica del Estado, reglamentaria o ejecutiva; y c) respetar tal competencia las reservas que la Constitución opera en favor del Estado, de modo que no se impida o se condicione al Estado ejercer sus competencias propias.

*B) Clasificación de las competencias.*

De lo dicho anteriormente, podemos clasificar las competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas como sigue:

– Competencias exclusivas en su totalidad, en las que su titular ostenta la potestad legislativa, así como todas las demás potestades de desarrollo y ejecución, sin que ninguna otra entidad territorial pueda penetrar en la materia (por ejemplo, defensa para el Estado o Derecho Foral de la Comunidad Autónoma respectiva).

– Competencias compartidas. Ocurre, a veces, que sobre una misma materia pueden coincidir diversas funciones o facultades del Estado o de una Comunidad Autónoma. Estas son las competencias compartidas, que, a su vez, pueden ser:

— Competencias compartidas exclusivas, cuando corresponde a cada ente una función o facultad, sin posibilidad de injerencia del otro (por ejemplo, fijación por el Estado de los estándares generales, y por las Comunidades la determinación legislativa de requisitos más precisos), vigilando, además, el cumplimiento de toda la normativa.

— Competencias compartidas concurrentes, donde las mismas funciones se ejercitan de forma paralela, pero sin que entren en conflicto, por tener carácter netamente complementario. Estas competencias son principalmente de carácter promocionador: económico, cultural, etc.

### **3.6. Reforma.**

La Constitución se remite a los Estatutos de Autonomía a la hora de regular el procedimiento para la reforma de éstos. En general, las reformas de los Estatutos se envían a las Cortes Generales para su aprobación mediante ley orgánica (art. 147.3 CE).

La mayor parte de los Estatutos reconoce esa iniciativa reformadora tanto a los órganos autonómicos (Consejo de Gobierno y Asamblea Legislativa, en general) como a los estatales (Cortes Generales y, en ocasiones, Gobierno de la Nación).

En relación con los Estatutos aprobados mediante el procedimiento del art. 151 CE, la Constitución, en su art. 152.2, establece un requisito adicional para su reforma: la aprobación de ésta por referéndum en el correspondiente ámbito territorial

La reforma de los Estatutos de Autonomía puede tener varios contenidos: la ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas o cualquier otro de sus contenidos. Así, entre 1998 y 1999 se llevó a cabo una reforma de la mayor parte de los Estatutos de vía lenta con objeto de incrementar su techo competencial hasta un nivel similar al de las Comunidades de vía rápida. En 1991 se efectuó un proceso generalizado tendente a unificar la fecha de las elecciones autonómicas de las Comunidades de vía lenta.

#### **4. LA ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.**

Tal y como hemos visto, la Constitución requiere, como uno de los contenidos obligatorios de los Estatutos, la organización de las instituciones autónomas propias [art. 147. 2 c)]. A su vez, el art. 148 establece, como una de las competencias asumibles por todas las Comunidades Autónomas, la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1ª).

La organización que han seguido las Comunidades Autónomas es muy parecida entre sí y se ha inspirado, en la mayoría de los casos, en la organización del Estado central.

La Constitución regula con algún detalle la organización institucional de las Comunidades Autónomas “de vía rápida” (art. 152 CE), mientras que no se ocupa de los órganos de las Comunidades de “vía lenta”. No obstante, todas las Comunidades Autónomas han seguido en sus estatutos el modelo general de organización que prevé el art. 152 CE. Este modelo de corte parlamentario racionalizado (en el que están presentes la cuestión de confianza y la moción de censura constructiva) consta de:

- Una Asamblea Legislativa o Parlamento.

– Un Consejo de Gobierno, que representa al poder ejecutivo y ostenta funciones ejecutivas y administrativas, y cuyos miembros se nombran y cesan por el Presidente.

– Un Presidente del Consejo de Gobierno, que representa a la Comunidad Autónoma, y que es elegido por la Asamblea Legislativa de entre sus miembros y nombrado por el Rey, de modo similar al modelo estatal, y

– Un Tribunal Superior de Justicia, que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad.

Con posterioridad, algunas Comunidades Autónomas han ido creando otros órganos e instituciones similares a las estatales: el Consejo Consultivo (con funciones análogas a las del Consejo de Estado), el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social...

## 5. LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

### A) *Concepto.*

La Constitución, en su art. 156.1, reconoce la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias. La autonomía financiera supone un poder de autodisposición sobre los recursos necesarios, de modo que se logre una efectiva asunción de las competencias previstas en sus Estatutos. Esta modalidad de la autonomía más general implica, por un lado, la autonomía tributaria o capacidad de disposición respecto a unos ingresos económicos, y por otro, la autonomía presupuestaria o capacidad de disposición en relación con el gasto público.

### B) *Principios de la autonomía financiera.*

La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas está sometida a diversos principios constitucionales cuya garantía corresponde al Estado:

- a) Principio de coordinación con la Hacienda estatal (art.156.1 CE).
- b) Principio de solidaridad entre todos los españoles (art.156.1 CE).

c) Principio de colaboración con el Estado. Las Comunidades Autónomas pueden actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios estatales, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

d) Principio de prohibición de adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o de servicios (art. 157.2 CE).

e) La regulación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas mediante ley orgánica. El Estado, mediante ley orgánica, establece las líneas directivas del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, sus fuentes de ingresos y las competencias financieras conexas. Tal ley orgánica es en la actualidad la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), modificada en varias ocasiones para ampliar la participación de las Comunidades Autónomas en la normación y recaudación de los tributos. Esta ley contiene normas referentes a la capacidad tributaria de las Comunidades, a su coordinación con la correspondiente actividad estatal y a la ordenación de la potestad de gasto autonómica; asimismo, recoge las normas para resolver los conflictos que puedan surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades y el Estado (art. 157. 3 CE).

### *C) Recursos financieros de las Comunidades Autónomas.*

El art. 157.1 CE especifica los recursos financieros con que pueden contar las Comunidades Autónomas. Tales recursos son:

a) Los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, los recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.

b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

c) Las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial. Este Fondo se constituye en el art. 158.2 CE con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad. Su destino son los gastos de inversión y sus recursos se distribuyen por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias. El Fondo se regula en la Ley 22/2001, de

27 de diciembre, que fija los criterios de reparto de los recursos que lo integran.

d) Transferencias y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La Constitución, en su art. 158, faculta a los Presupuestos Generales del Estado para establecer una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

e) Los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de Derecho privado (art. 157.1.d CE).

f) El producto de las operaciones de crédito, que, en determinados supuestos, deben ser autorizados por el Estado (art. 14 LOFCA).

Estos dos últimos ingresos juegan un papel menor.

*D) El tradicional sistema de Convenios y Conciertos económicos de los territorios forales.*

La disposición adicional primera de la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. Este amparo y respeto se extiende también al tradicional régimen fiscal de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra, que no es sino una parte sustancial de esos derechos históricos.

Tanto el Estatuto de Autonomía para el País Vasco como la LO-RAFNA han incorporado las peculiaridades de su régimen tributario y fiscal y de su aportación a las cargas generales del Estado. Este sistema financiero propio y diferente del general regulado por la LOFCA para las demás Comunidades Autónomas, se denomina sistema de “concierto” en el caso vasco, y sistema de “convenio” en el caso navarro. La base del sistema reside en la formalización de un acuerdo entre cada una de estas dos Comunidades con el Estado; acuerdo que es aprobado por una ley estatal y que permite que los territorios forales mantengan su sistema tributario tradicional, actualizado a las demandas constitucionales y diferenciado del vigente en el resto del Estado. La Comunidad Foral de Navarra y los territorios forales de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, a través de la Comunidad Autónoma del País

Vasco, contribuyen con un cupo prefijado y renovable al sostenimiento de las cargas comunes del Estado.

## 6. LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

### *A) Existencia de dos ordenamientos jurídicos: el estatal y el autonómico.*

La creación de Comunidades Autónomas ha dado lugar a la aparición de ordenamientos autonómicos que versan sobre materias en las que los Estatutos de Autonomía han asumido competencias.

De este modo, sobre un mismo territorio se aplican dos ordenamientos distintos: el del Estado y el de la respectiva Comunidad Autónoma. La existencia de dos ordenamientos diferentes provoca el surgimiento de conflictos de interpretación y de aplicación de las normas. Ante un mismo supuesto hecho, ¿qué norma habrá de aplicarse: la estatal o la autonómica?

Las relaciones entre estos dos ordenamientos se fundamenta en cuatro principios:

El principio de competencia. Es el principio fundamental de la organización territorial del Estado. Con arreglo a él se resuelven los conflictos entre las normas estatales y autonómicas. Como se sabe, las relaciones entre las normas de un Estado unitario se fundan en el principio de jerarquía; en cambio, en el Estado autonómico, al igual que en el federal, la ley estatal no se considera superior a la autonómica, sino que ambas son distintas e independientes. Esta estanqueidad entre ordenamientos determina que se aplique la norma dictada por la institución que sea titular de la competencia sobre la materia de que se trate, según la distribución de competencias que se haya operado previamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

El principio de continuidad. Supone que, en tanto las Comunidades Autónomas no dicten sus propias normas en las materias sobre las que han asumido competencias, continúan siendo aplicables las normas del Estado.

El principio de supletoriedad. Está previsto en el art. 149.3 CE, que dispone que “el derecho estatal será, en todo caso supletorio del dere-

cho de las Comunidades Autónomas”. Supone que, cuando ante un supuesto de hecho la norma autonómica no dé respuesta alguna, ha de acudir al Derecho estatal para resolver el caso.

El principio de prevalencia del Derecho estatal. En muchas materias el Estado y las Comunidades Autónomas comparten competencias. El principio supone que los poderes estatales gozan de preeminencia en cuanto a la fijación de directrices o marcos globales y en cuanto a la comprobación de su cumplimiento. El art. 149.1.3<sup>a</sup> establece que “las normas del Estado prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”. En los supuestos en que concurren competencias estatales y autonómicas no considerables como exclusivas, la norma estatal desplazará la norma autonómica.

*B) Consecuencias de la preeminencia del Estado.*

La preeminencia del Estado central le permite dirigir el reparto de competencias con las Comunidades Autónomas, ampliando unilateralmente las competencias de éstas mediante dos procedimientos: uno, la atribución a las Comunidades de potestades legislativas al margen de los Estatutos, dentro del marco de la ley estatal; y dos, la transferencia o delegación de funciones estatales. Ambos supuestos se encuentran regulados en los números 1 y 2 del art. 150 CE. Tal preeminencia también le permite controlar el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias legislativas en materias de su exclusiva competencia a través de las leyes de armonización, previstas en el art. 150.3 CE.

El art. 150.1 CE regula las denominadas “*leyes marco*”: “Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”.

El art. 150.2 CE permite la transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia natu-

raleza sean susceptibles de transferencia o delegación. Esta previsión ha sido considerada como la fórmula más adecuada para desarrollar y ampliar el Estado de las Autonomías, sin recurrir a la reforma de los Estatutos. La Ley orgánica se refiere a cualquier tipo de facultades estatales “susceptibles de transferencia o delegación”, cuestión que deja, en última instancia, la determinación de cuáles son estas materias o facultades transferibles o delegables. Y la Ley puede transferir no sólo facultades legislativas, sino también facultades ejecutivas. De este modo, el art. 150.2 posibilita la ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas más allá incluso de las previsiones contenidas en los arts. 148 y 149 CE, y puede afectar incluso a competencias del Estado reservadas por el art. 149 CE. La transferencia o delegación no puede llevarse a cabo directamente en un Estatuto de Autonomía, ya que los Estatutos de Autonomía han de reformarse mediante un procedimiento especial o bilateral. La ley orgánica determinará las formas de control que se reserva el Estado, así como que corresponde al Gobierno el control, previo dictamen del Consejo de Estado, del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el art. 150.2.

Las *Leyes de armonización* (art. 150.3 CE) se dictan por el Estado con la finalidad de establecer los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.

*C) La coordinación y la colaboración entre el Estado y Comunidades Autónomas.*

La Constitución y los Estatutos prevén mecanismos para que las Comunidades Autónomas y el Estado actúen al unísono.

Algunos de estos mecanismos corresponden en exclusiva al Estado central, como ocurre con la potestad de coordinación. Pero, en otros casos, las relaciones han de lograrse a través de la cooperación del Estado con las Comunidades Autónomas, o a través de la colaboración entre las Comunidades Autónomas.

a) *La coordinación*. Se configura en la Constitución de dos formas distintas:

– Como un principio inspirador de la organización y funcionamiento de todas las Administraciones públicas (art. 103.1 CE).

– Como una competencia del Estado, que incide sobre las competencias de las Comunidades Autónomas (art. 149.1, apartados 15 y 16). Sus notas características son las siguientes:

. Como competencia del Estado, puede ejercitarse directamente por éste, sin necesidad de un acuerdo o convenio previo con las Comunidades Autónomas.

. Al tener una incidencia directa sobre las competencias autonómicas, debe venir prevista constitucionalmente.

. Las competencias de las Comunidades Autónomas deben sujetarse a las directrices coordinadoras estatales, pero esta sujeción no puede suponer la supresión o reducción innecesaria de las competencias autonómicas.

. Puede dar lugar a la creación por el Estado de organismos concretos de coordinación, en los que habrán de participar las Comunidades Autónomas.

b) *La cooperación*. Son las relaciones que tienen lugar entre el Estado y las Comunidades Autónomas en un plano de igualdad, de forma que existe una efectiva colaboración entre partes, sin que resulte afectado el respectivo ámbito competencial. Se producen en las relaciones ejecutivas o administrativas, pero no en las legislativas. Se materializa a través de la formalización de acuerdos o convenios entre las partes.

#### *D) Relaciones de conflicto.*

La aplicación de dos ordenamientos jurídicos provoca la inevitable aparición de conflictos jurídicos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre éstas mismas. La mayor parte de estas colisiones se resuelve a través de los llamados “conflictos constitucionales de competencia”, que pueden ser positivos o negativos, y que se estudiarán en el Capítulo XVII, relativo al Tribunal Constitucional. También en dicho Capítulo se estudiará la facultad del Gobierno del Estado para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y actos adminis-

trativos adoptados por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 161.2 CE).

*E) El control de la actividad de las Comunidades Autónomas.*

En virtud de su posición preeminente, el Estado dispone de una pluralidad de mecanismos de control de la actividad de las Comunidades Autónomas, con el fin de reconducir la acción de éstas a la unidad del orden constitucional.

En este conjunto de controles podemos distinguir los controles ordinarios, pensados para una situación normal, continua y diaria; los controles especiales, aplicables cuando la Comunidad Autónoma no actúa en el ejercicio de su autogobierno, sino desarrollando funciones estatales que le son delegadas o transferidas por el art. 150, núms. 1 y 2; y los controles extraordinarios, previstos para situaciones excepcionales y graves.

a) Controles ordinarios. Entre estos figuran:

– El control de la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas, que corresponde al Tribunal Constitucional [art. 153 a) CE].

– El control de la actividad administrativa y de las normas reglamentarias, por la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 153 c) CE].

– El control económico, presupuestario y contable, a ejercer por el Tribunal de Cuentas [art. 153 d) CE].

– El control de los acuerdos de cooperación, por las Cortes Generales, las cuales ostentan, en virtud del art. 145.2 CE, la competencia para autorizar los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas cuando no sean de gestión y prestación de servicios.

b) Controles especiales, aplicables a través de las leyes-marco y de delegación o de transferencia.

– El control de las Cortes Generales: Según el art. 150.1 CE, cuando las Cortes Generales atribuyan a todas o algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en materia de competencia estatal, la ley que otorgue la delegación establecerá la modalidad de control de aquéllas sobre las normas autonómicas.

– El control del Gobierno: Conforme al art. 153.b) CE, al Gobierno le corresponde, previo dictamen del Consejo de Estado, el control del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el art. 150.2.

c) Controles excepcionales.

A él hace referencia el art. 155 CE, que se inspira en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn.

Cuando una Comunidad incumple sus obligaciones constitucionales o legales, o actúa de forma que atenta gravemente al interés general de España, la Constitución faculta al Gobierno para que, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adopte las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. Para la ejecución de estas medidas, el Gobierno puede dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas, expresión que debe entenderse en un sentido amplio y que comprende a todas las autoridades de los poderes central, autonómico y local, sitas tanto en el territorio de la Comunidad Autónoma incumplidora, como en las demás que puedan verse afectadas.

## **7. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.**

### **7.1. Los principios constitucionales de la Administración Local.**

La organización territorial básica del Estado se instrumenta alrededor de los municipios, las provincias y las Comunidades Autónomas (art. 137), sin olvidar al propio Estado central en cuanto entidad diferenciada de las otras tres. Estos tres niveles institucionales gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Como hemos indicado, la autonomía de los municipios y de las provincias es una autonomía administrativa, mientras que la de las Comunidades Autónomas es una autonomía más amplia y alcanza al ejercicio de facultades legislativas. La autonomía administrativa de las entidades locales les permite dictar normas con rango reglamentario, ejecutar actos administrativos, celebrar contratos, revisar sus propios actos en la vía administrativa y realizar otros actos propios de la actividad administrativa, pero siempre en el marco de las leyes que dicten las

Cortes Generales y la respectiva Asamblea Legislativa de su Comunidad Autónoma.

La Constitución dedica tres de sus preceptos a la Administración Local: son los arts. 140 a 142. Estos preceptos establecen los principios constitucionales de la organización administrativa local española. Son principios mínimos, más preocupados por reaccionar frente a la organización local franquista, que negaba cualquier autonomía y democratización de la vida local, que por asentar un sistema coherente de organización municipal o provincial. Estos principios constitucionales son:

a) La Administración local necesaria u obligatoria en toda España está constituida por los municipios, la provincia y las islas. El legislador no puede, pues, suprimir o ignorar esta realidad que la Constitución garantiza y quiere que perdure.

b) No obstante lo anterior, las leyes sobre régimen local pueden prever la creación de agrupaciones de municipios diferentes de la provincia. Hay aquí un reconocimiento indirecto de otras entidades locales ya preexistentes, tales como las comarcas, las áreas metropolitanas, las mancomunidades..., así como de otras que se puedan crear para la gestión de intereses comunes o la prestación de servicios públicos (arts. 42 a 44 LRBRL).

c) El silencio de la Constitución no impide el reconocimiento o la creación por el legislador ordinario de otras entidades locales inferiores al municipio, como existen en diversas legislaciones autonómicas (concejos, barrios, parroquias, aldeas, anteiglesias, caseríos, pedanías, lugares, ...). El art. 45 LRBRL prevé expresamente esta posibilidad.

d) La Constitución garantiza la autonomía de los municipios y de las provincias. Esta declaración constituye la piedra angular de todo el edificio local español. Sin embargo, la norma constitucional no ha definido qué debe entenderse por autonomía local y esta función la ha tenido que suplir, una vez más, el Tribunal Constitucional en una extensa jurisprudencia a la que más adelante nos referiremos.

e) Tanto el municipio como la provincia gozan de personalidad jurídica plena o propia, por lo que deben ser consideradas como Administraciones públicas con identidad propia, diferente de la personalidad de otras Administraciones y no como simples órganos de la Ad-

ministración del Estado o de las Comunidades Autónomas. Es la Constitución quien les atribuye la personalidad jurídica, por lo que cualquier ley que trate de negarla o condicionarla (de ahí el adjetivo “plena”) será inconstitucional.

f) El gobierno y la administración de los municipios corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Este gobierno y administración tienen que estar dotados de una legitimidad democrática, de ahí que la Constitución exija que, al menos, los concejales sean elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley reguladora del régimen electoral. Esta misma ley será la que determine el método de elección del Alcalde, que puede ser directa por los vecinos en un régimen próximo al presidencialista, o por los concejales, solución esta última adoptada por el art. 196 de la LOREG.

La única excepción al régimen general de los ayuntamientos se encuentra en el régimen de concejo abierto, cuyas condiciones se difieren a la ley y que se reserva para los municipios de menor población (menos de 100 habitantes, según establece el art. 29.1 LRBRL). En estos municipios los electores eligen directamente al alcalde por sistema mayoritario (art. 179.2 LOREG).

g) La provincia se define en el art. 141.1 CE como una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. La provincia se configura con un carácter bifronte: es una entidad pública con identidad propia, formada por la agrupación de municipios, pero, al mismo tiempo, es una división territorial del Estado para el cumplimiento de actividades de éste. En la medida en que muchas de las actividades que en 1978 correspondían al Estado, competen ahora a las Comunidades Autónomas, debemos concluir que también las provincias son hoy una división territorial, aun cuando sea derivada, de las Comunidades Autónomas para el cumplimiento de actividades de éstas (así lo contemplan los arts. 36 y 37 LRBRL). A este respecto, el art. 148.1.2ª CE permite a las Comunidades Autónomas asumir las funciones de la Administración del Estado sobre las corporaciones locales, cuya transferencia autorice la legislación estatal en materia de régimen local.

h) El hecho de que las provincias estén formadas por la agrupación de municipios no quiere decir que se puedan variar sus límites territoriales al albur de las decisiones de éstos. La provincia no es una mancomunidad voluntaria de municipios, que se pueda modificar según la voluntad de quienes la forman. Es una división territorial del Estado –no de la Administración del Estado, sino del Estado como entidad diferenciada–; por tanto, es el Estado quien marca su territorio, y así lo declara la propia Constitución cuando añade que cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica. Ni siquiera las Comunidades Autónomas pueden modificar estos límites, pues sus competencias se constriñen a la alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio (art. 148.1.2ª CE)

i) El gobierno y la administración, que es autónoma, de la provincia se encomiendan a una Diputación o a otra corporación de carácter representativo (art. 141.2 CE). La LRBRL ha optado por mantener el tradicional sistema de diputaciones, compuestas por el presidente, vicepresidentes, una comisión de gobierno y el pleno, en el que se integran todos los diputados elegidos democráticamente. No obstante, en algunos regímenes especiales, como es el caso de los territorios forales de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, existen, junto a las diputaciones forales, las Juntas Generales, que son asambleas elegidas por sufragio universal, libre, directo y secreto con potestades normativas (art. 39 LRBRL).

j) En el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales y la foral de Navarra, la Comunidad Autónoma asume todas las competencias, medios y recursos de las diputaciones provinciales. Por tanto, en éstas la provincia y la Comunidad Autónoma se unifican en un solo ente al que se le predicen todas las facultades de las provincias (art. 40 LRBRL).

k) En los archipiélagos canario y balear, las islas mantienen su administración propia y tradicional de Cabildos (Canarias) y Consejos (Illes Balears). La LRBRL ha querido que los cabildos y los consejos insulares asuman las competencias de las diputaciones provinciales y que su organización y funcionamiento se rija por las reglas aplicables a éstas (art. 41 LRBRL). En el caso canario, la citada Ley estatal conserva

las mancomunidades provinciales interinsulares exclusivamente como órganos de representación y expresión de intereses provinciales, integradas por los presidentes de los cabildos.

l) La Constitución no reconoce únicamente la autonomía administrativa de las entidades locales. También reconoce su autonomía financiera. El art. 142 dispone que las haciendas locales deben disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuya a las corporaciones respectivas. Esta hacienda local se debe nutrir de los tributos propios que establezcan y de la participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas.

## 7.2. Concepto y contenido de la autonomía local.

Hemos indicado que la Constitución no establece en qué consiste la autonomía local y que ha sido, finalmente, el Tribunal Constitucional quien, en su función de máximo intérprete de la norma superior, ha delimitado con gran precisión el concepto y el contenido de la autonomía local y el ámbito competencial que han de respetar, en relación con ella, los legisladores estatal y autonómicos. Así lo hace en la STC 159/2001, de 5 de julio, donde recopila la principal doctrina dictada hasta el momento, que destacamos en este epígrafe.

Sí que encontramos un concepto positivado de autonomía en la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (tratado del Consejo de Europa, ratificado por España el 20 de enero de 1988), cuyo art. 3 establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Ya el Tribunal Constitucional había perfilado un concepto similar en su doctrina al establecer que “la autonomía local hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término (...) y debe ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal”.

Los arts. 137, 140 y 141 CE contienen una garantía institucional de las autonomías provincial y municipal, si bien no prejuzgan su configuración institucional concreta. La concreción se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Tampoco la Constitución precisa cuáles son esos “intereses respectivos” del art. 137 CE, ni tampoco cuál el haz mínimo de competencias que, para atender a su gestión, el legislador debe atribuir a los entes locales. De modo que la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de suerte que solamente puede reputarse desconocida dicha garantía cuando la institución es limitada y se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.

El Tribunal Constitucional indica que, en la actualidad, el cauce y soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL). Ahora bien, no toda esta ley desarrolla la autonomía municipal, sino sólo aquellos extremos que pueden ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, y que no representan más que exteriorizaciones o manifestaciones de la autonomía local constitucionalmente garantizada. En cambio, los extremos de la ley que se refieren a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LRBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18ª CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional. Precisamente por esta doble función y doble contenido de la LRBRL, el Tribunal Constitucional otorga a esta ley una singular y específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico, integrándola en el llamado “bloque de constitucionalidad”. El encaje constitucional de la esencia de esta ley se encuentra en los arts. 137, 140 y 141 CE, aunque por razones competenciales también halle fundamento en el título competencial estatal del art. 149.1.18ª CE, pues en el esquema constitucional de la distribución territorial de competencias, una de las adjudicadas al Estado con carácter exclusivo tiene por objeto las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y, entre ellas, por tanto, de la local.

En consecuencia, la autonomía local consagrada en el art. 137 CE, con el complemento de los arts. 140 y 141 CE, se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe ser respetado necesariamente por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial), para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno. En la medida que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible puede ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no puede hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los citados arts. 137, 140 y 141 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene prohibida toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno.

También la Carta Europea de la Autonomía Local determina el concepto y el alcance de la autonomía local. De esta carta destacamos los contenidos más relevantes:

– El principio de autonomía local debe estar reconocido en la legislación interna y, en lo posible, en la Constitución (art. 2).

– La autonomía se traduce en el derecho a ejercer por asambleas o concejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no debe causar perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier forma de participación directa de los ciudadanos allí donde esté permitido por la ley (art. 3.2). Precisamente, España planteó una reserva a este precepto en la medida en que el sistema de elección previsto tenga que ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la Carta. La reserva se refiere a las diputa-

ciones provinciales, cuyos miembros se eligen no directamente, sino a través de un sistema de segundo grado.

– Las competencias básicas de las entidades locales deben estar fijadas en la Constitución o en la ley. Tales competencias deben ser plenas y completas, sin que puedan ser puestas en tela de juicio ni limitadas por una autoridad central o regional más que dentro del ámbito de la ley. Las entidades locales tienen libertad plena para ejercer, dentro de la ley, su iniciativa en toda materia que no esté atribuida en exclusiva a otra autoridad. Las entidades locales deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afecten directamente (art. 4).

– Cualquier modificación de los límites territoriales locales exige la consulta previa de las colectividades territoriales y, llegado el caso, por vía de referéndum allá donde la legislación lo permita (art. 5).

– Las entidades locales tienen potestad de autoorganización en el marco de las disposiciones más generales creadas por ley (art. 6).

– Los representantes locales deben poder ejercitar su mandato libremente, debiendo ser compensados financieramente de forma adecuada a los gastos causados y beneficios perdidos (art. 7)

– Todo control administrativo sobre las entidades locales debe estar previsto en las leyes. El control no deberá tener más objetivo que asegurar el respeto a la legalidad y a los principios constitucionales. Sin embargo, podrá realizarse un control de oportunidad en el caso de competencias cuya ejecución se haya delegado en las entidades locales (art. 8).

– Las entidades locales tienen derecho a la autonomía financiera en los términos que detalla la Carta (art. 9).

– Las entidades locales también tienen derecho a asociarse con otras entidades locales e incluso a integrarse en una asociación internacional de entidades locales (art. 10).

– Las entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en legislación interna (art. 11).

TÍTULO QUINTO  
**DERECHOS Y DEBERES DE  
LOS CIUDADANOS**



## CAPÍTULO XII

### LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES

*SUMARIO: 1. Los derechos y deberes fundamentales.- 2. Reconocimiento de derechos e imposición de deberes en la Constitución española.- 3. Una especial referencia a los derechos económicos y sociales.- 4. Las garantías de los derechos constitucionales.- 5. La suspensión de los derechos y libertades.*

#### 1. LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES.

##### *A) Los derechos del ser humano.*

Como hemos subrayado en el Capítulo I, la necesidad de asegurar la supervivencia obliga al ser humano a vivir en colectividad. Este agrupamiento implica ya una pérdida de parte de la libertad originaria del individuo, porción que se transfiere a la colectividad para que ésta garantice la vida y satisfaga las necesidades básicas del ser humano.

Pero el ser humano conserva otra porción, que es la libertad natural, la intimidad propia, su individualidad irrepetible, su esfera de conciencia personal, originaria, inaccesible, intransmisible e irrenunciable. Ese sentimiento vinculado a la dignidad humana y a la capacidad intelectual, distingue al hombre de los demás animales y le lleva a rechazar toda forma de amenaza de su libertad, tales como la esclavitud, el servilismo, el

vasallaje o las discriminaciones injustificadas por motivos de nacimiento, origen, edad, sexo color, raza o posición económica o social.

Así, puede afirmarse que existen dos tipos de libertades: por un lado, las que pertenecen inalienablemente al individuo, que pudieran denominarse “libertades individuales originarias”; y, por otro, las denominadas como “libertades de cesión a la comunidad”, cuyo ejercicio se cede condicionalmente a la organización política para que ésta satisfaga, con la imprescindible participación activa del individuo cesionario, sus necesidades básicas mediante determinadas actuaciones prestacionales. A las primeras libertades les corresponden los denominados “derechos del individuo”, mientras que a las segundas se les vinculan los “derechos del ciudadano”.

Los *derechos del individuo* son derechos naturales, innatos y anteriores a la formación del Estado, inalienables, que emanan de la dignidad del hombre en cuanto ser irrepentible, portador de valores y que deben permanecer ajenos a cualquier intervención del poder. Son derechos que imponen al Estado un deber de abstención, un no hacer. Principalmente, son los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la integridad de la persona y la igualdad en dignidad. Son los derechos para cuya garantía se construye el *Estado de Derecho*, en el que el poder político se somete a control como medio de garantizar la vida y la libertad de los individuos.

Los *derechos del ciudadano* son derechos en los que se parte de concebir al ser humano como miembro de la colectividad, como ciudadano, titular del poder y habilitado para participar en el ejercicio de este poder. Tales derechos garantizan el control del poder político por los ciudadanos mediante la adecuada correspondencia entre la acción del Estado y la voluntad del pueblo. Son derechos cuya protección da lugar al *Estado democrático*. Entre ellos se encuentran las libertades de conciencia, expresión, reunión, asociación y participación.

La evolución histórica traerá una tercera clase de derechos subjetivos públicos: *los derechos económicos y sociales*. Son estos unos derechos heterogéneos, cambiantes, amplios y de imprecisa delimitación, que hacen referencia inicialmente a las condiciones de prestación del trabajo y, con posterioridad, a un cúmulo extenso de aspectos de índole social, tan variados como la familia, la renta regional, la seguridad

social, la salud, la cultura, el medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico, la vivienda, la juventud, los disminuidos, la tercera edad o los consumidores. Estos derechos, cuyos primeros orígenes ideológicos se deben a la pujanza de las corrientes socialistas –apoyadas por la democracia cristiana más avanzada–, demandan del Estado una prestación positiva, un hacer, una actuación clara y decidida en favor de los ciudadanos más necesitados, a los que ha de garantizarse un nivel mínimo de libertades reales y efectivas que les avale, además de su pervivencia, el desarrollo íntegro de su personalidad. Tales derechos pertenecen a los ciudadanos del *Estado social de Derecho*.

*B) Los derechos fundamentales.*

La expresión “derechos fundamentales”, que apareció por primera vez en 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, son los derechos subjetivos que cada ordenamiento jurídico nacional recoge expresamente en sus normas positivas y el Estado protege en su ejercicio. Se trata de libertades y prerrogativas sociales poseídas por los ciudadanos, cuya negación consiste en una negación de la propia ciudadanía. La índole de estos derechos fundamentales varía según las sociedades, aunque el sistema democrático occidental prácticamente los ha definido y consolidado materialmente, hasta el punto de que, por ejemplo, la Unión Europea plasma en la segunda parte del proyecto de Constitución Europea una Carta de Derechos Fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha destacado la doble naturaleza de los derechos fundamentales: En primer lugar, son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico a la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o en el Estado social y democrático de Derecho (STC 81/1998, de 2 de abril). Los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales, que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o

prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos (STC 64/1988, de 12 de abril).

Deben distinguirse los derechos fundamentales de los “derechos humanos”. Los derechos humanos son derechos recogidos y positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, conexos a las ideas de dignidad, libertad e igualdad de todo individuo, por el mero hecho de serlo. Los derechos humanos han sufrido un proceso continuo de internacionalización. Aparecen recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, documento que no es más que una declaración sin vinculación jurídica alguna. En cambio, la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificada por el Estado español en 1979, sí que es un instrumento eficaz para asegurar la protección de los derechos, para lo cual se crearon la Comisión Europea de los Derechos Humanos y, sobre todo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a los cuales puede dirigirse cualquier persona que se considere víctima de una violación por parte de un Estado firmante. En virtud del art. 10.2 CE, la jurisprudencia del Tribunal Europeo adquiere valor interno y puede ser invocada en el ámbito interior de los estados.

*C) Los deberes constitucionales. Noción de “deber” y de obligación”.*

Las Constituciones, además de reconocer derechos y libertades, imponen ciertos deberes públicos a los ciudadanos.

Los deberes exigen a un sujeto una determinada conducta, que puede consistir en un hacer o en un no hacer. Esta exigencia obedece a los intereses particulares de otro sujeto o a los generales de la colectividad.

No es lo mismo, en el mundo del Derecho, un deber que una obligación. El deber se establece genéricamente y de modo abstracto en las leyes ( por ejemplo, se establece que “todos tienen el deber de contribuir a los gastos generales” o “de defender a su país”). Mientras que la obligación nace de una relación individualizada y concreta con otro sujeto, que puede exigir el efectivo cumplimiento de la conducta esperada, y si no se cumple puede dar lugar a una responsabilidad y a un perjuicio para el obligado. En el caso del deber no existe alguien en

concreto que nos pueda reclamar un comportamiento conforme a lo ordenado por la Ley. Nadie personalmente puede sancionarnos por ello; sólo el Estado puede reclamarnos una determinada conducta y ha de hacerlo conforme a las leyes.

## 2. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS E IMPOSICIÓN DE DEBERES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

### 2.1. Reconocimiento de derechos.

La Constitución española reconoce los derechos de los individuos y de los ciudadanos. En su preámbulo parte de que “la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama la voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”.

La Norma Suprema, consciente de la importancia de estos derechos fundamentales, dedica su Título I a los “derechos y deberes fundamentales”, con una regulación que resulta la más extensa de la historia constitucional española. Esta extensión se justifica en la reacción de los partidos políticos democráticos al escaso respeto, cuando no negación sin más, del precedente régimen franquista hacia las libertades públicas y los derechos fundamentales.

#### a) *Concepto de derechos fundamentales.*

El Tribunal Constitucional los ha definido desde un doble punto de vista (STC 25/1981, de 14 de julio):

– Como derechos subjetivos, esto es, como derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad personal y de actuar en un ámbito de existencia.

– Como valores o “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho”.

*b) Caracteres.*

La Constitución los considera:

Por un lado, como derechos permanentes, inalienables de la persona y, por tanto, anteriores incluso a ella misma e, incluso, a la propia organización política, que ha de respetarlos (concepción subjetiva).

Por otro, como el fundamento del orden político y de la paz social (concepción objetiva), de modo que se les considera los elementos esenciales del ordenamiento jurídico.

Estos caracteres se recogen expresamente en el art. 10.1 CE, que, al efecto, dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

*c) Interpretación.*

Por su condición de derechos anteriores a la Constitución y por efecto del proceso de universalización de los derechos humanos, las normas contenidas en el ordenamiento jurídico español relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Pero aún más, dada su condición de fundamento del orden político, todo el ordenamiento jurídico español ha de interpretarse del modo más favorable al ejercicio de estos derechos (interpretación *pro libertate*), rechazándose las interpretaciones más restrictivas.

*d) Clasificación.*

La Constitución establece tres grandes grupos de derechos:

– *Los derechos fundamentales y las libertades públicas.* Se refieren tanto a los derechos del individuo y las libertades básicas, como a algunos de los derechos del ciudadano, en particular los vinculados con la democracia. Se recogen en el art. 14 (derecho fundamental de igualdad ante la Ley) y en la Sección primera del Capítulo II, a los que hay que añadir el derecho a la objeción de conciencia, que se contiene en el art. 30 (Sección segunda). Son derechos que gozan de una protección especial regulada en el art. 53.2 CE, por lo que también se denominan “derechos reforzados”.

– Estos derechos son:

. El derecho fundamental a la igualdad de todos los españoles ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna (art. 14 CE).

. El derecho a la vida y a la integridad física y moral, prohibiendo las torturas y la pena de muerte, salvo lo que dispongan las leyes penales militares en tiempo de guerra (art. 15 CE).

. El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, de modo que ninguna confesión tenga carácter estatal (art. 16).

. El derecho a la libertad personal y a la seguridad, regulándose las condiciones de la detención y disposición judicial.

. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

. La inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18, núms. 2 y 3 CE).

. El derecho a la libertad de residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 CE).

. El derecho a la libertad de expresión, que comprende el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y opiniones, la producción y creación intelectual, la libertad de cátedra y el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20 CE).

. El derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21 CE).

. El derecho de asociación (art. 22 CE).

. El derecho de participación en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23 CE).

. El derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y a las garantías procesales (art. 24 CE).

. El principio de legalidad penal y el derecho a la reinserción social (art. 25 CE).

. La prohibición de los Tribunales de Honor en la Administración civil y en las organizaciones profesionales (art. 26 CE).

. El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (art. 27 CE).

. El derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

- . El derecho a la huelga (art. 28.2 CE).
- . El derecho de petición individual y colectiva (art. 29).
- . El derecho a la objeción de conciencia (art. 30), pero sólo en cuanto a su protección por el Tribunal Constitucional.

– Los *derechos de los ciudadanos*. Se comprenden en la Sección segunda del Capítulo II. Son derechos cuyo sistema de protección puede calificarse de ordinario por lo que se les denomina también “derechos ordinarios”, en contraposición con los fundamentales y los principios rectores de la política económica y social.

Estos derechos son:

- . El derecho a defender España (art. 30 CE).
- . El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre ambos (art. 32 CE).
- . El derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33 CE).
- . El derecho de fundación para fines de interés general (art. 34 CE).
- . El derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente (art. 35 CE).
- . El derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE).
- . El derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE).

– Los *principios rectores de la política social y económica*. Se incluyen en el Capítulo III. No son propiamente derechos subjetivos, sino principios que presiden la acción de los poderes públicos. Por su naturaleza de principios rectores de la política, sólo pueden alegarse ante los órganos judiciales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). De estos principios nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

#### E) *Eficacia*.

Tradicionalmente, se ha venido negando valor normativo a las declaraciones de los derechos fundamentales. Se ha entendido que sólo eran meras declaraciones sin aplicabilidad directa alguna, una especie

de principios teóricos o abstractos sin eficacia jurídica. Hoy en día, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta postura puede considerarse superada, y, así, se sostiene que todos los arts. de la Constitución tienen el valor de normas directas, aplicables y, en consecuencia, exigibles tanto a los poderes públicos (en especial, ante los órganos judiciales encargados de su defensa) como a los demás particulares.

La eficacia de los derechos se regula en el art. 53 CE.

El núm. 1 establece que los derechos del Capítulo II (los fundamentales y los ordinarios) “vinculan a todos los poderes públicos”, por lo que tienen vigencia efectiva y eficacia jurídica inmediata, sin necesidad de que las leyes les otorguen efectos directos.

Los derechos fundamentales y las libertades públicas, junto con el derecho fundamental a la igualdad ante la ley y el derecho a la objeción de conciencia, son derechos subjetivos preferentes que no necesitan, aunque tampoco nada lo impide, desarrollo legal alguno (art. 53.2 CE).

Los principios rectores no son derechos subjetivos. Su reconocimiento, respeto y protección informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). Su valor está en que informan el ordenamiento jurídico y la acción de los poderes públicos y deben tener un alcance interpretativo de las normas; en cambio, no son derechos a los que haya de atender individualmente el Estado, salvo que las leyes que los desarrollen les otorguen la eficacia directa de ser alegables ante los tribunales. Tienen el valor de normas constitucionales eficaces por sí mismas, si bien su eficacia está parcialmente limitada, de modo que la eficacia plena se alcanza cuando media una ley de desarrollo.

#### *D) Los deberes constitucionales.*

La Constitución española menciona una relación de deberes, que luego la ley concreta en obligaciones específicas, exigibles por los poderes públicos y cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones. Para mayor garantía del ciudadano, la Constitución exige que el modo de prestación de estos deberes sea delimitado por una ley formal.

Es importante destacar que los deberes impuestos por la Constitución no son correlativos con otros derechos constitucionales. No existe una relación derecho-deber. Por mucho que el ciudadano incumpla los deberes constitucionales, no pierde todos los derechos públicos, si bien en determinados supuestos, y siempre con arreglo a la ley, puede perder algunos. Ambas ideas de derecho y deber son independientes y no recíprocas. Sí que existen, en cambio, poderes públicos para lograr el cumplimiento eficaz de los deberes constitucionales, que incluso pueden acordar la privación temporal de determinados derechos en casos de imposición de sanciones penales.

Los principales deberes que la Constitución impone son:

a) El sometimiento de todos, ciudadanos y poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

b) El deber de los españoles de defender a España (art. 30 CE). Es, además de un deber, un derecho. La Constitución señala que la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

c) La prestación de un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general (art. 30.3 CE).

d) Los deberes en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, a regular mediante ley (art. 30.4).

d) El deber de contribuir todos al sostenimiento de las cargas públicas, de forma que todos paguen sus impuestos y sus tributos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y proporcionalidad que, en ningún caso, tendrán alcance confiscatorio (art 31.1).

e) El deber de realizar prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, siempre con arreglo a la ley (art. 31.3).

f) El deber de ejercer la propiedad privada conforme a la función social (art. 33).

g) El deber de trabajar, que se corresponde con el derecho al trabajo (art. 35 CE).

### 3. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.

Los derechos económicos y sociales forman un conjunto de derechos que exigen la realización de prestaciones activas por parte del Estado, es decir, demandan un hacer o un dar. Surgen a lo largo del siglo XIX, especialmente a partir de la Revolución de 1848, como un intento de realización material del principio de igualdad, pero será en el siglo XX cuando experimenten su consagración definitiva, desde que se reflejen en las Constituciones de México de 1917 y de la República de Weimar de 1919. Reciben un fuerte espaldarazo internacional con la aprobación por las Naciones Unidas (ONU) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado español el 13 de abril de 1977.

Su significación se vincula con la formación del Estado social de Derecho, representando un fruto de las transformaciones sufridas por el capitalismo.

Estos derechos determinan en gran medida el modelo socioeconómico reconocido en la Constitución. Frente a las Constituciones liberales, que defienden los intereses de la burguesía en torno al principio de igualdad jurídica y al mantenimiento de la desigualdad económica, las Constituciones de la segunda parte del siglo XX establecen los derechos económicos y sociales.

La Constitución española de 1978 recoge un amplio catálogo de derechos económicos y sociales:

a) *Los derechos de carácter educativo.*

Aparecen recogidos en el art. 27 CE, y, como derechos fundamentales que son, se encuentran dotados de la máxima protección constitucional. Comprenden los siguientes:

– El derecho de todos a la educación. Esta educación debe tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y de los derechos y libertades fundamentales. El derecho a la educación ha de garantizarse por los poderes públicos mediante una programación general de la enseñanza, en la que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (art. 27, núms. 1, 2, 4 y 6). A tal efecto, los poderes públicos están facultados para ins-

peccionar y homologar el sistema educativo con el fin de garantizar el cumplimiento de las leyes (art. 27.9).

– El derecho a la libertad de enseñanza, que faculta a las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales (art. 27.1 y 6).

– El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3).

– El derecho a la participación efectiva de todos los sectores afectados en la programación general de la enseñanza (art. 27.5). A estos efectos, los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos tienen derecho a intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

– El derecho de los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca a la financiación pública de la enseñanza (art. 27.9 CE). Si la enseñanza es un servicio público, especialmente la básica, que es obligatoria y gratuita, y los poderes públicos no pueden prestarlo en su integridad, los centros docentes privados concesionarios de este servicio público tienen derecho a la financiación, siempre que reúnan los requisitos establecidos por las leyes.

– El principio de autonomía de las Universidades (art. 27.10), que ha de ejercerse en los términos que la ley establezca (ésta es la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades). Este principio está conformado por el conjunto de facultades necesarias que aseguran la libertad académica, esto es, el derecho de los miembros de la comunidad universitaria a ejercer la docencia, la investigación y el estudio. El Tribunal Constitucional lo ha definido como un derecho de configuración legal: “la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra” (STC 26/1987, de 27 de febrero). Este derecho es compatible con las facultades del Gobierno para establecer las normas básicas sobre creación, modificación y supresión de departamentos, con la fijación por el Consejo de universidades de *numerus clausus* en la admisión de alumnos, con un sistema para resolver los concursos de provisión de las plazas docentes...

*b) Los derechos de carácter laboral.*

Dentro de éstos coexisten derechos fundamentales, dotados de la máxima protección institucional (tales son el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga), y derechos ordinarios (derecho al trabajo, a la negociación colectiva...).

– El derecho a la libertad sindical (art. 28.1) es una aplicación del derecho de asociación al mundo laboral. Tiene una doble vertiente: la individual, que comprende el derecho de cada trabajador a fundar sindicatos, a afiliarse al de su elección –con excepción de los miembros de las fuerzas o institutos armados y de los cuerpos sometidos a disciplina militar–, así como el derecho a no afiliarse; y la colectiva, que consiste en el derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad, e incluye el derecho a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas, así como la libre utilización por las organizaciones sindicales de todas las vías y medios legales para la defensa de los derechos de los trabajadores (huelga, negociación colectiva, medidas de conflicto colectivo, participación en las instituciones y en las elecciones sindicales).

– El derecho a la huelga (art. 28.2), cuyo titular son los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley encargada de regular el ejercicio de este derecho debe prestar las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

– El derecho al trabajo (art. 35.1 CE), así como a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

– El derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, cuyos convenios colectivos tienen fuerza jurídica vinculante (art. 37.1).

– El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, tanto por parte de los trabajadores (huelga) como de los empresarios (cierre patronal o *lock out*). En correlación con el derecho de huelga, la ley reguladora del ejercicio de este derecho puede introducir ciertas limitacio-

nes y debe incluir las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad (art. 37.2 CE).

– El derecho a formar asociaciones empresariales para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE).

*c) Los derechos de propiedad privada y de iniciativa empresarial.*

Son los siguientes:

– El derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1). Sin embargo, la función social que estos derechos han de desempeñar delimita su contenido, de acuerdo con las leyes. La Constitución consagra también la potestad de expropiación forzosa: “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes” (art. 33.3 CE). La concepción liberal burguesa del derecho de propiedad, reflejada en el Código Civil Napoleónico, entendía la propiedad como un derecho de goce y disfrute de un modo absoluto. Con el devenir del tiempo, se admitió la expropiación forzosa en los casos de utilidad pública o interés social. El Estado social, compatible con el sistema económico capitalista, no impide la propiedad privada, pero sí rechaza que se utilice este derecho en contra de la sociedad. La propiedad debe cumplir, pues, una finalidad social y debe sujetarse a deberes y obligaciones establecidas por las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad. Este deber ha de ser puesto en conexión con el art. 128.1 CE, que proclama que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.

– El derecho a la fundación para fines de interés general (art. 34 CE), derecho sin precedentes en los ordenamientos constitucionales españoles y comparados. Este derecho puede ser considerado en parte como una manifestación específica del derecho de propiedad, pero con variantes provenientes del derecho de asociación política, pues le son directamente aplicables sus principios.

– La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38). Los poderes públicos han de garantizar y proteger el ejercicio de esta libertad y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

En este sentido, la Constitución española de 1978 opta por un modelo neocapitalista en el que se defienden el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, con posibilidad de intervención del Estado para transformar el modelo económico y corregir sus desviaciones perniciosas. Adopta, por tanto, un modelo de economía social de mercado, en el que, sin negarse la libre competencia, se introducen importantes mecanismos correctores a los postulados defendidos por el capitalismo liberal, habilitándose a los poderes públicos para que asuman una función transformadora de la realidad social y económica más negativa.

*d) Los principios rectores de la política económica y social.*

Además de los derechos individuales de carácter económico, sean fundamentales u ordinarios, las Constituciones del siglo XX han venido recogiendo un conjunto de preceptos con un claro contenido social y económico, que se vinculan directamente con la idea de “Estado social” en cuanto prestador de servicios. Son, como hemos reiterado, preceptos que exigen de los poderes públicos una determinada actuación o una prestación.

La Constitución española ha denominado a estos derechos como “principios rectores de la política social y económica”, y los regula en el capítulo III de su Título I.

La utilización por la Constitución del término “principios rectores”, en vez de la expresión “derechos”, nos obliga a precisar la naturaleza de los preceptos constitucionales reguladores de estos principios. Al contemplarlos, el constituyente ha querido negar toda posibilidad de su consideración como auténticos derechos subjetivos que pudieran dar pie a obtener del Estado una prestación individual inmediata y directa con apoyo en la propia Norma Suprema. Los preceptos son, dada su naturaleza de auténticas normas jurídicas, vinculantes para sus destinatarios, que sólo lo son los poderes del Estado, pero no el ciudadano, que es un destinatario mediato. Tienen un carácter eminentemente programático y orientador de la actuación de los poderes públicos, pero de ellos no se puede deducir un derecho individual de los particulares a exigir y obtener de los poderes públicos su prestación positiva hasta en tanto no lo haya previsto expresamente la ley.

Son derechos mediatos, ya que requieren la mediación o intervención de la ley para convertirse en una prestación esgrimible ante el Estado. Como determina el art. 53.3 CE, informan (con un sentido obligatorio, que impide al destinatario público evitarlos) la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

La Constitución establece una larga relación de estos principios, que podemos clasificarlos del siguiente modo:

– Principios relativos a la familia y a la infancia, que, se recogen en el art. 39 CE: protección social, económica y jurídica de la familia; protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; investigación de la paternidad; deber de los padres de asistir a los hijos menores; y protección de la infancia.

– Principios relativos al progreso social y económico y al trabajo, que se contienen en los arts. 40, 41, 42 y 52 CE: distribución de la renta regional y personal más equitativa, orientación hacia el pleno empleo, formación profesional, seguridad e higiene, descanso laboral y vacaciones retribuidas, régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, salvaguardia de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y orientación hacia su retorno, y consagración de las organizaciones profesionales.

– Principios relativos a la protección de los niños (art. 39.4 CE), la juventud y su participación en todos los órdenes sociales (art. 48), la atención a la tercera edad y su suficiencia económica (art. 50) y la atención a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE).

– Principios relativos a la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51.1), que comprenden, además, el derecho a la protección de la salud pública, la seguridad y los legítimos intereses económicos de los consumidores (arts. 43.1 CE y 51.1), y los derechos a la información, educación y formación (art. 51.2).

– Principios relativos a la cultura, que se recogen en los arts. 44 y 46 CE: derecho al acceso a la cultura, promoción de la ciencia y de la

investigación, y conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico.

– Principios relativos a la vivienda, el suelo y el medio ambiente, contemplados en los arts. 45 y 47 CE: derecho a disfrutar del medio ambiente y deber de conservarlo, utilización racional de todos los recursos naturales, derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, y participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística pública.

#### **4. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.**

No basta sólo con reconocer constitucionalmente los derechos subjetivos de los ciudadanos. Es preciso, además, que la Constitución los garantice jurídicamente.

El Capítulo IV de la Constitución se ocupa de las garantías de las libertades y derechos “fundamentales”.

Lo primero que llama la atención es que la Constitución ha establecido un distinto tratamiento jurídico para las tres clases de derechos recogidos en el Título I, lo cual da lugar a la existencia de unas garantías jurídicas comunes a todos los derechos, y de unas garantías específicas referidas a los derechos fundamentales y las libertades públicas, que, reconocidos en los arts. 15 a 29, son los que gozan de mayor protección jurídica.

##### **4.1. Garantías comunes.**

Las garantías comunes pretenden evitar que las normas de rango inferior a la Constitución despojen a los derechos del contenido que ésta les dota.

Tales garantías son:

a) *La aplicación directa de los derechos.*

Los derechos recogidos en el Capítulo II, que son los derechos fundamentales y las libertades públicas y los derechos ordinarios, “vincu-

lan a todos los poderes públicos”, sin excepción alguna (art. 53.1 CE). Es decir, los derechos citados son directamente aplicables sin necesidad de intervención legislativa alguna. No se trata de meros principios programáticos para el poder político, sino de auténticas normas creadoras de derechos y deberes obligatorios. Tampoco les afecta la inexistencia de leyes que desarrollen estos derechos (“legislación negativa”) pues son, como decimos, derechos directamente aplicables.

*b) La reserva de ley.*

El ejercicio de los derechos citados en el apartado anterior sólo puede regularse por una ley formal aprobada por las Cortes Generales (art. 53.1 CE). Esta exigencia de ley formal impide que los decretos-leyes (que son las disposiciones provisionales con la fuerza de una ley, que dicta el Gobierno en casos de extraordinaria y urgente necesidad) puedan afectar a los derechos, deberes y libertades del Título I (art. 86.1 CE).

*c) El respeto al contenido esencial de los derechos.*

La ley formal que regule el ejercicio de los derechos del capítulo II del Título I ha de respetar el “contenido esencial” de los mismos (art. 53.1 CE). No es suficiente garantía una ley formal que regule un derecho, es necesario además que esa ley no desvirtúe el derecho hasta hacerlo irreconocible e impracticable. ¿Cómo se sabe cuál es el “contenido esencial” de cada derecho?. No es posible una respuesta genérica. La solución concreta ha de encontrarse caso a caso y, en consecuencia, habrá que examinar en cada situación si la ley reguladora permite ejercer realmente ese derecho.

*d) El control de constitucionalidad de las leyes.*

A través del recurso de inconstitucionalidad y de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los órganos judiciales (arts. 161.1 y 163 CE) se puede garantizar la adecuación de las leyes reguladoras de los derechos subjetivos a los preceptos de la Constitución.

*e) El Defensor del Pueblo.*

La misión constitucional de este alto comisionado de las Cortes Generales es la defensa de los derechos del Título I frente a las actuaciones de los poderes públicos (art. 54 CE).

#### 4.2. Garantías específicas.

Son aquellas garantías que dotan de la más privilegiada protección jurídica a determinados derechos subjetivos reconocidos por la Constitución. Se aplican a los “derechos fundamentales y libertades públicas” (arts. 15 a 29 CE).

Además de las garantías comunes citadas, les son de aplicación las siguientes:

a) *La reserva de ley orgánica.*

El desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas sólo puede llevarse a cabo mediante ley orgánica. La ley orgánica requiere, para su aprobación, modificación o derogación, la votación favorable de la mayoría absoluta del Congreso (art. 81 CE), a diferencia de las leyes ordinarias, que no exigen tal mayoría cualificada.

b) *Tutela judicial preferente y sumaria.*

Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales ante los Tribunales de justicia ordinarios (art. 53.2 CE) por un procedimiento excepcional y específico, cuyas notas básicas son las de ser preferente y sumario.

La legislación procesal española distingue tres formas de protección de estos derechos: la contencioso-administrativa, la civil y la penal. En la primera, el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona aparece descrito en los arts. 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En las otras dos, son las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal las encargadas de asegurar la existencia de esta vía específica de tutela de los derechos fundamentales.

Este proceso excepcional que la Constitución contempla es alternativo al ordinario. Con la expresión “sumario” se quiere indicar que el proceso ha de ser urgente, célere y abreviado. “Preferente” significa que los tribunales han de atender estos procesos con prioridad sobre los demás juicios ordinarios, independientemente de su orden de entrada.

c) *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.*

El art. 53.2 CE protege los derechos de igualdad ante la ley y de objeción de conciencia y los derechos fundamentales, además de con un

proceso judicial sumario y preferente, con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este recurso:

– Se configura como la última acción procesal a la que acudir cuando no se ha obtenido previamente en la vía judicial la protección del derecho.

– Es un recurso extraordinario, pues sólo puede instarse para la protección de los derechos citados.

– Es un recurso subsidiario, ya que deben haberse agotado antes todos los recursos judiciales ejercitables en la vía ordinaria.

– Es un recurso limitado, en cuanto que el Tribunal Constitucional sólo puede ceñirse a declarar la nulidad del acto o resolución que vulneró el derecho fundamental, a reconocer éste último y a restablecer al recurrente en su derecho.

d) *El “Habeas corpus”.*

El *Habeas corpus* es un proceso judicial especial, ágil y sencillo, dirigido a poner inmediatamente a disposición judicial a toda persona detenida ilegalmente. Se regula en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

Su origen es anglosajón y pretende establecer remedios eficaces y extraordinariamente rápidos (en la ley española ha de resolverse en veinticuatro horas) para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales. *Habeas corpus* significa literalmente “tengas el cuerpo” y se emplea esta expresión porque encabezaba el escrito que daba lugar a sus efectos. Era el mandamiento judicial por el cual se ordenaba que el cuerpo de una persona sometida a detención o reclusión se llevara ante el tribunal para realizar una investigación completa acerca de la legalidad de esa reclusión. Aunque nominalmente existe desde la Carta Magna inglesa, el derecho se desconoció en múltiples ocasiones. La primera ley inglesa de Habeas Corpus data de 1679. La legislación inglesa previó la suspensión de este derecho en momentos de peligro para el Estado.

Hoy, se configura como una comparecencia del detenido ante el juez, que permite al ciudadano privado de libertad exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la mis-

ma, al objeto de que el juez resuelva sobre la conformidad a Derecho de la detención.

## 5. LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES.

### 5.1. El Derecho de excepción. Concepto y caracteres.

Todas las Constituciones están diseñadas para regular situaciones de normalidad. Sin embargo, las Constituciones también prevén mecanismos para la defensa del Estado y del orden político y social en determinadas situaciones de crisis. Normalmente, los tipos de mecanismos contemplados en los textos constitucionales para la defensa del Estado se pueden agrupar en dos:

- El incremento de los poderes policiales o militares del gobierno.
- La limitación y, en algunos casos, suspensión de parte de los derechos políticos y cívicos.

A este conjunto de normas constitucionales reguladoras de las situaciones anormales se denomina “Derecho de excepción”.

Sus características principales son:

1.<sup>a</sup> Es un Derecho transitorio, aplicable únicamente mientras dure la alteración del orden social.

2.<sup>a</sup> La finalidad de este Derecho se limita a la superación de la crisis, y no a regular otras situaciones ajenas.

3.<sup>a</sup> Como tal Derecho limitador de derechos subjetivos, debe ser interpretado restrictivamente.

4.<sup>a</sup> Los poderes excepcionales no pueden ser ilimitados. Sigue operando el Estado de Derecho, pues el ejercicio de las facultades extraordinarias debe sujetarse al ordenamiento jurídico que lo legitima.

5.<sup>a</sup> El ejercicio de estos poderes debe ser proporcional, de modo que ha de buscarse la necesaria adecuación entre la causa y la respuesta jurídica. Esta proporcionalidad alcanza también al territorio, de modo que la aplicación del Derecho extraordinario sólo debe limitarse a aquella porción del territorio en que realmente se produce o influye la anormalidad social.

## 5.2. El Derecho de excepción en la Constitución de 1978.

La Constitución española regula el Derecho de excepción en sus art. 55.1 y 116, desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Son éstas tres las situaciones excepcionales previstas por la Constitución: el estado de alarma, el de excepción y el de sitio. Cada uno de los tres estados está pensado para supuestos diferentes, en orden gradual de menor a mayor, según la gravedad de la situación. Su finalidad es defender el Estado social y democrático de Derecho y retornar a la normalidad en el menor tiempo posible.

La Constitución establece dos importantes límites a la existencia de cualquiera de los tres estados:

– Mientras estén declarados, no puede procederse a la disolución del Congreso de los Diputados, órgano encargado del control del Gobierno, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieran en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no puede interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjera alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso se asumen por su Diputación Permanente (art. 116.5 CE). Se evita así el golpe de estado por el propio Gobierno.

– La declaración de cualquiera de los tres estados no modifica el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes (art. 116.6 CE). Tanto el Gobierno como todos los empleados y particulares siguen siendo responsables de sus actos y no gozan de privilegios especiales que les permita huir del Derecho.

### *A) El estado de alarma.*

Es un estado pensado para afrontar las catástrofes, las calamidades o las desgracias públicas, las crisis sanitarias, la paralización de servicios públicos y las situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Se declara por el Gobierno mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no puede ser prorrogado dicho plazo. El decreto debe determinar el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración (art. 116.2 CE).

No supone una suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, admite las siguientes limitaciones:

a) De la circulación o permanencia de personas o vehículos en determinadas horas y lugares o su condicionamiento al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes.

c) Imponer prestaciones personales.

d) Intervenir y ocupar transitoriamente cualquier local, excepción hecha de los domicilios privados.

e) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

f) Impartir órdenes para garantizar que no exista desabastecimiento de productos.

g) Intervenir empresas o servicios, así como movilizar a su personal con la finalidad de garantizar los servicios públicos esenciales y el abastecimiento de productos.

h) En relación con las catástrofes y las crisis sanitarias, establecer normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de protección y utilización aguas y sobre prevención y extinción de incendios forestales.

Todo el personal de las Administraciones públicas queda bajo la dirección del Gobierno o del presidente de la Comunidad Autónoma, por delegación de aquél.

El discurso del tiempo ha permitido comprobar que las autoridades competentes, en la mayoría de los casos las autonómicas, puede hacer frente a situaciones como las contempladas con medidas iguales o similares sin necesidad de decretar el estado de alarma. La legislación sobre protección civil y la coordinación efectiva de los distintos servi-

cios públicos permite suplir esta declaración sin poner en riesgo derechos subjetivos.

*B) El estado de excepción.*

El Gobierno puede declarar este estado cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resultan tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias es insuficiente para restablecerlos y mantenerlos.

El estado de excepción se declara mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción debe determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no puede exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos (art. 116.3 CE).

La declaración del estado de excepción puede conllevar la suspensión de los siguientes derechos (art. 55.1 CE): libertad personal y seguridad, si bien permanecen inalterados tanto el deber de informar al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, como el derecho a la asistencia de abogado; inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones; libertad de residencia y circulación interior y exterior; libertad de expresión y de información, así como la prohibición del secuestro de medios de información; y los derechos de reunión y manifestación, la huelga y el conflicto colectivo.

*C) El estado de sitio.*

Su finalidad es hacer frente a las insurrecciones o actos de fuerza, o su posibilidad, contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios. Antes se le denominaba “estado de guerra”.

Se declara por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso ha de determinar su ámbito territorial, duración y condiciones (art. 116.4 CE).

La declaración puede autorizar la suspensión de los mismos derechos citados en el supuesto estado de excepción, al que se añade la suspensión de las garantías del detenido del art. 17.3 CE.

El aspecto más llamativo está en la militarización de la vida pública. El Gobierno asume todas las facultades extraordinarias, pero designa la autoridad militar que, bajo su dirección, ha de ejecutar las medidas procedentes. Esta autoridad militar publicará los bandos con las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la ley orgánica reguladora de este estado de sitio y las condiciones de la declaración del estado. De esta forma, se conecta el estado de sitio con la misión constitucional que el art. 8 CE reserva a las fuerzas armadas: garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

El Congreso puede disponer que determinados delitos se juzguen con arreglo a la jurisdicción militar.

### **5.3. La suspensión individual de derechos.**

Junto a los tradicionales mecanismos de defensa del Estado, ahora citados, las más modernas Constituciones han incorporado un supuesto de suspensión individual (no generalizado, como en los demás casos) de derechos, principalmente para hacer frente a las acciones de bandas armadas o de organizaciones terroristas.

Esta suspensión individual se prevé en el art. 55.2 CE, que permite que una ley orgánica determine la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, determinados derechos puedan ser suspendidos para personas concretas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Los derechos susceptibles de suspensión son:

a) El plazo máximo de detención preventiva sin puesta a disposición judicial. La Constitución fija un plazo máximo de detención de setenta y dos horas (art. 17.2 CE). En la actualidad, la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la ampliación de este plazo en cuarenta y ocho horas más.

- b) La inviolabilidad de domicilio a que se refiere el art. 18.2 CE.
- c) El secreto de las comunicaciones, cualquiera que sean, que garantiza el art. 18.3 CE.

Las características de esta normativa son tres:

- Es una legislación potestativa, que puede existir o no, según lo que decida el Poder Legislativo.
- Es una legislación limitada a determinadas personas, relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, sin que se pueda extender a otros supuestos, que han de regirse por la legislación común o por la reguladora de los estados de excepción o sitio.
- La utilización injustificada o abusiva de estas facultades produce responsabilidad penal, por constituir una violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

TÍTULO SEXTO  
**LA CORONA**



## CAPÍTULO XIII

### LA CORONA

*SUMARIO: 1. La monarquía parlamentaria. La Corona.- 2. Las potestades del Rey y el refrendo de los actos regios.- 3. La regencia y la tutela.- 4. La sucesión en la Corona.*

#### 1. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA. LA CORONA.

##### *A) La monarquía parlamentaria.*

El art. 1.3 CE establece la monarquía parlamentaria como la “forma política del Estado español”. Como ha señalado la doctrina, el precepto confunde deliberadamente las ideas de “forma política del Estado” y de “forma de gobierno”. Lo que el precepto constitucional debiera decir, desde una correcta técnica jurídica, es que la “forma de gobierno es la monarquía parlamentaria”.

Como hemos visto *supra*, ambas ideas no son equivalentes. La forma de gobierno se refiere a una de estas dos posibilidades: bien al modo en que se organiza la magistratura superior del Estado, que puede ser monarquía o república, bien al régimen de relaciones entre los poderes constitucionales, que admite tres grandes grupos, según se trate del parlamentarismo, el presidencialismo o el régimen directorial. En cambio, la forma del Estado alude al modo en que aparece instituido el

Estado como tal: Estado soberano, semisoberano o asociado, Estado unitario o federal, Estado de Derecho o Estado totalitario o autoritario, Estado liberal o Estado social, Estado religioso o aconfesional...

La razón de esta confusión en que incurre el art. 1.3 CE se ha achacado a la importancia que el legislador constituyente ha querido otorgar a la forma monárquica frente a los posicionamientos de algunos partidos políticos proclives a la forma republicana.

Pero al margen del debate político sobre las ventajas o inconvenientes de la monarquía o de la república, hay que partir de que la Constitución de 1978 opta por la monarquía frente a la república, y dentro de las distintas formas de gobierno monárquicas, por la “monarquía parlamentaria”.

Como toda institución, y también como le ha acaecido al propio Estado, la monarquía ha experimentado a lo largo de la historia algunas formas o tipos, que se pueden reconducir a los siguientes, en claro paralelismo con la evolución del mismo concepto de Estado:

a) La *Monarquía absoluta*. Como recordaremos, esta forma es la que da lugar al nacimiento del Estado moderno. En ella, el monarca asume monopolizadamente todas las principales funciones públicas propias del Estado, quedando las demás instituciones y órganos del reino en una situación de dependencia y jerarquía frente a él. Esto es, el Rey se identifica con el Estado y concentra en su persona todos los poderes, sin más límites que los que ponen la Iglesia, algunos señoríos, los gremios, los fueros.... En definitiva, la soberanía reside en el monarca.

b) La *Monarquía limitada*, que surge en el siglo XVI en Inglaterra e influye en el constitucionalismo español del siglo XIX. El monarca va quedando desprovisto de ciertos poderes y atribuciones, que se asumen por otros órganos. No obstante, al monarca le corresponden residualmente todos los poderes que no se han asignado a otros órganos.

c) La *Monarquía constitucional*. Es resultado de la anterior y se da en un estadio más avanzado de control del poder real. Aquí, el poder del Rey queda limitado por lo que establezca la Constitución. El monarca es un órgano inserto en el entramado institucional que la Constitución establece y sólo posee aquellos poderes que expresamente le atribuye el ordenamiento jurídico.

d) La *Monarquía parlamentaria* es, por último, el grado más desarrollado de monarquía en el control jurídico del poder, como consecuencia de la introducción y aplicación efectiva de los principios democráticos. En esta forma, el Rey está privado de cualquier poder político decisorio, ni tampoco expresa la voluntad del Estado. El poder político corresponde al pueblo, representado por el Parlamento, que, a su vez, controla la acción del Gobierno. El monarca no posee ningún poder residual, ni tampoco un poder moderador o arbitral efectivo entre las instituciones, como es el caso de los jefes de estado de algunas formas de gobierno republicanas.

*B) La Corona.*

El Título II de la Constitución regula la Corona. Ha llamado la atención el dato de que la regulación de la monarquía precede a la de las Cortes. Esta anteposición se debe a la proclamación realizada por el art. 1.3 CE, que pretende resaltar el papel jugado por el Rey Juan Carlos I durante la transición política, como motor del paso de la dictadura franquista al sistema democrático.

Otro aspecto llamativo de la regulación de la Corona estriba en la especial protección de que goza todo el Título II de cara a su reforma constitucional, lo cual eleva la trascendencia de la Corona por encima de las demás instituciones del Estado y supone una defensa acérrima de la forma monárquica frente a posibles tentaciones republicanas.

El vocablo “Corona”, con claras evocaciones británicas, constituye, además, otra novedad del texto constitucional, ya que las Constituciones españolas solían contener la expresión “Del Rey y sus Ministros”.

## **2. LAS POTESTADES DEL REY Y EL REFRENDO DE LOS ACTOS REGIOS.**

*A) Funciones del Rey.*

Según el art. 56.1 CE, “el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español

en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”.

Analizamos seguidamente estas funciones:

a) La Constitución define al Rey como jefe del estado. Por tanto, el Rey aparece como un órgano constitucional del Estado, dotado únicamente de las facultades que la Constitución y las leyes le atribuyen expresamente. Su título es el de Rey de España y puede utilizar los demás títulos que corresponden a la Corona. El Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, define el régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes.

b) El Rey es “símbolo de la unidad y permanencia del Estado”. Esto es, personifica al Estado. Esta unidad se refleja además en la continuidad dinástica de la Monarquía, reconocida en el art. 57.1 CE.

c) El Rey “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones”, lo que comporta una exigencia de neutralidad política. Esta función moderadora debe ser entendida como un poder de autoridad, de reconocimiento social, de influencia moral, pero nunca como un poder decisorio o coordinador; es un derecho del Rey a advertir y a animar, pero a nada más; mucho menos a intervenir en la vida política arrogándose funciones de los poderes legislativo, ejecutivo o judicial más allá de los límites constitucionales.

Algo similar debe interpretarse con la función arbitral. Lejos de cualquier acercamiento a la función arbitral del presidente de la República francesa, que es el líder de una mayoría política y ejerce su arbitraje mediante una serie de poderes propios, libres de refrendo ministerial, que incluyen la disolución de la Asamblea Nacional, la convocatoria del referéndum, el nombramiento del Primer Ministro, la dirección de mensajes a las cámaras y la adopción de medidas excepcionales, la Constitución española imprime al árbitro real una necesaria observancia de la neutralidad política y le otorga menores poderes. El Rey español no está al servicio de una determinada forma de entender la política, sino al servicio del Estado democrático, llamado a intervenir sólo en los casos en que le reclama la propia Constitución.

La principal facultad de significado arbitral que la Constitución confía al Rey es la de proponer el candidato a presidente del Gobierno (art. 62.d). Pero este arbitraje del monarca no le habilita para hacer prevalecer sus preferencias políticas personales, sino las del Congreso de los Diputados, más concretamente, la preferencia de la mayoría simple de los diputados.

Por lo que se refiere al poder de disolución de las Cortes Generales, ésta siempre ha de estar refrendada o por el presidente del Congreso (art. 99.5 CE) o por el presidente del Gobierno (art. 115.1 CE).

d) “La más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica”. Se trata de dos competencias que tienen distinta naturaleza: jurídica, la primera; política y simbólica, la segunda. El Rey es el principal representante internacional del Estado. Este papel se concreta en las siguientes facultades:

– Acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos y recibe la acreditación de los representantes extranjeros en España (art. 63.1 CE).

– Manifiesta el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados (art. 63.2 CE).

– Declara la guerra y hace la paz (art. 63.3 CE.).

Estos poderes no están al servicio de una política exterior del Rey conforme a su propio criterio, sino de la política exterior del Estado, que, conforme al art. 97 CE, dirige el Gobierno y autoriza el Parlamento en el caso de los principales tratados y de la declaración de guerra (arts. 63 y 94 CE).

e) Su función de garante de la Constitución se recoge en la fórmula del juramento que debe prestar al ser proclamado ante las Cortes Generales, de “guardar y hacer guardar la Constitución” (art. 61.1 CE).

Además de las anteriores, la Constitución y las leyes le reservan otras funciones. Especialmente, el art. 62 señala que corresponde al Rey:

– Sancionar y promulgar las leyes, sin que pueda ejercer ningún veto. De acuerdo con el art. 91, el plazo para la sanción es de quince días. Es éste un acto debido y obligatorio para el monarca, quien no puede

participar en el ejercicio de la potestad legislativa, pues tal potestad corresponde íntegramente a las Cortes Generales.

– Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución. Tampoco aquí el Rey tiene libertad de decisión.

– Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución.

– Proponer el candidato a presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución. La facultad de proponer el candidato ha de ejercerse con arreglo a los dos siguientes requisitos fijados por el art. 99 CE: consultar previamente con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y proponer el candidato a través del presidente del Congreso. Por lo que se refiere al cese del presidente del Gobierno, el Rey carece de facultades efectivas en tal sentido.

– Nombrar y separar a los miembros del Gobierno a propuesta de su presidente, con arreglo al famoso aforismo “el Rey nombra pero no elige”, por lo que carece de poder de veto a determinadas personas.

– Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.

– Ser informado de los asuntos del Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del presidente del Gobierno. La presidencia del Consejo de Ministros lo es a los únicos y exclusivos efectos de recibir información, sin que pueda tomar parte en las decisiones ni adoptar éstas.

– El mando supremo de las Fuerzas Armadas. Esta función ha de entenderse con un alcance meramente simbólico y honorífico, sin eficacia alguna, pues, según el art. 97 CE, corresponde al Gobierno la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado. Su función es aquí también arbitral y moderadora.

– Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, sin que pueda autorizar indultos generales.

– El alto patronazgo de las Reales Academias.

A estas funciones, hay que añadir las siguientes, dispersas por el texto constitucional:

a) Relacionadas con el Poder Judicial: la justicia se administra en nombre del Rey (art. 117.1); nombra al presidente del Tribunal Supremo y al Fiscal General del Estado (arts. 123.2 y 124.4) y a los veinte miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3).

b) Relacionadas con el Tribunal Constitucional: nombra a sus doce miembros y a su Presidente (arts. 159.1 y 160).

c) Relacionadas con las Comunidades Autónomas: nombra al Presidente de su Consejo de Gobierno (art. 152.1).

d) Relacionadas con la Casa Real, “recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma” y “nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa” (art. 65). Esta es la única facultad con eficacia directa que no exige refrendo.

*B) El refrendo de los actos regios: la responsabilidad del Rey.*

En los actuales Estados democráticos, es una característica común a todos los jefes de estado, incluso en los regímenes republicanos, la inexistencia de responsabilidad política de éstos. En el caso de las monarquías parlamentarias, en las que el Rey ha perdido toda capacidad de decisión política, la falta de responsabilidad es absoluta, extendiéndose también a los ámbitos civil y penal (según el conocido aforismo inglés *The king can do not wrong*).

Ahora bien, esta irresponsabilidad íntegra del monarca exige como contrapartida el necesario refrendo para dar validez a sus actos. Fiel a esta tradición, la Constitución española dispone en su art. 56.3 que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”, por lo que sus actos deben estar siempre refrendados por el presidente del Gobierno y, en su caso, por los ministros competentes, como lo requiere el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo en el caso de nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de su Casa, en que, como se ha dicho, no es necesario tal refrendo. Así pues, la inexistencia de la responsabilidad del Rey está unida directamente a la existencia del refrendo.

El refrendo ministerial es una institución jurídica que nace como límite a los poderes del monarca, y en cuya virtud se otorga validez al acto de un tercero, que asume la responsabilidad que hubiera correspondido a aquél.

a) *Actos exentos de refrendo.* Conforme ha discurrido la evolución histórica de las monarquías, se han ido reduciendo los actos exentos de refrendo. En la monarquía parlamentaria todos los actos del Rey están sometidos a refrendo. La Constitución tan sólo contempla expresamente un acto exento de refrendo: el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de la Casa Real, que es un acto administrativo de total disposición del monarca. También tendrían esta consideración, aunque nada diga la Constitución, los actos de distribución del presupuesto que el Rey recibe para el sostenimiento de su familia y Casa (art. 65.1 CE). En su consideración de actos administrativos, se encuentran sometidos a control jurisdiccional, a través de la vía contencioso-administrativa (STC 112/1984, de 28 de noviembre, F. 2)

La Casa Real se creó por el Decreto 2942/1975, de 26 de noviembre. Se reestructuró por los Reales Decretos 434/1988, de 6 de mayo, y 657/1990, de 25 de mayo.

b) *Sujetos aptos para refrendar.* La Constitución establece diversos supuestos, si bien la regla general considera al presidente del Gobierno como órgano legitimado para refrendar el acto del Rey. En casos particulares aparecen como refrendadores los ministros competentes, especialmente en su respectiva esfera de actuación. Y, como caso especial, la Constitución contempla el refrendo del presidente del Congreso de los Diputados en dos supuestos: en el caso de la propuesta del nombramiento del presidente del Gobierno y en el supuesto de disolución de las Cortes prevista en el art. 99.

c) *Efectos del refrendo.* El efecto principal del refrendo consiste en la asunción por el refrendante de la responsabilidad en que hubiera incurrido el Rey. Así, el art. 64.2 dispone que “de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”. Los actos sin refrendo son nulos y, por tanto, carecen de validez jurídica.

### 3. LA REGENCIA Y LA TUTELA.

#### A) *La regencia.*

En la regencia una tercera persona desempeña temporalmente las funciones del Rey durante la menor edad o la inhabilitación de éste.

El art. 59 CE recoge los dos supuestos de regencia: por menor edad y por inhabilitación.

1. *La menor edad.* Cuando el Rey es menor de edad, el padre o la madre del monarca y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución, entra a ejercer inmediatamente la regencia y la ejerce durante el tiempo de la minoría de edad del Rey (art. 59.1).

2. *La inhabilitación.* Si el Rey se inhabilita para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad es reconocida por las Cortes Generales, entra a ejercer inmediatamente la regencia el príncipe heredero de la Corona, si es mayor de edad. Si no lo es, se procede de la manera expuesta para los casos de menor edad, hasta que el príncipe heredero alcance la mayoría de edad (art. 59.2).

Si no hubiera ninguna persona a quien corresponda la regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas (art. 59.3). Para ejercer la regencia es preciso ser español y mayor de edad (art. 59.4). La regencia se ejercerá por mandato constitucional y siempre en nombre del Rey (art. 59.5).

Aun cuando nada de ello diga la Constitución, debe entenderse que las funciones de la regencia son las mismas que las del Rey.

La regencia actúa como auténtico jefe de estado, con todas las atribuciones propias del monarca.

Por otra parte, el art. 58 recoge una cláusula tradicional: “La Reina consorte o el consorte de la Reina no podrá asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la regencia”.

#### B) *La tutela.*

La regulación de la tutela se contiene en el art. 60. Dispone este precepto que “será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y es-

pañol de nacimiento; si no lo hubiese nombrado, será tutor el padre o la madre, mientras permanezcan viudos. En su defecto, lo nombrarán las Cortes Generales, pero no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes del Rey”. El ejercicio de la tutela es también incompatible con cualquier cargo o representación política.

#### 4. LA SUCESIÓN EN LA CORONA.

La Constitución concibe la Corona como una institución hereditaria en los sucesores de Juan Carlos I de Borbón, a quien considera “legítimo heredero de la dinastía histórica” (art. 57.1).

El criterio adoptado para la sucesión en la Corona es el tradicional de la sucesión castellana, vigente desde Las Partidas (año 1265) y que se ha recogido en todas las Constituciones monárquicas españolas desde el texto de 1837.

El art. 57.1 CE dispone que “la sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”.

El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tiene la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España, entre ellos, el de Príncipe de Viana, que es el heredero de la Corona de Navarra (art. 57.2). El Real Decreto 54/1977, de 21 de enero, establece los títulos y denominaciones que corresponden al Heredero de la Corona. El Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, debe prestar el juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas (art. 61.2). El Príncipe heredero don Felipe de Borbón y Grecia prestó el juramento en sesión conjunta del Congreso y del Senado celebrada el 30 de enero de 1986.

El art. 57.3 añade: “Extinguidas todas las líneas llamadas en derecho, las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España”.

En consecuencia, la sucesión en la Corona se produce automáticamente. No obstante, para que tenga lugar la efectiva proclamación del Rey por las Cortes Generales, es necesario y obligatorio que aquél preste ante éstas juramento de “desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas” (art. 61).

La proclamación del Rey no es la única intervención de las Cortes en la sucesión de la Corona. Así, éstas, junto con el Rey, pueden prohibir el matrimonio de aquellas personas que tengan derecho a la sucesión en el trono, quedando éstas excluidas en la sucesión, por sí y sus descendientes, si contravinieran dicha prohibición (art. 57.4 CE). Igualmente, corresponde a las Cortes, mediante una ley orgánica, resolver “las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona” (art. 57.5 CE).



## CAPÍTULO XIV

### LAS CORTES GENERALES

*SUMARIO: 1. Las Cortes Generales: institución parlamentaria y funciones.- 2. El bicameralismo: Congreso de los Diputados y Senado.- 3. La composición de las Cortes Generales.- 4. Organización y funcionamiento de las Cortes Generales.- 5. Sus funciones. Examen especial de la función legislativa.- 6. Órganos dependientes de las Cortes Generales: El Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas.*

#### **1. LAS CORTES GENERALES: INSTITUCIÓN PARLAMENTARIA Y FUNCIONES.**

*A) Evolución del parlamentarismo moderno: modelos y crisis.*

El parlamentarismo moderno trata de reflejar en el mundo de los hechos las tesis preconizadas por Montesquieu sobre la división de poderes. Según esta teoría, el Parlamento encarna la representación del pueblo soberano y, por ello, le corresponde la función legislativa, esto es, la competencia para aprobar las leyes, que son la manifestación específica y expresa de la voluntad popular.

La evolución del parlamentarismo moderno no es única. Básicamente, han existido dos modelos distintos: el británico y el continental.

El *modelo británico* es el propio de una monarquía parlamentaria. En él, se considera al Parlamento como la institución soberana por antonomasia. Es fundamentalmente de composición bicameral, pero la Cámara de los Comunes tiene un papel preponderante respecto de la Cámara de los Lores. Después de la I Guerra Mundial sufre un proceso de pérdida de impulso, al aumentar considerablemente el peso del Gabinete y del Primer Ministro, que se convierten en los principales actores de la escena política.

En el *modelo continental*, el Parlamento es el órgano representativo del pueblo y es el único depositario de la soberanía nacional. Surge con motivo de la Revolución francesa de 1789 y se desarrolla durante el siglo XIX con el liberalismo, quien ve en el Parlamento la institución representativa del pueblo y de la nación.

Sin embargo, el parlamentarismo clásico y liberal sufre una profunda crisis después de la I Guerra Mundial, como efecto, a su vez, de la crisis del Estado liberal de Derecho. El liberalismo burgués es incapaz de responder a las demandas que la sociedad moderna le plantea. La irrupción de las nuevas clases sociales, las más numerosas y necesitadas, las demandas y la consecución del sufragio universal, la revolución industrial y el capitalismo, así como la complejidad de las nuevas relaciones económicas y sociales, ponen en tela de juicio la validez del Parlamento y obligan a la clase política a ocupar la otra institución encargada de hacer frente al nuevo panorama: el Poder Ejecutivo, desde donde tratará de ejercer la dirección política.

Junto a este planteamiento político y social, el transcurso del siglo XX arrastra consigo un conjunto de problemas y conflictos que requieren soluciones cada vez más técnicas y complejas y, sobre todo, con la máxima urgencia. El aparatoso funcionamiento burocrático del Parlamento se muestra insuficiente para atender de modo celérico y certero estos complejos retos. Simultáneamente, comienzan a aumentar los poderes de una Administración formada por un equipo de funcionarios cualificados que convierten, finalmente, el Poder Ejecutivo en el órgano encargado de gestionar y dirigir el Estado. El Parlamento se queda limitado, en el Estado social de Derecho, al papel de institución garante de la pureza del sistema democrático, en atención a su origen directamente emanado del pueblo.

*B) Las Cortes Generales en la Constitución de 1978. Caracteres.*

Como no podía ser menos, la Constitución de 1978 contempla las Cortes Generales desde la óptica de una monarquía parlamentaria inserta en un Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución las regula en el Título III según los siguientes caracteres:

a) Son un *órgano constitucional del Estado*, creado y organizado en líneas esenciales por la Constitución.

b) Son el *único órgano representativo directo del pueblo español* (art. 66. 1 CE). En cuanto representantes del pueblo español, encarnan la soberanía nacional que reside en éste (art. 1.2 CE). Por lo tanto, han de considerarse como el poder más importante del Estado democrático, al menos teóricamente.

c) Son un *órgano bicameral* (art. 66.1). Están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, siguiendo la tradición constitucional española, únicamente interrumpida en las Constituciones de Cádiz y de la II República. Al Congreso le corresponde la representación del pueblo en su unidad y en su conjunto, mientras que al Senado se le asigna una representación territorial parcial, pues recoge la representación de las provincias, pero sólo en una quinta parte la de las Comunidades Autónomas.

d) Son un *órgano deliberante y colegislador*. Las Cortes son el foro de encuentro de la plural composición política de la sociedad. En su labor legisladora convierten a la ley en el acto de voluntad del pueblo, pero esta voluntad se expresa a través de los preceptivos cauces formales que aseguren su deliberación y garanticen la introducción de la necesaria racionalidad opuesta a la arbitrariedad.

e) Son un *órgano inviolable* (art. 66.3 CE), dotado de autonomía frente a los demás poderes del Estado y a las fuerzas sociales. Esta inviolabilidad se atribuye tanto a los parlamentarios (art. 71.1), como a la propia sede de las Cámaras (art. 71.2).

La Constitución diferencia entre la inviolabilidad y la inmunidad de los diputados y senadores.

La *inviolabilidad* permite asegurar la libertad del parlamentario en el ejercicio de su función como tal, evitándole consecuencias jurídicas

negativas por sus opiniones o manifestaciones realizadas en la Cámara o fuera de ella, siempre que se actúe como parlamentario.

La *inmunidad* protege al parlamentario frente a cualquier atentado contra su libertad que pudiera deberse a móviles políticos. En concreto, le defiende jurídicamente frente a cualquier privación de libertad y ante la iniciación de procedimientos penales contra él por motivos políticos. No obstante, no le evita que los parlamentarios puedan ser detenidos en caso de flagrante delito o puedan ser procesados si la Cámara concede el denominado “suplicatorio”, una vez que ha comprobado que no hay indicios de persecución política contra él. El ámbito temporal de la inmunidad se limita a la duración del mandato parlamentario.

## **2. EL BICAMERALISMO: EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y EL SENADO.**

### *A) Finalidad.*

Como hemos señalado, la Constitución de 1978 restableció el bicameralismo de las Cortes Generales, a través del Congreso de los Diputados y del Senado, como consecuencia de la organización autonómica del Estado.

El Congreso de los Diputados se perfila como la Cámara de representación popular de la Nación española. Por su parte, el Senado es la cámara de representación territorial (art. 69.1 CE), de un modo que quiere aproximarse a los Estados federales, pero que finalmente no consigue.

### *B) Desigualdad entre ambas Cámaras.*

Prácticamente toda la doctrina coincide en subrayar la imperfección y la desigualdad de funciones entre las dos Cámaras que componen las Cortes Generales.

El Congreso de los Diputados desempeña un papel más importante y trascendente políticamente que el Senado. Este desempeña un papel secundario, incluso en materias que afectan de una manera esencial a la configuración autonómica del Estado, como, por ejemplo, el primer examen de los proyectos de Estatuto de Autonomía y sus reformas.

El predominio del Congreso se manifiesta en las siguientes funciones:

– En las relaciones con el Gobierno, sólo el Congreso inviste al Presidente del Gobierno (art. 99 CE) y sólo él puede retirarle la confianza mediante la denegación de la cuestión de confianza (art. 112 CE) o la aprobación de una moción de censura (art. 113 CE). El Senado no tiene aquí intervención alguna.

– En la función legislativa, el Congreso aprueba por mayoría absoluta una ley orgánica, siendo la intervención del Senado similar a la que desarrolla cuando se trata de una ley ordinaria (art. 81). Igualmente, sólo el Congreso convalida los Decretos-leyes (art. 86 CE), y al Congreso le compete decidir si acepta el veto o las enmiendas presentadas por el Senado a los proyectos de textos legislativos (art. 90 CE).

– En la defensa de la Constitución, el Congreso ejerce las funciones relativas a los estados de alarma, excepción y sitio (art. 116 CE).

La única función del Senado en la que el Congreso no participa es a la hora de autorizar al Gobierno para que adopte las medidas destinadas a que una Comunidad Autónoma “rebelde” cumpla las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen (art. 155.1 CE).

### 3. LA COMPOSICIÓN DE LAS CORTES GENERALES.

Las Cortes Generales se componen del Congreso de los Diputados y del Senado.

#### *A) Composición del Congreso de los Diputados.*

Esta cuestión se regula en el art. 68 CE y se desarrolla pormenorizadamente en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG).

El Congreso de los Diputados se compone de un mínimo de trescientos y un máximo de cuatrocientos diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto.

La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla están representadas cada una de ellas por un diputado. La LOREG distribuye el número total de diputados (ahora, trescientos

cincuenta diputados), asignando una representación mínima inicial a cada provincia (dos diputados) y distribuyendo el resto en proporción a la población. De este modo, Navarra elige cinco diputados.

La elección se verifica en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. La LOREG ha optado por el método de Hondt o del mayor cociente, previa exclusión de las candidaturas que no obtengan el tres por ciento de los votos en la circunscripción.

Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos.

### *B) Composición del Senado.*

Su regulación se recoge en el art. 69 CE, que, a su vez, se desarrolla en la LOREG.

Se compone de dos tipos de senadores, todos ellos con igualdad de funciones, a pesar de su distinto modo de elección o designación: Los senadores elegidos en el proceso electoral y los senadores designados por Comunidades Autónomas.

a) Senadores elegidos en el proceso electoral. Se eligen por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto cada cuatro años, renovándose todo el Senado a la vez que el Congreso. Existen, a su vez, tres posibles ámbitos de representación o circunscripciones:

– La provincia, en la que se eligen cuatro senadores. Esta concreta previsión del número de senadores impide que pueda establecerse un sistema proporcional.

Las provinciales insulares, en donde cada isla o agrupación de ellas, con cabildo o consejo insular, constituye una circunscripción, correspondiendo tres senadores a cada una de las islas mayores (Gran Canaria, Mallorca y Tenerife) y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones de ellas: Ibiza, Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma

Las poblaciones de Ceuta y Melilla eligen, cada una de ellas, dos senadores.

En la elección de estos senadores, la LOREG se ha inclinado por el sistema de voto mayoritario con representación de minorías, de modo que cada elector puede dar su voto a un máximo de tres candidatos de

los puestos a cubrir en cada provincia, dos en las islas mayores y en Ceuta y Melilla, y uno en las demás.

b) Senadores designados por Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas designan un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponde a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que han de asegurar, en todo caso, la representación proporcional. Navarra elige un senador a través del Parlamento de Navarra.

### *C) Duración del mandato.*

El mandato de los diputados y senadores es de cuatro años (arts. 68.4 y 69.6 CE). Termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

El art. 68 de la Constitución dispone, respecto del Congreso, que las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y los sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo debe ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones (es la llamada convocatoria de derecho inicial). Tanto la convocatoria como la disolución de las Cortes Generales corresponden al rey (art. 62 b CE). Estas reglas resultan de aplicación al Senado, porque nada dice la Constitución al respecto, lo que refuerza el carácter secundario de esta institución senatorial.

## **4. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS CORTES GENERALES.**

### **4.1. Organización.**

Dentro de cada cámara legislativa, pueden distinguirse dos grupos de órganos, según el tipo de funciones que desempeñan:

– Los órganos de gobierno, que son el Presidente, la Mesa y la Junta Portavoces.

– Los órganos de funcionamiento, por medio de los cuales se forma la voluntad de la Cámara, y que son el Pleno, las Comisiones y la Diputación Permanente.

1. *Los órganos de gobierno.*

a) *El Presidente.* Conforme al art. 72.2 CE, las Cámaras eligen sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus mesas. Tanto el Reglamento del Congreso como el del Senado requieren que la elección de sus presidentes se haga por mayoría absoluta. El art. 72.3 define las atribuciones de los presidentes: ejercen en nombre de las Cámaras todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes parlamentarias, lo que se traduce en la dirección de los debates, en la interpretación del Reglamento, en la aplicación de la disciplina parlamentaria y en asegurar la buena marcha de los trabajos parlamentarios.

b) *La Mesa.* Se compone del Presidente, de Vicepresidentes (cuatro en el Congreso y dos en el Senado) y de Secretarios. La elección de los Vicepresidentes y Secretarios se hace mediante el sistema mayoritario con representación de las minorías, para lo cual se vota un solo nombre.

Es un órgano de carácter fundamentalmente administrativo y gestor, encargado de la organización del trabajo y el régimen interior y gobierno de la Cámara. Dirige las funciones administrativas y presupuestarias, programa en líneas generales los trabajos de la Cámara, fija el calendario de actividades del Pleno y de las Comisiones, califica los escritos y documentos de índole parlamentaria y decide sobre su tramitación. En el Senado, las funciones de régimen interior son asumidas por la Mesa constituida en Comisión de Gobierno Interior.

c) *La Junta de Portavoces.* Es un órgano de carácter primordialmente político, de origen relativamente reciente, que encauza la actividad de los grupos parlamentarios. Se compone de un portavoz por cada uno de los grupos parlamentarios. A la Junta puede sumarse una representación del Gobierno. Sus decisiones se adoptan por voto ponderado, de manera que cada portavoz cuenta con tantos votos como parlamentarios integran su grupo.

Fija el orden del día del Pleno, o modifica el ya fijado, y adopta las decisiones de naturaleza más política, como, por ejemplo, incluir en el orden del día un asunto que no haya cumplido los tramites previstos.

2. *Los órganos de funcionamiento.*

a) *El Pleno.* Es la reunión de todos los diputados o senadores que componen la Cámara, debidamente convocados. Representa la soberanía parlamentaria y garantiza la cohesión de la actividad parlamentaria. En cuanto órgano supremo de la organización parlamentaria, le corresponden todas aquellas funciones que la Constitución no reserva a un órgano distinto. En el Pleno se residencian fundamentalmente las funciones relacionadas con los grandes debates políticos y la discusión política de las leyes.

b) *Las Comisiones Parlamentarias.* Los trabajos más laboriosos, básicos y técnicos de cada Cámara se delegan en las Comisiones. Cada grupo parlamentario cuenta en ellas con un número de representantes proporcional a su importancia numérica en la Cámara. En ellas se debaten pormenorizadamente, y también técnicamente, los proyectos y las proposiciones de ley. A tal efecto, y en la tramitación legislativa, elaboran los “dictámenes” de las leyes, textos que sirven al Pleno para su deliberación y debate. Pueden incluso, en determinados supuestos, aprobar directamente, por razones de eficacia y rapidez, proyectos o proposiciones de ley que no afecten a la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado (art. 75.2 y 3 CE).

Desempeñan, además, una función de control político sobre la actividad del Gobierno, a cuyos miembros pueden presentar preguntas orales.

Las Comisiones del Congreso pueden ser de cuatro clases: permanentes, especiales, de investigación y de control.

– Las Comisiones permanentes pueden ser, a su vez, legislativas, cada una de las cuales participa en las materias que tiene asignadas, o no legislativas (de Reglamento, Estatuto de los Diputados y de peticiones).

– Las especiales o no permanentes se crean específicamente para un objeto concreto, quedando disueltas una vez que se extingue el objeto que justificó su creación y, en cualquier caso, al concluir la legislatura.

– Las de investigación, también llamadas de “encuesta”, se constituyen para el análisis de cualquier asunto de interés público, y cuyas conclusiones no son vinculantes para los tribunales de justicia, ni afectan a sus resoluciones judiciales (art. 76.1 CE).

– Las de control, que se crean por normas sectoriales, como la Comisión de control de RTVE, la del Defensor del Pueblo o la del Tribunal de Cuentas.

Las Comisiones del Senado pueden ser generales (de Gobierno interior, suplicatorios, etc.), legislativas (similares a las del Congreso), especiales, de investigación o permanentes no legislativas.

*c) La Diputación Permanente.*

Es el órgano de la Cámara previsto para cubrir los vacíos que se producen entre los períodos de sesiones, así como durante el tiempo que media entre la disolución de las Cámaras o la expiración de su mandato y la constitución de las nuevas Cámaras electas.

Las Diputaciones Permanentes de cada Cámara están compuestas por un mínimo de veintiún miembros, que representan a los grupos parlamentarios en proporción a su importancia numérica (art. 78.1 CE). Están presididas por el Presidente de la Cámara y, en términos generales, se rigen por las mismas normas de funcionamiento que el resto de las Comisiones Permanentes (art. 78.1 CE).

La Diputación del Congreso asume las funciones del Congreso en relación con los estados de alarma, excepción y sitio, y concede la autorización precisa para prorrogar el estado de alarma, autoriza la declaración del estado de excepción y, por mayoría absoluta, declara el estado de sitio (art. 116 CE). Asimismo, asume las competencias del Congreso referidas a la convalidación de los Decretos-leyes (art. 78.2 CE, en relación con el art. 86).

## **4.2. Funcionamiento.**

El estudio del funcionamiento general de las Cámaras se puede desglosar en los siguientes puntos:

*1. Sesiones.*

Las Cámaras se reúnen anualmente en dos períodos ordinarios de sesiones: el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo, de febrero a junio (art. 73.1 CE).

Las Cámaras también pueden reunirse en sesiones extraordinarias, a petición del Gobierno, de la Diputación Permanente o de la

mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Estas sesiones extraordinarias han de convocarse sobre un orden del día determinado y se clausuran una vez que éste ha sido agotado (art. 73.2 CE).

Existe también el supuesto de reunión de ambas Cámaras en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales.

Como medio de asegurar la publicidad de sus deliberaciones y decisiones, el art. 80 CE dispone que “las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento”.

### 2. *Convocatoria.*

Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con la asistencia de la mayoría de sus miembros (art. 79.1 CE). A efectos de llevar a cabo esa reunión reglamentaria, se procede a la convocatoria.

La convocatoria de las sesiones plenarias corresponde a los Presidentes, con la sola excepción del art. 62 b) CE, que atribuye al Rey la primera reunión de las Cámaras tras la celebración de las elecciones generales.

Las reuniones de parlamentarios celebradas sin convocatoria reglamentaria no vinculan a las Cámaras y aquéllos no pueden ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios (art. 67.3 CE).

### 3. *Orden del día.*

La Constitución exige la obligación de fijar un orden del día determinado y presentarlo junto a la convocatoria de la sesión cuando se refiere a las sesiones extraordinarias (art. 73.2 CE).

No obstante, el reglamento de las Cámaras extiende la obligación de determinar el orden del día también para las sesiones ordinarias.

El orden del día del Congreso se fija por el Presidente, de acuerdo con la Junta de Portavoces, y el del Senado por su Presidente, de acuerdo con la Mesa y oída la Junta de Portavoces.

El Gobierno puede solicitar que se incluya con carácter prioritario un asunto en el orden del día de una sesión concreta.

4. *El debate.*

Se rige por determinadas reglas articuladas en el Reglamento de cada cámara con la finalidad de ordenar el mismo. Corresponde su dirección al Presidente, quien, oída la Junta de Portavoces, tiene la facultad de ordenar el debate y las votaciones, pudiendo ampliar o reducir el número y el tiempo de las intervenciones de los Grupos parlamentarios o de los Diputados.

Las reglas garantizan: el uso de la palabra a los miembros del Gobierno, que los discursos se pronuncien personalmente y de viva voz, sin que puedan leerse por otras personas, la no interrupción durante las intervenciones, el derecho de rectificación y el planteamiento de cuestiones incidentales.

5. *El “quorum”.*

Es el número mínimo de miembros de la Cámara que deben estar presentes para que el órgano correspondiente pueda reunirse o adoptar acuerdos válidamente. Existen dos tipos de *quorum*: el de constitución y el de votación. El primero se exige para abrir una sesión, y el segundo para proceder a las votaciones.

El art. 79.1 CE establece que “para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. La Constitución no especifica el quorum de constitución, sino el de votación, por lo que las sesiones de las Cámaras pueden abrirse cualquiera que sea el número de parlamentarios presentes.

6. *Adopción de acuerdos: la votación.*

Los acuerdos de las Cámaras, para ser válidos, deben adoptarse por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establecen la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establecen los Reglamentos de las Cámaras (art. 79.2 CE).

La Constitución distingue, por tanto, dos tipos de mayorías: la mayoría simple, como regla general, y las mayorías especiales cuando se establezcan expresamente.

La mayoría simple es aquella en que los votos afirmativos de los presentes son superiores a los negativos, independientemente del número de los abstencionistas.

Las mayores especiales pueden ser: “absolutas”, en las que se requiere que vote a favor la mitad más uno del número legal de miembros que componen el órgano, y las “cualificadas”, que exigen mayorías más elevadas (dos tercios, tres quintos...).

El voto de los diputados y senadores es, en todos los casos, personal e indelegable (art. 79).

En cuanto a los sistemas de votación, pueden clasificarse así:

– Votación secreta, que admite las formas de bolas, procedimiento electrónico y papeletas.

– Votación innominada o anónima, que puede desarrollarse por asentimiento a propuesta del Presidente, o con la forma de sentados y levantados.

– Votación pública o nominada, en la que se vota previo llamamiento a cada miembro de la Cámara.

## **5. FUNCIONES DE LAS CORTES GENERALES. EXAMEN ESPECIAL DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.**

### *A) Enumeración y clasificación.*

Las Cortes Generales, según el art. 66.2 de la Constitución, ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución.

Estas funciones se pueden clasificar en las siguientes:

a) Función *representativa*: Las Cortes Generales representan al pueblo español, tal y como ya hemos señalado con anterioridad.

b) Función *legislativa*, es la facultad de aprobar las leyes, y que especificaremos más adelante, dentro de este mismo epígrafe.

c) Función de *control político* de la acción del Gobierno, que se tratará en el Capítulo siguiente y que afecta a las siguientes cuestiones:

– Otorgar la confianza al candidato a la presidencia del Gobierno en el correspondiente procedimiento de investidura (art. 99 CE).

– Exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la moción de censura (art. 113.1 CE).

– Otorgar la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Gobierno (art. 112 CE).

– Formular interpelaciones y preguntas al Gobierno y manifestar su posición en tal sentido (art. 111).

– Autorizar la prórroga del estado de alarma declarado por el Gobierno (art. 116.2 CE).

– Declarar el estado de sitio (art. 116.4 CE).

– Autorizar la declaración del estado de excepción, efectuada por el Gobierno (art. 116. 3 CE).

d) Funciones *económicas y presupuestarias*. Han supuesto el origen de las Cortes estamentales medievales, pues éstas facilitaban los medios económicos que necesitaba el monarca para sufragar el reino. Son las siguientes:

– Ejercen la potestad originaria de establecer tributos mediante ley (art. 133.1 CE).

– Otorgan autorización al Gobierno para emitir deuda pública del Estado (art. 135.2 CE).

– Elaboran y aprueban, cada Cámara, sus propios presupuestos (art. 72.1 CE), que se integran en los Presupuestos Generales del Estado.

– Examinan, enmiendan y aprueban mediante ley los Presupuestos Generales del Estado que ha elaborado y presentado el Gobierno (art. 134.1 CE).

e) Funciones en materia de *relaciones internacionales*. Las Cámaras:

– Velan por el cumplimiento de los tratados internacionales y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales (art. 93 CE).

– Autorizan, de modo previo, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse en virtud de tratados o convenios internacionales en los casos establecidos por el art. 94 CE.

f) Funciones *en relación con otras instituciones del Estado*. Las Cortes participan en la formación de los demás órganos estatales:

– En relación con la Corona, toman juramento al Rey, nombran el tutor y la regencia, reconocen la inhabilitación del Rey, prohíben expresamente la celebración de matrimonio de las personas con derecho a la sucesión de la Corona... Todas estas funciones se especifican en el capítulo anterior.

– En relación con el Poder Judicial, intervienen en la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial.

– En relación con las Comunidades Autónomas, intervienen en su creación y en el control de sus actividades.

– En relación con el Tribunal Constitucional, participan en el nombramiento de sus miembros.

#### *B) Examen especial de la función legislativa.*

Como señala el art. 66.2 CE, las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado.

La regulación del ejercicio de esta potestad precisa introducir dos puntualizaciones:

1. El art. 66 se refiere únicamente a la potestad legislativa del “Estado” (central), pero no a la de las Comunidades Autónomas, que también pueden aprobar sus respectivas leyes.

2. La potestad legislativa de las Cortes Generales se comparte con la que tiene asignada, también por la Constitución, el Gobierno. El Gobierno puede promover la iniciativa legislativa a través de los proyectos de ley y, lo que es más importante aún, puede aprobar disposiciones normativas con fuerza de ley, como ocurre con los decretos-leyes en los casos de urgencia y con los decretos legislativos, que son éstos últimos disposiciones dictadas de acuerdo con una delegación previa de las Cortes.

La iniciativa legislativa de cualquiera de ambas cámaras de las Cortes Generales se materializa mediante las “proposiciones de ley”. En

todo caso, las proposiciones de ley que toma en consideración el Senado se remiten al Congreso para su trámite como tal proposición (art. 89.1). La Constitución encarga a los reglamentos de las Cámaras la regulación de los trámites relativos a las proposiciones de ley (art. 89.1). Entre los distintos pasos a seguir, el más importante, y que se menciona en el apartado segundo del art. 89, es la llamada “toma en consideración”, trámite en el que se da oportunidad al Gobierno para que manifieste su opinión sobre el contenido del texto propuesto y exponga, en su caso, su oposición a la tramitación en los supuestos en que la competencia de la iniciativa legislativa le corresponda a él, supuestos que concurren cuando la proposición modifica una delegación legislativa en vigor (art. 84 CE) o cuando supone aumento de los créditos o disminución de los ingresos públicos (art. 134 CE). En el Senado, el Gobierno dispone de un plazo de diez días tras la publicación de la proposición para oponerse a su tramitación.

## **6. ÓRGANOS DEPENDIENTES DE LAS CORTES GENERALES: EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS.**

La Constitución prevé también dos importantes instituciones dependientes de las Cortes Generales, encargadas de controlar la actividad administrativa pública. No son tanto órganos directos de control parlamentario de la acción política del Gobierno, como instituciones contempladas *ad hoc* para fiscalizar la actividad del Poder Ejecutivo (más concretamente, las distintas Administraciones públicas), en determinadas parcelas materiales, particularmente en lo relativo a la protección de los derechos y libertades públicas y a la fiscalización de la gestión económica del Estado.

Las instituciones que con tal finalidad prevé la Constitución son dos: el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas.

### *A) El Defensor del Pueblo.*

El Defensor del Pueblo está previsto en el art. 54 CE, que establece que “una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por és-

tas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

El Defensor del Pueblo tiene su origen en el *Ombudsman* sueco, si bien se le han buscado también algunos antecedentes en el Justicia de Aragón de las Cortes medievales aragonesas.

En su extensión por Europa, se han diseñado dos modelos de institución:

a) El modelo nórdico, que es el seguido por la Constitución de 1978, y en el que el titular de la institución se nombra por el Parlamento. La institución está dotada de extensos poderes de control. Su actuación se produce tanto de oficio como a instancia de parte, y los ciudadanos pueden acceder directamente al mismo.

b) El modelo anglofrancés, en el que el nombramiento compete al poder ejecutivo, del que depende. Su poder controlador es más reducido que en el modelo nórdico. Actúa únicamente a instancia de parte, y los ciudadanos se ven mediatizados para acceder al mismo.

La misión constitucional del Defensor del Pueblo español es garantizar la defensa de “los derechos y libertades reconocidos en la Constitución frente a posibles lesiones generadas por la actuación de la Administración”.

Su regulación pormenorizada se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

En su labor defensora de los derechos y las libertades, está legitimado para interponer ante el Tribunal Constitucional recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 162.1 a) CE] y de amparo por violación de los derechos y libertades [art. 161.1 b) CE].

Da cuenta anualmente a las Cortes Generales de la gestión realizada en un informe, que se publica.

La mayor parte de las Comunidades Autónomas ha creado su propio Defensor del Pueblo: *Sindic de Greuges* en Cataluña; el Justicia de Aragón; el *Ararteko* en la Comunidad Autónoma Vasca; Defensor del Pueblo canario... Navarra ha creado la figura del Defensor del Pueblo

de la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio.

La Ley estatal 36/1985, de 6 de noviembre, se encarga de regular las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas.

*B) El Tribunal de Cuentas.*

La Constitución prevé la existencia del Tribunal de Cuentas en su art. 136, que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, encargada de regular su composición, organización y funciones (art. 136.4 CE).

El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador y censor de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público (art. 136.1 y 2 CE). Depende directamente de las Cortes Generales y ejerce sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

El Tribunal está obligado a remitir a las Cortes un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, hubiera incurrido la Administración fiscalizada.

Los miembros del Tribunal de Cuentas gozan de la misma independencia e inamovilidad y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces (art. 136.3 CE). Estas referencias a los “jueces” y otras sobre “su propia jurisdicción” no deben hacernos creer que estamos en presencia de un órgano con naturaleza jurisdiccional, pues se trata de institución constitucional dependiente del Parlamento, esto es, del Poder Legislativo, y no del Judicial.

Existen también Tribunales de Cuentas en algunas Comunidades Autónomas. En el caso de Navarra, desempeña estas funciones la Cámara de Comptos, regulada por la Ley Foral 19/1984, de 20 de diciembre, a la que el art. 18.2 de la LORAFNA califica de órgano dependiente del Parlamento de Navarra, con la doble misión de: a) efectuar el examen y censura de las Cuentas de la Comunidad Foral y del sector público dependiente de la misma, previamente al conocimiento y aprobación por el Parlamento de tales cuentas, y b) informar sobre las Cuentas y la gestión económica de las Corporaciones Loca-

les de Navarra. En todo caso, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que puedan incurrir quienes en Navarra tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos y, por acción u omisión contraria a la ley, originen menoscabo de los mismos, corresponde al Tribunal de Cuentas.



CAPÍTULO XV

**EL PODER EJECUTIVO: EL GOBIERNO Y  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

*SUMARIO: 1. El Poder Ejecutivo y el Gobierno.- 2. El Gobierno. Su estructura y funciones.- 3. El Presidente del Gobierno: nombramiento y funciones.- 4. Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales.- 5. La Administración pública.*

**1. EL PODER EJECUTIVO Y EL GOBIERNO.**

**1.1. El Poder Ejecutivo: una aproximación a su concepto y evolución.**

*A) Concepto.*

Una explicación de la institución del Gobierno en el ordenamiento constitucional exige partir del principio de división de poderes. Este principio, impulsado por la Revolución francesa e incorporado al Estado de Derecho, privó, en sus comienzos, al monarca de parte de sus poderes absolutos (en especial, de los de legislar y juzgar), si bien le dejó el Poder Ejecutivo (el poder de ejecutar las leyes), por lo que es usual concebir este poder como algo residual.

Con el paso del tiempo, la desconfianza hacia el poder omnímodo del Estado provocó que el ordenamiento jurídico introdujera paulati-

namente mayores controles sobre la acción del Rey e, incluso, se transfirieran sus competencias residuales a un órgano, el Gobierno, controlado por el Parlamento. El Gobierno quedó convertido así en el titular del Poder Ejecutivo, mientras que el Rey se veía expulsado de este poder y reducido a un plano secundario en la escena jurídico-política.

De forma muy simplista, puede afirmarse que en la actualidad el Poder Ejecutivo está formado en el ordenamiento constitucional español por el Gobierno y la Administración, si bien es cierto que el Gobierno es hoy algo más que el Poder Ejecutivo: es el principal agente de la escena política.

### *B) Evolución.*

La configuración constitucional del Poder Ejecutivo ha evolucionado históricamente.

En el Estado liberal de Derecho, la concepción limitativa de todo intervencionismo estatal y la desconfianza hacia las formas absolutistas, todavía recientes, originaban una lógica desconfianza hacia el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, la presencia a mitades del siglo XIX de crecientes movimientos revolucionarios y populares obligó a la burguesía a apostar por un Ejecutivo sólido, capaz de hacerles frente, incluso por la fuerza. El Estado democrático impulsó la idea del control de la acción gubernamental por el legítimo representante de la voluntad popular: el Parlamento.

La llegada del Estado social en el siglo XX y su progresivo intervencionismo en todos los ámbitos de la vida pública, dieron lugar al fortalecimiento del Ejecutivo y a su mutación en el órgano rector de la política estatal, apoyado en un potente aparato burocrático, formado por un personal cualificado y especializado técnicamente.

## **1.2. El Gobierno. Evolución histórica de la institución.**

Ya hemos señalado que el Gobierno es un concepto diferente del de “Poder Ejecutivo”, aunque tenga su origen histórico dentro de éste y haya nacido al privársele al monarca de toda intervención continua en la actividad política ordinaria.

La aparición del Gobierno como un órgano autónomo dentro del Estado se verifica a partir de la I Guerra Mundial como resultado de la evolución de cualquiera de estas dos modelos:

– El británico, en el que el Gabinete es un órgano con sustantividad política que lo diferencia de los ministerios.

– El continental, influido por los sistemas francés y alemán, donde el Gobierno reúne la doble concepción de órgano político y órgano rector de la Administración integrante del Poder Ejecutivo. Este modelo es el acogido en España.

En la historia constitucional española, las Constituciones de 1812, 1869 y 1876 asignaron el Poder Ejecutivo al Rey. Por su parte, el Estatuto Real de 1834 constitucionalizó, por primera vez, el Gobierno. Pero, fue la Constitución de 1931 en donde se separaron por primera vez las figuras del Jefe del Estado y del Gobierno, al que competía el Poder Ejecutivo. Esta situación se confirmó con la Constitución de 1978, donde el Rey queda desprovisto de todo Poder Ejecutivo, por confiarse éste al Gobierno.

Evidentemente, no es lo mismo el Gobierno en un sistema parlamentario que en un sistema presidencialista. En el parlamentario, el Gobierno necesita contar con la confianza del Parlamento incluso para constituirse, y se produce una colaboración recíproca entre el Parlamento y el Gobierno. En cambio, en el sistema presidencialista el Gobierno depende del Jefe del Estado, y el Gobierno no es responsable políticamente ante el Parlamento ni tampoco puede disolver éste: la separación de poderes es prácticamente absoluta.

## 2. EL GOBIERNO. SU ESTRUCTURA Y FUNCIONES.

### 2.1. El Gobierno en la Constitución de 1978.

Si hubiera de describirse la posición del Gobierno en la Constitución de 1978, señalaríamos las cinco siguientes notas:

1) Por su preocupación por implantar el Estado de Derecho, la Constitución incorpora el *principio de división de poderes*, por lo que se distingue el Poder Ejecutivo de los poderes Legislativo y Judicial.

2) Como aspecto propio del Estado social y democrático de Derecho, el Gobierno se convierte en el *órgano central y rector* del régimen político español.

Estas dos notas se explicitan en el art. 97 CE: “El Gobierno dirige la política interior y exterior y ejerce la función ejecutiva”.

3) La Constitución opta por la *forma de gobierno parlamentaria*, y dentro de ésta por la modalidad *racionalizada*. El Monarca carece de cualquier poder decisorio y éste corresponde en su esencia al Gobierno. El sistema intenta, además, dotar al Gobierno de la necesaria estabilidad para que pueda desarrollar su acción política, sin perjuicio de que el Parlamento pueda ejercer el imprescindible control sobre la actividad gubernamental.

4) A imitación del modelo francés, el Gobierno ostenta una doble naturaleza; por un lado, es un *órgano político*, y, por otro, es el *órgano administrativo* supremo, encargado de dirigir la Administración y ejecutar las leyes. El mismo Título IV de la Constitución diferencia los conceptos de Gobierno y de Administración, aunque ensamblados. Y es que ambas figuras, Gobierno y Administración, son distintas, correspondiendo al Gobierno la superior dirección de la Administración.

5) Resulta llamativo que el Gobierno no dependa tanto de la confianza del Parlamento como de la figura de su Presidente, cuya intervención en la composición del mismo y en el desarrollo de las relaciones políticas con el Parlamento es decisiva.

## 2.2. Nombramiento y cese del Gobierno.

La composición y duración del Gobierno están estrechamente vinculadas al nombramiento y al cese del Presidente, como refleja el art. 100 CE: “los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente”.

Los supuestos de cese del Gobierno se mencionan en el art. 101.1 CE. El Gobierno cesa:

– Tras la celebración de las elecciones generales a las Cortes Generales.

– En los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución: cuestión de confianza y moción de censura.

– Por dimisión del Presidente.

– Por fallecimiento del Presidente.

El Gobierno cesante continúa en sus funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, sin que pueda adoptar decisiones políticas de especial trascendencia que hipotequen la acción política del Gobierno entrante.

### 2.3. La estructura del Gobierno.

#### *A) Composición del Gobierno.*

Conforme al art. 98.1 CE, “el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley”.

De la lectura de este precepto puede deducirse la existencia de dos categorías de miembros del Gobierno: los necesarios, como el Presidente y los ministros, y los posibles o no necesarios, como los Vicepresidentes y “demás miembros que establezca la ley”, expresión ésta que permite incorporar por ley otros miembros, tales como los Secretarios de Estado, como así ocurrió en la etapa del gobierno socialista.

En la actualidad, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, regula la organización y funciones de los miembros del Gobierno. Su art. 1.2 señala que el Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros. Excluye así la presencia de otros miembros distintos de éstos.

Del Presidente hablaremos en los epígrafes siguientes.

En cuanto a los Vicepresidentes, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, especifica sus funciones. Conforme al art. 3 de esta Ley, pueden ser, además, Ministros o no. Les corresponde el ejercicio de las funciones que les encomiende el Presidente del Gobierno y, cuando sean titulares de un Departamento ministerial, las propias de los Ministros. Además, el art. 13.1 prevé que, en caso de vacante, ausencia o enfermedad del

Presidente, las funciones de éste se asumirán por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación.

Nada impide que el Vicepresidente o los Vicepresidentes sean, además, titulares de un Departamento ministerial, o presidentes de las Comisiones Delegadas creadas para la coordinación de determinadas áreas gubernamentales.

Los Ministros son, a la vez que miembros del Gobierno, jefes de los diversos Ministerios en que se estructura la Administración del Estado. Esta dualidad de funciones les otorga la doble condición de órgano político y de órgano administrativo. También pueden existir los Ministros sin cartera, esto es, con responsabilidad únicamente en determinadas funciones gubernamentales y cuya inserción en el Gobierno se debe a motivaciones políticas. La competencia para determinar el número de ministerios, su denominación y atribuciones corresponde al Presidente del Gobierno [art. 2.2. j de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno].

#### *B) Estatuto de los miembros del Gobierno.*

La Constitución dedica los núms. 3 y 4 del art. 98 a la regulación del Estatuto de los miembros del Gobierno.

El núm. 3 establece las prohibiciones generales a las que se encuentran sometidos: “Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna”.

El núm. 4 remite la regulación del Estatuto y del régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno a lo que disponga una ley ordinaria. Esta Ley es en la actualidad la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, afectada por la disposición derogatoria de la Ley del Gobierno a que hemos hecho referencia.

Tal vez el aspecto más peculiar del estatuto de los miembros del Gobierno radique en los tipos de responsabilidad que se derivan de sus actos. Esta responsabilidad puede ser política, penal, civil o económica

ante el Tribunal de Cuentas. Nos ocupamos, por su mayor relevancia política, de las dos primeras.

La responsabilidad política sólo puede predicarse respecto de los miembros del Gobierno, pero no es extensible a los demás titulares de órganos de la Administración. Mientras éstos últimos quedan fuera de tal clase de responsabilidad, los miembros del Gobierno, por su condición de órgano político, se encuentran sujetos a consecuencias políticas. La responsabilidad política del Gobierno sólo puede ser exigida solidariamente por el Congreso de los Diputados, esto es, a todo el Gobierno en su conjunto, sin que pueda dirigirse de modo individual contra sus miembros. No obstante, es lógico pensar que uno de los miembros del Gobierno es, a su vez, responsable individual y directamente ante el Presidente, que es quien de hecho decide su nombramiento y su cese (art. 100 CE).

La responsabilidad penal, cuyo alcance se delimita en el art. 102 CE, es exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, lo que dota a los miembros del Gobierno de un fuero especial, pero no de ningún privilegio o ventaja procesal. Si la acusación es por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo. No es de aplicación la prerrogativa real de gracia a estos supuestos de responsabilidad criminal.

### *C) Funcionamiento del Gobierno.*

La Constitución no se ocupa de regular el funcionamiento del Gobierno, por ser ésta una materia propia de la ley. Sin embargo, sí que emplea, además de la expresión “Gobierno”, la voz “Consejo de Ministros”, lo cual plantea la cuestión de si ambos términos son equivalentes o, por el contrario, responden a realidades no coincidentes.

Sobre esta polémica han existido tanto posturas favorables a la coincidencia, como contrarias a ella. No obstante, la práctica política y las disposiciones legales parecen haber entendido que el Consejo de Ministros es la forma de funcionar del Gobierno cuando actúa en pleno.

Esta postura es la que recoge el art. 1.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al disponer que “los miembros del Gobierno

se reúnen en el Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno”.

El art. 5 de la misma Ley establece un catálogo de competencias del Consejo de Ministros, a las que hay que añadir las fijadas por la Constitución en sus arts. 62.g), 88, 112, 115, 116.2 y 116.3.

Por su parte, las Comisiones Delegadas son órganos especializados del Gobierno, destinados a coordinar y examinar las actuaciones de varios Ministerios. Su creación, modificación y supresión se acuerda por el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno. El Real Decreto de creación determina quiénes ostentan su presidencia y la secretaría, sus miembros (que ahora sí pueden ser los Secretarios de Estado) y las funciones que se le atribuyen (art. 6 de la Ley del Gobierno).

#### **2.4. Las funciones del Gobierno.**

La Constitución, en su art. 97, sintetiza en seis las funciones esenciales del Gobierno. La lectura del precepto permite comprobar que el Gobierno ejerce algo más que la clásica función de ejecutar las leyes. Es, por encima de todo, el órgano director de la política española, sujeto al control de las Cortes Generales.

Estas funciones son:

##### *A) La dirección de la política interior.*

No es una función que se desglose en un limitado número de atribuciones. Al contrario, la función política es tan amplia como quiera el Gobierno, y no tiene límites formales o materiales en cuanto a su contenido. A título de ejemplo, pueden señalarse algunas que menciona la propia norma constitucional al regular las relaciones del Gobierno con los restantes órganos constitucionales:

a) En relación con la Jefatura del Estado, el Gobierno interviene en toda la actividad constitucional del monarca. El Presidente del Gobierno y los Ministros refrendan los actos reales (art. 64 CE); el Presidente propone el nombramiento y el cese de los miembros del Gobierno [art. 62 e)]; el Consejo de Ministros acuerda los decretos que el Rey expide [art. 62 f)], etcétera.

b) En relación con el Parlamento, compete al Gobierno:

– Someterse al control político del Congreso de los Diputados en los supuestos de moción de censura y de cuestión de confianza (arts. 112 y 113) y en los demás supuestos de preguntas mociones, interpelaciones y declaraciones políticas de interés general (art. 111 CE), así como de peticiones de información y ayuda que recaben las Cámaras y sus Comisiones (art. 109 CE).

– La disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de nuevas elecciones (art. 115 CE).

– El ejercicio de actuaciones legislativas, que pueden ser de iniciativa –a través de la presentación de proyectos de ley (art. 88 CE) o la oposición a la tramitación de las proposiciones de ley que supongan un aumento del gasto público (art. 134.6 CE)–, o de auténticas potestades legislativas, mediante la aprobación de decretos-leyes en situaciones de urgencia, sometidos a la ratificación del Congreso (art. 86 CE), o la aprobación de decretos legislativos que contengan legislación delegada del Parlamento (arts. 82 y 85 CE). El ejercicio de la iniciativa legislativa alcanza incluso a la posible reforma de la Constitución (art. 166 CE).

– La elaboración de los presupuestos generales del Estado y su remisión al Parlamento para su examen y aprobación (art. 134 CE).

– La emisión de deuda pública, previa autorización del Congreso de los Diputados (art. 135. 2 CE).

– La elaboración de los proyectos de planificación de la actividad económica general (art. 131. 2 CE).

– La propuesta al Rey de la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados (art. 92.2 CE).

– La declaración de los estados de alarma y excepción y la proposición al Congreso de las declaraciones del estado de sitio (art. 116 CE).

c) En relación con el Poder Judicial, el Gobierno:

– Propone el nombramiento del Fiscal General del Estado (art. 124. 4 CE).

– Propone a dos miembros del Tribunal Constitucional (art. 159 CE).

– Está legitimado para interponer recursos de inconstitucionalidad (art. 162.1 CE) e impugnar las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 161.2 CE).

– Ostenta competencias en materia de Administración de Justicia, sin perjuicio de las que correspondan al Consejo General del Poder Judicial y a las Comunidades Autónomas.

d) En relación con las Comunidades Autónomas, el Gobierno nombra al Delegado del Gobierno en el territorio de éstas (art. 154 CE). Puede adoptar las medidas necesarias para obligar a las Comunidades Autónomas al cumplimiento forzoso de las obligaciones constitucionales o legales y proteger así el interés general de España (art. 155.1 CE).

### *B) La dirección de la política exterior.*

Tan amplia en contenido como la anterior, la acción del Gobierno en este campo afecta a múltiples aspectos, entre otros:

– Relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), que es una competencia exclusiva del Estado.

– El reconocimiento oficial de otros Estados.

– La participación en operaciones internacionales de muy distinto tipo: militares, de pacificación, de mediación en conflictos, sanitarias, de apoyo y colaboración económica, cultural...

– La participación en organismos internacionales o supranacionales (Unión Europea, ONU, OTAN, UEO, UNESCO...).

– La representación diplomática.

– La protección de los derechos de los españoles en el extranjero.

– La negociación de tratados y convenios internacionales, cuyo régimen jurídico se prescribe en los arts. 93 a 96 CE. La Constitución distingue tres tipos de tratados o convenios:

a) Tratados en los que se atribuye el ejercicio de competencias constitucionales del Estado a una organización o institución internacional (art. 93 CE), y que requiere de la autorización de las Cortes Generales mediante ley orgánica, tal y como sucedió con la Comunidad Económica Europea en 1985, en 1992 con el Tratado de la Unión Europea, en 1998 con el Tratado de Ámsterdam y en 2001 con el Tratado

de Niza. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

b) Tratados o convenios en los que no existe tal cesión de competencias, y que pueden ser políticos, militares, relativos a la integridad territorial o a los derechos y deberes de los ciudadanos, financieros con obligaciones para la Hacienda Pública, o de contenido legislativo. Estos convenios requieren la previa autorización de las Cortes Generales (art. 94 CE).

En cualquiera de estos dos tipos, compete al Gobierno la iniciativa, el proceso de negociación y la fase de conclusión de los tratados o convenios, con lo que la intervención del Parlamento se limita al otorgamiento de la autorización para la normalización del tratado.

c) Demás tratados (culturales, de colaboración técnica...), en los que el Gobierno realiza todas las fases, sin necesidad constitucional de que participen las Cortes. Es suficiente con que el Gobierno informe inmediatamente al Congreso y al Senado de la conclusión de dichos tratados y convenios (art. 94.2 CE).

#### *C) La dirección de la Administración civil y militar.*

Esta función refuerza la doble dimensión del Gobierno como órgano político y como órgano de la Administración del Estado. Pero también supone la necesidad de diferenciar entre el Gobierno, como protagonista activo del juego político democrático, y una Administración destinada a servir los intereses generales con objetividad y sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como así lo contempla el art. 103.1 CE.

#### *D) La defensa del Estado.*

El Gobierno es el encargado de dirigir la defensa del Estado. Para ello, y como responsable, cuenta a sus órdenes con:

– Las Fuerzas Armadas, integradas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, cuya misión constitucional, delimitada por el art. 8.1 CE, es “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

– Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dedicados a “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” (art. 104.1 CE).

La defensa del Estado y las Fuerzas Armadas son materias reservadas, por el art. 149.1.4 CE, a la exclusiva competencia del Estado, sin que las Comunidades Autónomas tengan facultades para intervenir en su regulación.

*E) El ejercicio de la función ejecutiva.*

La función ejecutiva consiste en la utilización de las potestades necesarias para ejecutar las leyes. Por su carácter subordinado al Poder legislativo, la función ejecutiva ha de ejercitarse “de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

La función ejecutiva no corresponde únicamente al Gobierno. Junto a éste aparecen otros poderes públicos que también ejercen la función de ejecutar las leyes, como la Administración y las entidades propias de un Estado descentralizado política y administrativamente (Comunidades Autónomas, provincias y municipios).

La función ejecutiva comprende una serie de potestades, reconducibles a dos: la reglamentaria, que se comenta en el epígrafe siguiente, y las administrativas. A su vez, dentro de las potestades administrativas, podemos distinguir, entre otras:

- a) La potestad organizatoria, necesaria para que la Administración organice sus propios servicios “de acuerdo con la ley” (art. 103.2 CE).
- b) La potestad revisora en materia administrativa o económico-administrativa, previa a la judicial, que consiste en la resolución de recursos frente a las actuaciones de la Administración.
- c) La potestad inspectora, para la comprobación de determinados hechos.
- d) La potestad sancionadora, para la imposición de sanciones a las infracciones previamente determinadas por las leyes.
- e) La potestad de programación o planificación de determinadas actividades, como la economía o el urbanismo.
- f) La potestad expropiatoria.

g) La potestad de ejecución forzosa, para compeler, por sus propios medios, a terceros el cumplimiento de ciertas obligaciones legales.

*F) El ejercicio de la potestad reglamentaria.*

La Constitución otorga al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria consiste en la facultad de dictar disposiciones generales y abstractas de rango inferior a la ley, que reciben el nombre de “reglamentos”. Lo sustancial de los reglamentos no es la denominación oficial que se les otorgue en atención a su forma de exteriorizarse (Reales Decretos, Ordenes Ministeriales..., y sus correlativos autonómicos), sino su pretensión de regular objetivamente, con abstracción de personas, situaciones generales que afectan a una pluralidad indeterminada de destinatarios.

El titular originario de la potestad reglamentaria es únicamente el Gobierno. Los Ministros sólo pueden ejercer esta potestad cuando así lo prevé una norma que les habilite a ello; para éstos, se trata de una potestad reglamentaria derivada.

También existen otros órganos constitucionales habilitados para ejercitar la potestad reglamentaria: las Cortes Generales, que aprueban sus propios Reglamentos orgánicos y de funcionamiento; el Consejo General del Poder Judicial; el Tribunal Constitucional; los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas en las materias en que hayan asumido competencias en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía; las provincias y los municipios.

La potestad reglamentaria ha de ejercerse “de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Estamos en presencia de una potestad subordinada a la ley. La Constitución proclama, además, en el art. 9.3, el principio de jerarquía normativa, en cuya virtud los reglamentos no pueden oponerse a lo que dispongan las leyes. Ahora bien, esta supeditación a la Ley no prohíbe que se dicten reglamentos sin la previa existencia de una ley habilitante. Junto a los reglamentos *ejecutivos* o *secundum legem*, que desarrollan los mandatos contenidos en las leyes, coexisten los reglamentos *independientes* de la Ley o *praeter legem*, que no desarrollan leyes anteriores, aunque, por ello, tampoco pueden establecer determinaciones contrarias ni a la ley ni a la Constitución.

A diferencia de la Constitución francesa, el texto constitucional español no ha recogido ningún principio de reserva reglamentaria a favor del Gobierno, por lo que la ley puede regular cualquier materia sin restricción alguna, como es lógico en un Estado democrático con forma de gobierno parlamentaria.

La potestad reglamentaria está sometida al control judicial de los tribunales contencioso-administrativos (art. 106.1), que pueden anularlos cuando sean contrarios a la ley. Asimismo, el Tribunal Constitucional puede declarar su inconstitucionalidad si se oponen a los preceptos constitucionales.

### **3. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO: NOMBRAMIENTO Y FUNCIONES.**

#### **3.1. Posición institucional.**

El Presidente del Gobierno no aparece en la Constitución como un miembro más del Gobierno, ni siquiera como un *primus inter pares*. Su posición preeminente nace del importante hecho de que es el Parlamento quien elige al Presidente, y éste, en un segundo paso, designa los demás miembros del Gobierno. El Gobierno depende del Presidente: se configura por el Presidente, cesa cuando cesa el Presidente y es, precisamente, el Presidente quien dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo.

El peso de la figura del Presidente obedece al proceso continuo de reforzamiento del Poder Ejecutivo, especialmente en los Estados occidentales, hasta el punto de que en la Constitución de 1978 estemos en presencia de una forma de gobierno en un alto grado presidencialista, equiparable a la del *Premier* británico o al *Kanzler* (canciller) alemán, en la que se ha inspirado el constituyente español.

#### **3.2. Nombramiento.**

La Constitución establece dos modalidades de nombramiento del Presidente del Gobierno: una ordinaria, regulada en el art. 99 CE, y otra especial o extraordinaria, prevista en el art. 113 CE.

*A) Modalidad ordinaria.*

Es aquélla que tiene lugar tras la celebración de elecciones generales, la dimisión o fallecimiento del anterior Presidente o la pérdida de la cuestión de confianza. El procedimiento sigue las siguientes fases:

*a) Consultas y propuesta de un candidato.*

El Rey consulta con los representantes designados por los grupos políticos que hayan alcanzado representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Celebradas las consultas, el monarca, refrendado por el Presidente del Congreso, propone un candidato a la Presidencia del Gobierno, sin que sea preciso que el mismo reúna la condición de miembro electo de las Cortes Generales. Lógicamente, el Rey tiene un cierto margen de discrecionalidad para proponer el candidato, pero el nombre propuesto debe tener serias probabilidades de obtener la confianza del Congreso. O dicho de otro modo, la discrecionalidad del Rey es nula cuando existe un candidato que cuenta con el apoyo mayoritario de los miembros de la Cámara Baja.

*b) Debate de investidura en el Congreso.*

Una vez efectuada la propuesta, el candidato expone ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretende formar. Nada señala la Constitución sobre si ha de tener lugar un debate posterior del programa, aunque así lo prevé el art. 171 del Reglamento del Congreso.

*c) Votación.*

Expuesto el programa, el candidato solicita la confianza de la Cámara. Para obtenerla, necesita la mayoría absoluta de los miembros del Congreso en una primera votación. De no alcanzarse dicha mayoría, se somete la misma propuesta a una nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior y la confianza se entiende otorgada si el candidato obtiene la mayoría simple.

*d) Nombramiento como Presidente del Gobierno.*

Una vez que el candidato ha obtenido la confianza del Congreso de los Diputados, el Rey lo nombra Presidente del Gobierno, parece que con el refrendo del Presidente del Congreso, como lo complementa el art. 171.6 del Reglamento del Congreso.

Ahora bien, si efectuadas las votaciones, el candidato no logra obtener la confianza parlamentaria para la investidura, es necesario volver a empezar el procedimiento con la tramitación de sucesivas propuestas, hasta que alguno de los candidatos propuestos obtenga la confianza. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato ha obtenido la confianza del Congreso, el Rey debe disolver el Congreso y también el Senado (disolución la de esta Cámara un tanto peculiar, pues no ha tenido ninguna intervención en el proceso de investidura y, sin embargo, se ve arrastrada por lo que causa la otra Cámara), y ha de convocar nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.

*B) Modalidad especial o extraordinaria.*

Se produce cuando prospera una moción de censura del Congreso de los Diputados contra el Gobierno. La moción de censura ha de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno (art. 113.2 CE).

Si el Congreso adopta la moción por mayoría absoluta, el Gobierno debe presentar su dimisión al Rey y el candidato incluido en la moción se entiende investido automáticamente de la confianza de la Cámara, por lo que el Rey viene obligado a nombrarle –ahora sin margen de discrecionalidad alguna– Presidente del Gobierno (art. 114.2 CE).

### **3.3. Funciones del Presidente.**

Se delimitan en el art. 98.2 CE: “El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión”.

El precepto distingue dos tipos de funciones: las de dirección del Gobierno y las de coordinación de las funciones de los demás miembros.

Las funciones de dirección del Gobierno implican la asunción de la máxima responsabilidad sobre la acción política y la administrativa de éste órgano superior. En el término “coordinación” están inherentes

todas las atribuciones conducentes a dotar de unidad y coherencia a la labor de los Ministros y demás miembros del Gobierno.

Junto a las dos funciones citadas, aparece un importante catálogo de funciones constitucionales relacionadas con las demás instituciones previstas en la Constitución, que pueden esquematizarse así.

a) En relación con la Corona, el Presidente del Gobierno:

– Refrenda determinados actos del Rey, los que mayor calado poseen.

– Presenta al Rey, para su sanción y promulgación, las leyes aprobadas por las Cortes Generales.

– Propone la disolución de las Cortes Generales, así como la convocatoria de nuevas elecciones, previa deliberación del Consejo de Ministros y bajo su exclusiva responsabilidad.

– Propone la convocatoria de referéndum, en los términos previstos en la Constitución.

– Propone el nombramiento y separación de los miembros del Gobierno.

– Mantiene informado al Rey sobre los asuntos de Estado y le solicita que presida el Consejo de Ministros.

– Propone al Rey, previa autorización de las Cortes, la declaración de la guerra y la conclusión de la paz, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados internacionales, y el ejercicio del derecho de gracia.

b) En relación con las Cortes Generales:

– Les presta la información y ayuda que las Cámaras recaben al Gobierno.

– Plantea ante el Congreso, previa deliberación del Consejo de Ministros, la cuestión de confianza y cualquier declaración política de interés general.

– Da cuenta de las ausencias del Rey, así como de las demás cuestiones referentes a la Corona.

c) En relación con el Poder Judicial:

– Propone al Rey el nombramiento del Fiscal General del Estado.

- Propone al Rey el ejercicio del derecho de gracia.
  - Plantea ante el Tribunal Constitucional los recursos de inconstitucionalidad.
- d) Finalmente, en relación con las Comunidades Autónomas, le corresponden las funciones especificadas en el caso del Gobierno.

#### **4. RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES.**

##### **4.1. El régimen parlamentario racionalizado.**

El concreto tipo de régimen parlamentario que la Constitución española ha asumido es el conocido como “parlamentarismo racionalizado”, que se caracteriza por dos postulados esenciales: a) la primacía del Gobierno, al que corresponde la dirección política, para lo cual se le dota de la mayor estabilidad compatible con un sistema democrático, y b) la necesidad de que el Gobierno cuente con la confianza política de las Cortes Generales.

La actuación del Poder Ejecutivo, empezando por su propia configuración, depende del Parlamento y, en ningún caso, puede ir en contra de los dictados de éste. De hacerlo, corre el riesgo de perder su confianza y terminar siendo derribado.

Las consecuencias más interesantes de haberse adoptado el “parlamentarismo racionalizado” pueden encontrarse en el Título V de la Norma Constitucional, que se denomina “de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”. La idea básica que inspiró la redacción de este Título estribó en buscar un equilibrio de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo, trabándose una doble interdependencia entre ambas instituciones: el Gobierno necesita contar con la confianza de las Cortes Generales, pero si se ve acosado políticamente, puede disolver tanto el Congreso de los Diputados como el Senado, o cualquiera de las dos, según su conveniencia y, recíprocamente, el Congreso puede derribar al Gobierno si éste se aleja de su respaldo.

Pues bien, el conjunto de relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales se desglosa alrededor de cinco técnicas:

a) La investidura del Presidente del Gobierno, a la que nos hemos referido en el punto anterior y que afecta a la propia conformación del Gobierno.

b) La moción de censura.

c) La cuestión de confianza.

d) La disolución de las Cortes Generales por el Presidente del Gobierno.

e) El control específico de determinados aspectos o sectores de la actividad del Gobierno, mediante la instrumentación de interpelaciones, preguntas, mociones, comisiones de investigación, reprobaciones de miembros del Gobierno...

Prácticamente todas estas técnicas, fundamentalmente la cuestión de confianza y la moción de censura, obedecen al principio constitucional de responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, cuyo origen se sitúa en Inglaterra en el siglo XVIII y que la Constitución española recoge en su art. 108: “el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados”.

#### **4.2. La cuestión de confianza.**

La cuestión de confianza, regulada en los arts. 112 y 114.1 CE, persigue comprobar el apoyo parlamentario que posee el Presidente del Gobierno para poder materializar su programa de gobierno o sobre una declaración de política general.

Su planteamiento corresponde al Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros.

La confianza se entiende otorgada cuando vota a favor de su concesión la mayoría simple de los Diputados.

Si el Congreso niega su confianza al Gobierno, éste ha de presentar su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno conforme a las reglas aplicables después de cada renovación del Congreso de los Diputados (art. 114.1 CE).

### 4.3. La moción de censura.

La moción de censura es una técnica importada de la Ley Fundamental de Bonn. Su finalidad es triple:

– En primer lugar, permite al Parlamento derribar al Gobierno si éste pierde el necesario apoyo.

– En segundo término, sustituye un Gobierno por otro que cuenta con mayor solidez. El texto constitucional español opta así por la moción de censura “constructiva”, esto es, aquella que posibilita simultáneamente la caída de un Gobierno y su relevo por otro nuevo con mayor soporte parlamentario, sin limitarse a la destrucción pura y simple del primero.

– En tercer término, permite al Gobierno inicialmente constituido ejercer su política con una gran estabilidad, pues su derribo sólo puede ocurrir cuando exista otra alternativa de gobierno dotada de mayoría absoluta, lo cual raramente se dará en la práctica.

La moción de censura también ha sido objeto de duras críticas al posibilitar la permanencia de un Gobierno minoritario que ejerza el poder en circunstancias totalmente adversas, enfrentado a un Parlamento en que la oposición mayoritaria está incapacitada por la normativa para formular una alternativa viable. Y es que una cosa es la estabilidad política del sistema, y otra la de un determinado Gobierno.

La moción de censura se regula en los arts. 113 y 114.2 CE.

De ambos preceptos cabe destacar lo siguiente:

a) En cuanto a los requisitos de formulación:

– La moción ha de presentarse en el Congreso de los Diputados, pues sólo este órgano queda facultado para exigir la responsabilidad política del Gobierno por esta vía.

– La moción deberá ser propuesta, al menos, por la décima parte de los Diputados.

– La moción ha de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno, con lo que se configura su carácter de moción constructiva.

b) En cuanto al debate y votación:

– El debate de la moción de censura se centra realmente en el programa político del candidato, no en la censura del Gobierno, con lo

que, paradójicamente, el examinado no es el Gobierno censurado, sino el candidato propuesto.

– Para que prospere, es necesario que la moción se adopte por la mayoría absoluta del Congreso.

– La moción no puede ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación, plazo que se denomina “de enfriamiento”. En los dos primeros días de dicho plazo pueden presentarse mociones alternativas, con lo que se da tiempo a buscar o negociar otros apoyos. Tal vez, lo más llamativo sea que todas las mociones se votan en la misma sesión, sin que las nuevas hayan de esperar los cinco días requeridos a la primera.

c) En cuanto a sus efectos:

– Si la moción de censura no se aprueba por el Congreso, sus signatarios no pueden presentar otra durante el mismo período de sesiones. Es una cláusula que penaliza a los signatarios perdedores, pero sobre todo afecta a los grupos parlamentarios menos mayoritarios.

– Si, por el contrario, el Congreso adopta la moción, el Gobierno debe presentar su dimisión al Rey, mientras que el candidato incluido en la moción aprobada se entiende investido de la confianza de la Cámara, por lo que el Rey ha de nombrarlo Presidente del Gobierno.

#### **4.4. La disolución de las Cámaras.**

Frente a la facultad del Congreso de derribar al Gobierno, el Presidente del Gobierno tiene, en justa reciprocidad, la posibilidad de disolver el Congreso, el Senado o ambas Cámaras, si éstas le acosan en su función de control político.

Esta posibilidad se contempla en el art. 115 CE.

Conforme al citado artículo, el Presidente del Gobierno, previa deliberación no vinculante del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, puede proponer al Rey la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales. Instada la disolución por el Rey, éste queda obligado constitucionalmente a decretarla y a fijar la fecha de las elecciones.

En atención a su nota de reciprocidad, la Constitución veda la disolución del Parlamento cuando está en trámite la moción de censura.

Disuelta la o las Cámaras, no puede acordarse una nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo que la segunda disolución tenga lugar por haber transcurrido dos meses sin que ningún candidato a la Presidencia del Gobierno haya obtenido la confianza del Congreso de los Diputados.

El art. 116.5 CE establece una limitación importante en relación con la facultad de disolución del Congreso, al prohibir que se proceda a la misma mientras esté declarado el estado de alarma, excepción o sitio, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieran en período de sesiones; el funcionamiento de las dos Cámaras no puede interrumpirse durante la vigencia de tales estados.

#### **4.5. Otros mecanismos de control específico.**

La fiscalización parlamentaria sobre la actividad ordinaria y continua del Gobierno comprende diversos mecanismos dirigidos, en el mayor número de casos, a obtener información para luego adoptar los posicionamientos que estime más adecuados.

Entre tales mecanismos de control figuran:

a) Las interpelaciones. Son peticiones que formulan los parlamentarios por escrito ante la Mesa de la Cámara para que el Gobierno o uno de sus miembros explique en el Pleno los motivos o propósitos de la conducta del Ejecutivo en cuestiones de política general. Dan lugar a un breve debate parlamentario, que puede incluso terminar en una moción en la que la Cámara manifieste su posición (art. 111.2 CE). Estas mociones carecen de fuerza jurídica vinculante, pues sólo son manifestaciones políticas de la voluntad de la Cámara.

b) Las preguntas. Consisten en la interrogación al Gobierno o a sus miembros para que informen sobre un determinado asunto relacionado con la actividad gubernamental o de la Administración. No pueden versar sobre asuntos de interés personal, ni consistir en consultas de índole estrictamente jurídica. Las respuestas son, por regla general, por escrito, salvo que se solicite respuesta oral, en cuyo caso,

si no se especifica lo contrario, tienen lugar ante la Comisión correspondiente. Su origen está en las *questions time* del parlamentarismo británico.

Sobre las interpelaciones y preguntas, el art. 111.1 CE dispone que “el Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se les formulen en las Cámaras. Para esta clase de debate los Reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal”.

c) Propositiones no de ley o mociones. Son actos de los grupos parlamentarios, a través de los cuales formulan propuestas de resolución a la Cámara. Pueden ser enmendadas por los restantes grupos y se debaten en el Pleno, procediéndose luego a una votación. Sirven para que la Cámara exprese su postura respecto a un concreto asunto. Carecen de efectos jurídicos vinculantes, pero gozan de la lógica eficacia política o moral.

d) Los medios de información y ayuda. El art. 109 CE habilita a las Cámaras y a sus Comisiones para recabar, a través de sus Presidentes, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas. Entre los mecanismos de información a que pueden acudir las Cortes Generales figuran:

– La petición de información y documentación del Gobierno y de las Administraciones públicas.

– La comparecencia de los miembros del Gobierno y de sus funcionarios, a petición propia o por solicitud de las Cámaras y sus Comisiones (art. 110.1 CE).

– El examen y debate de comunicaciones, programas o planes remitidos por el Gobierno.

– El examen de informes de otros órganos, como pueden ser el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas o el Consejo General del Poder Judicial.

– Las Comisiones de Investigación (art. 76 CE), a las que ya nos hemos referido en el Capítulo anterior.

## 5. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

### 5.1. Concepto.

Podemos definir la Administración pública como “el conjunto de órganos integrados en el Poder Ejecutivo, dotado de personalidad jurídica única y organizado jerárquicamente, al que corresponde atender y servir los intereses generales de la comunidad política, subordinado en su actividad y organización a la ley y al Derecho”.

De esta definición podemos extraer las siguientes características.

a) La Administración pública no es un órgano único, sino un complejo de órganos que han de actuar con unidad y en coordinación, para la cual se organiza jerárquicamente.

b) Forma parte del Poder Ejecutivo, si bien su actividad es distinta de la función política que desempeña el Gobierno. La actividad administrativa se materializa en actos de ejecución de las leyes, pero también en actos normativos (reglamentos) y de revisión previa a la jurisdiccional.

c) Está dotada de personalidad jurídica única, como medio de reconducir a la unidad la actuación de todos sus órganos y de garantizar su responsabilidad por los actos de sus órganos y de sus funcionarios.

d) Es una organización al servicio de la comunidad pública, destinada a conservar y fomentar los intereses públicos. La expresión “administración” proviene del latín, donde se forma con las palabras *ad*, *manus* y *tracto*, que aluden a la idea de manejo o gestión de intereses ajenos. Conforme a estos términos, la Administración Pública sería el gestor de los intereses pertenecientes a la comunidad política, a la que se limita a servir.

e) Su actuación no puede ser arbitraria, sino que debe responder a criterios objetivos y de imparcialidad. Para ello, está sometida a la ley y al Derecho, y puede ser controlada tanto por los tribunales de justicia como por el Parlamento, bien directamente o por instituciones mediales como el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas.

Estas características, forjadas a lo largo de la evolución del Derecho administrativo desde la Revolución francesa, se recogen plenamente en la Constitución española vigente. La norma fundamental española no

da un concepto expreso de la Administración Pública, pero sí que establece su finalidad y algunos aspectos básicos sobre su organización y funcionamiento.

El art. 103.1 CE dispone:

“1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, reidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

## 5.2. Clases.

El citado art. 103 CE no es aplicable únicamente a la Administración del Estado, sino a todas las Administraciones públicas.

Y es que no hay un único tipo de Administración pública, sino una pluralidad de Administraciones públicas, todas ellas con su propia personalidad jurídica, y que básicamente pueden clasificarse así:

a) Administración del Estado, que puede ser civil o militar. La Administración civil puede clasificarse en:

– Activa:

— Central, también denominada General, o

— Periférica, formada por las delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, las subdelegaciones del Gobierno en las provincias y las direcciones insulares en las islas.

– Consultiva: entre la que destaca de manera primordial el Consejo de Estado.

b) Administraciones de las Comunidades Autónomas, que, con las necesarias matizaciones, responden a un esquema similar al de la Administración General del Estado.

c) Administración local: — Provincial  
— Municipal

d) Administración institucional, formada por las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, dependientes de las Administraciones del Estado, las Comunidades Autónomas o las corporaciones locales.

### 5.3. Principios constitucionales de la Administración pública.

Los arts. 103 a 107 CE mencionan los principios generales que han de regir la organización y el funcionamiento de la Administración pública.

Estos principios pueden clasificarse en dos grupos:

a) Principios de organización, que se recogen en el art. 103 CE, y que son de aplicación a todas las Administraciones públicas, y

b) Principios de actuación, extraíbles de los arts. 103 a 106 CE.

Asimismo, estos principios están desarrollados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

#### *A) Principios de organización de la Administración.*

Son los siguientes:

– *Principio de jerarquía* (art. 103.1 CE). El complejo de órganos que componen la Administración se estructura de modo jerárquico. La jerarquía supone que la actuación de la Administración pública se desarrolla bajo la dirección del Gobierno, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los órganos de gobierno de las Entidades que integran la Administración local (art. 3.2 LRJAP y PAC). También supone que todo órgano administrativo está supeditado a otro superior, como así se desprende del art. 11.2 a) LRJAP y PAC, que requiere para

la creación de cualquier órgano la “determinación de su forma de integración en la Administración y su dependencia jerárquica”.

– *Principio de descentralización* (art. 103.1 CE). La descentralización administrativa consiste en la transmisión de la titularidad de una competencia, desde una Administración dotada de personalidad jurídica a otra. Lo característico es que se transfieren tanto la titularidad como el ejercicio de determinadas competencias de una Administración a otra. Se diferencia así de la “delegación”, en la que lo que se desplaza es el ejercicio de la competencia, pero la titularidad continúa siendo del delegante, que puede establecer medios de control sobre el delegado para comprobar el adecuado ejercicio por éste de la competencia y, en última instancia, retirarle la delegación. Admite distintas modalidades de concreción: descentralización funcional (mediante la creación de entidades de derecho público o de sociedades sujetas al derecho privado), la transferencia de potestades y competencias de unas Administraciones a otras, etcétera.

– *Principio de desconcentración* (art. 103.1). La desconcentración consiste en la transferencia de la titularidad de competencias de unos órganos administrativos, normalmente de los superiores a otros, dentro de una misma Administración pública. Se diferencia de la descentralización en que en ésta el traspaso opera de una Administración a otra, mientras que la desconcentración actúa en el interior de una misma personalidad jurídica, pero de un órgano a otro. Con la desconcentración se persigue acercar lo más posible la actuación administrativa al ciudadano.

– *Principio de coordinación* (art. 103.1 CE). No todas las relaciones entre los órganos de la Administración pueden explicarse acudiendo únicamente al principio de jerarquía. Ni tampoco cada Administración puede ejercer sus competencias de modo ajeno a las competencias de las demás Administraciones. Asimismo, las competencias formales de una Administración tienen un límite infranqueable en la capacidad real de sus medios materiales o económicos. La idea de la coordinación pretende superar la visión parcial e individualizada con la que pueden actuar algunas Administraciones, así como las insuficiencias de éstas para atender las necesidades de la colectividad. Su finalidad no es otra que lograr una actuación conjunta, coherente, racional, más económi-

ca y eficaz de las competencias y de los recursos públicos. El principio tiene su virtualidad tanto en el seno de una misma Administración como entre varias de ellas. La coordinación puede dar lugar a relaciones de cooperación, en las que ambas partes se encuentran en una situación de igualdad, y a relaciones de colaboración en la que una de las partes apoya con determinados medios a la otra, que es la que ejerce la competencia.

– *Principio de legalidad orgánica*. Se recoge en el art. 103.2 CE, que dispone que “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”. Corresponde a la ley determinar el grado de intervención que quiere asumir en la organización administrativa. La Constitución permite que la ley se limite a establecer unas reglas generales, un marco básico, y que sea la Administración la encargada, en virtud de su potestad de organización, de desarrollar y crear los órganos sin ir en contra de los criterios legales fijados. La organización básica de la Administración se regula en la actualidad en los arts. 11 y siguientes de la LRJAP y PAC.

*B) Principios de actuación.*

– *Principio de sometimiento pleno a la ley y al Derecho* (art. 132.1). Es el principio vital que rige la actuación de la Administración pública. Se presenta como la manifestación específica del principio, inscrito en el art. 9.1 CE, de sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Supone que la Administración pública ha de ajustar toda su actividad a lo que previamente le haya habilitado la ley –en cuanto disposición general emanada del Poder Legislativo–, y al Derecho, expresión ésta última superadora de las teorías iuspositivistas. El sometimiento al “Derecho” implica la subordinación de los poderes administrativos a las decisiones judiciales y a los principios generales del Derecho, entendidos no sólo como los propios principios que el ordenamiento jurídico instituye expresamente y que actúan como normas genéricas, sino también como los principios teóricos que informan el Derecho o se deducen, principalmente por vía judicial, de éste.

El vocablo “pleno” impide la existencia de zonas de la actividad administrativa no regulables jurídicamente o exentas de todo control ju-

dicial. El sometimiento pleno a la ley y al Derecho no debe impedir el ejercicio de potestades discrecionales, que son aquéllas en que la Administración puede optar entre varias soluciones admisibles en Derecho, pero siempre que la solución elegida sea justificable de modo objetivo y racional. En caso contrario, estaríamos en presencia de una arbitrariedad prohibida por el art. 9.3 CE.

– *Principio de objetividad* (art. 103.1 CE). La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales. Este principio, también llamado de “neutralidad”, tiene un doble alcance: por una parte, obliga a la Administración a actuar supeditada a la dirección del Gobierno, sea cual sea la composición ideológica de éste; y, por otra, la Administración no puede discriminar a los ciudadanos por ninguna de las razones que dispone el art. 14 CE, ni atender unos intereses particulares en perjuicio del interés general. La objetividad de la Administración se conecta con el deber constitucional que tienen los funcionarios de actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones públicas (art. 103.3 CE).

– *Principio de eficacia* (art. 103.1 CE). La idea de eficacia afecta fundamentalmente a la forma y el resultado de la actividad administrativa. La debida eficacia administrativa no puede utilizarse por la Administración o sus funcionarios como un título esgrimible para justificar actuaciones contrarias a los límites formales, procesales y materiales configuradores de un Estado de Derecho.

– *Principio de participación ciudadana*. Se reconoce en el art. 105 CE, que preconiza tres modalidades distintas de participación, hoy desarrolladas en la LRJAP y PAC: a) la audiencia a los ciudadanos en la elaboración de normas de carácter general que les afecten; b) el acceso a los archivos y registros, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas; y c) la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo. Este principio de participación se completa con el deber general de información de la Administración a los ciudadanos.

– *Principio de responsabilidad objetiva de la Administración* (art. 106.2 CE). Los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión traiga causa del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos. Este principio de responsabilidad objetividad o patrimonial se desarrolla en los arts. 139 a 143 LR-JAP y PAC. Según esta Ley, el daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; pero sólo pueden ser indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La indemnización se calcula con arreglo a criterios de valoración establecidos en la legislación, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

La responsabilidad de las Administraciones públicas es independiente de la responsabilidad personal en que puedan haber incurrido sus autoridades y demás personal a su servicio.

#### **5.4. El régimen de los funcionarios públicos.**

En su art. 103.3, la Constitución reserva a la ley la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, con especial atención al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, a las peculiaridades en el ejercicio de su derecho a sindicarse conforme al art. 28.1 CE, y al sistema de incompatibilidades y garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Esta regulación se encuentra hoy desarrollada en diversas leyes, entra las que cabe destacar la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, modificada por la Ley 23/1988, de 23 de julio; la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas; la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; y la Ley 9/1987, de 12 de junio, de regulación de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación de los funcionarios públicos, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio.

#### **5.5. El control de la Administración pública.**

El sometimiento de la Administración pública a la ley y al Derecho requiere la articulación de medios que controlen la adecuación de la actuación administrativa a los fines encomendados.

Tales controles pueden provenir del Poder Judicial o del Legislativo. El control judicial se ejerce por unos tribunales especializados (los de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, cuya actuación se sujeta a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), así como por el Tribunal Constitucional, bien a través del recurso de amparo cuando se verifique la infracción de los derechos fundamentales y libertades públicas especialmente protegidos, bien mediante la vía de los conflictos constitucionales de competencias. Por su parte, el control por el Poder Legislativo se realiza bien de forma directa, mediante el sistema de interpelaciones, preguntas o mociones, bien de modo indirecto, correspondiendo en este caso a otras instituciones como el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas.

### **5.6. El Consejo de Estado.**

El art. 107 CE regula un concreto órgano de la Administración consultiva: el Consejo de Estado, perfilado como el supremo órgano consultivo del Gobierno.

La misión básica de este órgano estriba en la emisión de dictámenes, en general no vinculantes y sobre aspectos de legalidad, sin excluir las valoraciones de oportunidad, sobre las actuaciones del Gobierno y de la Administración que se detallan legalmente. El citado art. 107 encuentra su desarrollo en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden crear un órgano equivalente que desempeñe las funciones del Consejo de Estado en todo lo relacionado con las competencias asumidas en virtud de los respectivos Estatutos de Autonomía. Navarra lo ha creado en virtud de la Ley Foral 8/1999, de 26 de marzo, bajo la denominación de Consejo de Navarra. Sus informes sustituyen los del Consejo de Estado en las materias sobre las que la Comunidad Autónoma ejerce sus competencias.



## CAPÍTULO XVI

### EL PODER JUDICIAL

*SUMARIO: 1. La función judicial.- 2. Principios constitucionales de organización y funcionamiento.- 3. El Consejo General del Poder Judicial.- 4. El Ministerio Fiscal.*

#### 1. LA FUNCIÓN JUDICIAL.

*A) La función judicial: una aproximación a su concepto.*

Con el fin de, por un lado, evitar el desorden social del “todos contra todos” y, por otro, de mantener la paz, el Estado, desde su surgimiento, ha prohibido la “autotutela” o facultad de los particulares para que se tomen la justicia por su mano a la hora de defender sus derechos o intereses. Ahora bien, esta prohibición de la autotutela privada ha supuesto correlativamente para el Estado la asunción de tres deberes:

En primer lugar, el deber de asumir él mismo, y en exclusiva, la actividad de tutelar jurídicamente los derechos e intereses de los particulares. Tal heterotutela ha de ser necesariamente “jurídica”, esto es, los conflictos han de resolverse conforme a lo que dispongan las leyes sustantivas y el ordenamiento jurídico. A esta función tutelar se llama “jurisdicción” o “administración de justicia” en un sentido estricto, para

diferenciarla de lo que es la más amplia organización administrativa judicial.

En segundo término, el deber de crear los órganos que impartan la función de administrar justicia. Tales órganos son los “jurisdiccionales”: los “juzgados y tribunales” que menciona el art. 117 CE.

En tercer lugar, el deber de dictar determinadas normas reguladoras del camino procedimental que han de seguir los particulares para acudir y obtener de los órganos jurisdiccionales la protección de sus derechos. Estas leyes crean los llamados “procesos judiciales”.

Estas tres acciones del Estado constituyen el contenido de la “función judicial”, que puede ser definida como aquella función del Estado encaminada a resolver los conflictos y satisfacer las pretensiones de los particulares, o del propio Estado, aplicando el Derecho a un caso concreto.

#### *B) El poder judicial en el Estado de Derecho.*

Si el Estado absoluto se caracterizaba por monopolizar en la persona del monarca todos los poderes públicos, incluida la función judicial, el Estado liberal defiende la separación de poderes, para lo cual diferencia la función judicial de las funciones ejecutiva y legislativa.

En el Estado de Derecho, la función judicial se realiza “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (en expresión de la propia Constitución, en su art. 117.3). Y al conjunto de órganos del Estado a los que compete la función judicial se denomina “Poder Judicial”.

La doctrina ha construido dos teorías cuando ha querido explicar la posición constitucional del Poder Judicial en el Estado de Derecho:

La primera doctrina, propia de Montesquieu y de los partidarios de los principios de la Revolución Francesa, subraya la independencia de la función judicial frente a las intromisiones del Poder Ejecutivo. Pero, considera el Poder Judicial como una función subordinada al Legislativo, de modo que se evite la huida de los jueces de la voluntad general plasmada en la ley y que, en consecuencia, se conviertan en auténticos legisladores incontrolados. La prevalencia de la ley lleva a Montesquieu a declarar que los fallos judiciales han de ser fijos y “jamás deben contener más que el texto de la ley (...). Los jueces de una nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

Por el contrario, la segunda doctrina, vertebrada alrededor del sistema anglosajón, atribuye al Poder Judicial una importancia primordial, colocándolo incluso por encima de la soberanía parlamentaria. Aquí, la función judicial asume el papel esencial de transformar la realidad social desde el Derecho, incorporando a ésta los valores democráticos que demanda la sociedad. Ante las limitaciones del Parlamento o su menor consideración política, los jueces aparecen convertidos incluso en los promotores de una “revolución social” mediante el Derecho.

Sin embargo, ninguna de las dos doctrinas clásicas resulta íntegramente válida para entender la posición del Poder Judicial en el Estado social y democrático de Derecho.

El planteamiento teórico de Montesquieu y de los revolucionarios franceses debe recibirse con muchas cautelas en todo aquello que signifique relegar a un segundo plano la misión fundamental de los jueces como guardianes privilegiados del Estado de Derecho. No puede ignorar esta doctrina que, en la realidad, cuando el juez interpreta y aplica las leyes, llega las más de las veces al extremo de crear Derecho, a pesar de que se niegue tal planteamiento en la ciencia jurídica.

Tampoco es asumible la teoría anglosajona de la transformación revolucionaria. El Poder Judicial aparece claramente en todos los textos constitucionales de Europa continental de modo subordinado al imperio de la ley, concebida ésta como la expresión de la voluntad popular. El Juez no puede considerarse como un poder con dotes legisladoras al margen de los legítimos representantes del pueblo.

En un Estado democrático y social de Derecho, el Poder Judicial, como los demás poderes estatales, debe estar sujeto a un control democrático. Así se recoge perfectamente en el art. 117.1 CE, cuando proclama que “la justicia emana del pueblo”. La posición anglosajona no debe hacer olvidar que la teoría de la división de poderes surge como un freno al poder absoluto del monarca, vinculada a la ley en su calidad de máxima expresión imperativa de la voluntad general. La sujeción a los dictados generales del Parlamento no impide al Poder Judicial realizar los valores democráticos sobre los que la sociedad se asienta. Como tampoco impide que el Poder Judicial se convierta en el medio más efectivo de controlar los actos de la Administración y de los demás poderes públicos.

En resumen, el Poder Judicial cumple tres cometidos básicos en un Estado social y democrático de Derecho:

- a) Como poder de un Estado de Derecho, garantiza la independencia de la justicia respecto de los demás poderes.
- b) Como poder de un Estado Democrático, ejerce el control del Estado en atención al origen popular de la justicia.
- c) Como poder de un Estado social, garantiza la realización efectiva de los valores democráticos y sociales del Estado e impulsa la transformación de la sociedad merced a una interpretación avanzada de la Constitución, a la que le obliga el tenor del art. 9.2 CE.

## **2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.**

La Constitución de 1978 dedica el Título VI (arts. 117 a 127) al “Poder Judicial”, como así lo denomina para equipararlo con los demás poderes básicos del Estado e independizarlo de éstos. Y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), desarrolla este título.

A lo largo del Título constitucional figura un amplio catálogo de principios que informan la organización y funcionamiento del Poder Judicial. Principios cuyo valor no se limita a lo puramente teórico, sino que son auténticas normas jurídicas alegables por los ciudadanos y garantes de sus derechos.

La relación de principios puede dividirse en tres grupos: a) Principios informadores de todo el Poder Judicial; b) principios que regulan el funcionamiento del Poder Judicial y atañen a la función jurisdiccional estricta de impartir la justicia; y c) principios que regulan la organización del Poder Judicial.

### **2.1. Principios informadores de todo el Poder Judicial.**

#### *1. El principio de democracia.*

La Constitución proclama expresamente el fundamento popular del poder judicial en su art. 117.1 CE: “La justicia emana del pueblo y se ad-

ministra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial”, precepto inspirado en el art. 3 de la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de la Revolución Francesa.

El principio democrático se patentiza a lo ancho del texto constitucional en una serie de importantes consecuencias:

a) El derecho de todas las personas (sean españolas o no) a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 CE), también llamado derecho a la jurisdicción, y que goza de la máxima protección merced al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b) El reconocimiento a los ciudadanos del ejercicio de la acción popular (art. 125 CE). Para su ejercicio es suficiente alegar el mero interés por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, sin necesidad de acreditar la concurrencia de un derecho personal.

c) La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en los procesos penales y en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 CE).

d) El carácter público de las actuaciones judiciales, así como el pronunciamiento de las sentencias en audiencia pública (art. 120, núms. 1 y 3, CE).

## 2. *Principio de independencia judicial.*

Este principio presenta un doble alcance:

Por un lado, debemos distinguir la independencia del Poder Judicial como tal poder respecto de otros poderes del Estado y, en particular, del Poder Ejecutivo. Esta independencia no supone, en modo alguno, que el Poder Judicial escape de su sometimiento a la Ley, que es el cauce por el que debe discurrir el quehacer judicial.

Por otro lado, está la independencia que se atribuye a todos y cada uno de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), de manera que no puedan ser presionados antes o después de que adopten una decisión judicial.

## 3. *Principio de legalidad.*

Se recoge en el art. 117.1 de la Constitución, que establece que “la justicia se administra por Jueces y Magistrados sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Cada órgano judicial está sometido únicamente a la ley. El juez no debe obediencia a nadie, salvo a la ley, sin que, al aplicar el Derecho, pueda percibir órdenes de nadie, ni siquiera de su superior jerárquico.

En virtud del principio de legalidad, los órganos judiciales se convierten en defensores de la ley. No pueden actuar contra ella; tampoco modificarla, pero sí que pueden y deben aplicar el Derecho sin incurrir en arbitrariedades (de ahí que el art. 120.3 CE requiera que las sentencias sean siempre motivadas) e interpretarlo con adecuación a los valores superiores del ordenamiento jurídico que la Constitución proclama.

#### 4. *Principio de unidad jurisdiccional.*

La Constitución otorga a este principio un carácter rector en la organización del Poder Judicial y lo considera como “la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales” (art. 117.5 CE).

El principio tiene un triple alcance. En primer lugar, atribuye sólo y únicamente al Estado la función judicial, sin que quepa su ejercicio fuera de éste. En segundo término, asigna, dentro de la organización estatal, esta función a determinados órganos: los juzgados y los tribunales, sin que pueda atribuirse a órganos o poderes distintos. A tales órganos judiciales se les califica como órganos *ordinarios*, pues su creación, competencia, composición y funcionamiento han sido establecidos objetivamente por la ley con antelación al hecho a juzgar. Finalmente, en conexión con el denominado “derecho al juez natural” o, en términos de la propia Constitución, con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), aunque no existe una equivalencia perfecta entre ambas expresiones, la unidad jurisdiccional impide la existencia generalizada de jurisdicciones especiales al margen de la organización general u ordinaria, cada una de ellas con sus respectivos procesos especiales. En ese sentido, la Constitución prohíbe expresamente los tribunales de excepción (art. 117.6 CE), creados fuera de la organización judicial para juzgar hechos o personas concretas, la jurisdicción eclesiástica y los tribunales de honor en la Administración civil y en los colegios profesionales (art. 26). En cambio, no descarta la creación de órganos especializados dentro de la unidad jurisdiccional ordinaria, como los tribunales encargados del control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), o los tribunales de las respectivas jurisdicciones civil,

penal o social, que son “órdenes” dentro de la jurisdicción ordinaria y que responden a la necesaria división del trabajo y de especialización profesional.

No obstante, la Constitución también introduce algunas excepciones al principio de unidad jurisdiccional y prevé otras jurisdicciones y tribunales distintos de los ordinarios, como:

– La jurisdicción del Tribunal Constitucional, que no forma parte del Poder Judicial (art. 161 CE).

– La jurisdicción militar, limitada al ámbito estrictamente castrense en tiempo de paz y a los supuestos de estado de sitio (art. 117.5 CE). Esta jurisdicción especial tropieza con dos importantes límites constitucionales: uno, corresponde a la ley, o lo que es lo mismo, al Parlamento, regular el ejercicio de esa jurisdicción; y dos, tanto la regulación legal como el ejercicio de esta jurisdicción han de estar de acuerdo con los principios de la Constitución. En consecuencia, los delitos cometidos por militares fuera del ámbito castrense han de ser juzgados por los Tribunales ordinarios, y los delitos cometidos por civiles no pueden juzgarse por Tribunales militares.

– La jurisdicción del Tribunal de Cuentas (art. 136 CE), que, como hemos señalado, no es una auténtica jurisdicción, sino una institución dependiente de las Cortes Generales para el control y fiscalización de la gestión económica pública.

– Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales a que se refiere el art. 125 CE, y que el art. 19.3 LOPJ, circunscribe al Tribunal de Aguas de la Vega Valenciana.

– Los privilegios de inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios, regulados en el art. 71, núms. 1 y 2, CE, así como los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público (art. 21.2 LOPJ).

##### 5. *Principio de exclusividad de la jurisdicción.*

La administración de justicia es una función que pertenece al núcleo más puro de la soberanía del Estado. El Estado la considera como una función exclusivamente suya, sin que admita la delegación de la función judicial en otros órganos o entidades, como así ocurría en el feudalismo.

Su importancia es doble: por un lado, impide a los particulares el recurso a la autotutela; y por otro, garantiza a todos el derecho a acceder a la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24.1 CE).

La idea de la “exclusividad jurisdiccional” se recoge plenamente en los núms. 3 y 4 del art. 117 CE:

“3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales (...).

4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

## **2.2. Principios informadores del funcionamiento del Poder Judicial.**

Son los principios que regulan y ordenan la función judicial consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado.

La Constitución establece los siguientes:

– El principio de gratuidad (art. 119 CE), únicamente aplicable a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

– El principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE), con las excepciones, objetivas y justificables, que prevean las leyes de procedimiento.

– El principio de oralidad (art. 120.2 CE), sobre todo en materia criminal.

– El principio de motivación de las sentencias, que han de pronunciarse en audiencia pública (art. 120.3 CE).

– El principio de colaboración con la justicia (art. 113 CE), que supone la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como el deber de prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto.

## **2.3. Principios que afectan a la organización del Poder Judicial.**

El art. 122.1 CE dispone que “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzga-

dos y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera ...”.

El precepto permite distinguir dos tipos de principios: los que informan la estructura orgánica del Poder Judicial, y los que configuran aspectos básicos del estatuto orgánico de los miembros de este poder.

Comenzaremos por estos últimos, relativos al estatuto de los jueces y magistrados de carrera.

*A) Principios reguladores del estatuto orgánico judicial.*

*a) Pertenencia a un Cuerpo nacional único.*

Una de las consecuencias del principio de unidad es que lleva a integrar en un sólo cuerpo único a los jueces y tribunales (art. 122.1 CE), cuya regulación compete en exclusiva al Estado.

*b) Inamovilidad.*

La inamovilidad de los jueces y magistrados es una consecuencia directa de la independencia judicial. Se contempla en el art. 117.2 CE: “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley”.

*c) El régimen de incompatibilidades y prohibiciones.*

El art. 127 CE establece las notas básicas de este régimen, que ha de ser desarrollado legalmente, con la finalidad de asegurar la total independencia de los miembros del Poder Judicial.

Mientras los jueces y magistrados se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos (art. 127.1).

La Constitución remite a la ley la regulación del sistema y modalidades de asociación profesional para la defensa de los intereses profesionales de los jueces y magistrados (art. 127.1).

*d) Principio de responsabilidad.*

Juega en un doble sentido:

– La responsabilidad objetiva y directa del Estado por los daños causados por un error judicial y por los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Esta responsa-

bilidad supone para el perjudicado el derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley (art. 121 CE).

– La responsabilidad subjetiva y personal de los jueces y magistrados (art. 117.1 CE), responsabilidad que puede ser civil, penal o disciplinaria, sin que la LOPJ haya previsto ningún tipo de responsabilidad política.

*B) Principios relativos a la estructura orgánica del Poder Judicial.*

La Constitución no dibuja al detalle la organización judicial española, sino que remite a lo que disponga la LOPJ. No obstante, sí que el texto constitucional menciona algunos órganos pertenecientes al Poder Judicial:

– El Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del Poder Judicial (art. 122 CE).

– El Tribunal Supremo (art. 123 CE), creado por las Cortes de Cádiz e instaurado definitivamente por el Real Decreto de 24 de marzo de 1834. Con jurisdicción en toda España, es el órgano judicial superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Su Presidente se nombra por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

– Los Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas (art. 152.1 CE).

– La institución del Jurado (art. 125 CE).

Junto a estos órganos estrictamente judiciales, la Constitución menciona otros relacionados con el Poder Judicial:

– El Ministerio Fiscal (art. 124 CE), dirigido por el Fiscal General del Estado.

– La policía judicial, dependiente de los jueces, tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y de descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca (art. 126 CE).

Merece una especial mención la regulación de los Tribunales Superiores de Justicia, en los que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Tales tribunales no son órganos judiciales propios de las Comunidades Autónomas, sino órganos de la organización jurisdiccional del Estado radicados en el territorio de éstas y a cuyo ámbito espacial se circunscriben. Han asumido competencias en materia de Derecho Civil y foral o especial, en el orden penal, en el orden contencioso-administrativo y en el orden social o laboral.

Del análisis de los diferentes estatutos de autonomía se pueden deducir sus competencias:

. En materia de Derecho Foral, tienen competencia exclusiva. Incluso conocen de los recursos de casación y de revisión, sin intervención del Tribunal Supremo.

. En el orden penal, la casación y revisión sólo competen al Tribunal Supremo, si bien las instancias anteriores culminan en los Tribunales Superiores.

. En el orden contencioso-administrativo, conocen de las impugnaciones de los actos de la Administración de la Comunidad Autónoma en materias de su competencia y, en primera instancia, cuando se trate de actos emanados de la Administración del Estado radicada en el territorio autónomo.

. En el orden social, conocen, en única instancia, de los procesos sobre las controversias que afecten a los intereses de los trabajadores y empresarios en el ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior a una Comunidad Autónoma, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social y de las cuestiones de competencia que surjan entre éstos.

Conforme a todos estos principios, el art. 26 LOPJ establece la siguiente planta u organización jurisdiccional:

– En la cúspide, el Tribunal Supremo, con jurisdicción en todo el territorio del Estado.

– La Audiencia Nacional, con jurisdicción también en todo el territorio del Estado, si bien su competencia versa sobre cuestiones de menor importancia que las que competen al Tribunal Supremo.

– Los Tribunales Superiores de Justicia, con jurisdicción limitada al territorio de las respectivas Comunidades Autónomas.

- Las Audiencias Provinciales, con jurisdicción limitada al territorio de las provincias.
- Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Juzgados de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria, con jurisdicción limitada a un partido judicial o municipio o agrupación de municipios de una misma provincia.
- Los Juzgados de Paz, con jurisdicción limitada al municipio.

### 3. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

Siguiendo los modelos italiano y francés, la Constitución contempla un órgano de gobierno del Poder Judicial: el Consejo General del Poder Judicial.

Con su creación se ha intentado evitar la dependencia orgánica del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, si bien éste continúa conservando, con carácter residual, importantes atribuciones.

Las funciones del Consejo General se refieren al *gobierno* del Poder Judicial. Dicha función de “gobierno” no puede interpretarse como la autonomía plena del Consejo General para decidir todas las cuestiones relacionadas con la organización, administración y personal de la Administración de Justicia. Por el contrario, tal gobierno significa que el Consejo General es el órgano constitucional encargado de postular la independencia judicial frente a otros órganos, participar en las principales decisiones políticas que afecten al Poder Judicial y, en especial (y en esto es donde más hincapié hace el art. 122.2 CE), decidir sobre aquellas incidencias que afectan al estatuto jurídico de los magistrados y jueces, tales como nombramientos, formación y perfeccionamiento, ascensos, provisión de destinos, situaciones administrativas, inspección y régimen disciplinario.

El Consejo General tiene una especial intervención en el nombramiento de altos cargos: propone el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y de dos Magistrados del Tribunal Constitucional, e interviene en el nombramiento del Fiscal General del Estado.

El art. 122.3 CE regula su composición. A tal efecto, dispone que “estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro a propuesta del Congreso y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia, y con más de quince años de ejercicio de la profesión”.

#### **4. EL MINISTERIO FISCAL.**

Los orígenes de la institución del Ministerio Fiscal se pierden en el tiempo. Han existido, a lo largo de la historia política, distintas figuras y cargos con funciones semejantes o precedentes de su posición actual, las más de las veces vinculadas a la defensa del erario público del “fisco”, de ahí el adjetivo de “fiscal” (por ejemplo, en Roma, los procuradores; en Aragón, el procurador general del reino; o, en Navarra, el procurador fiscal del Reino). Pero serán los revolucionarios franceses quienes conciban al Ministerio Fiscal o Público como el órgano encargado de mantener la acusación pública en los procesos penales.

En la Constitución española, el Ministerio Fiscal “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social” (art. 124.1).

Es, pues, el órgano del Estado encargado de buscar la verdad, velar por la tutela del Derecho y del interés general y defender, sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo, los derechos de los ciudadanos.

Su estatuto orgánico está actualmente recogido en la Ley 30/1981, de 30 de diciembre, modificada en varias ocasiones.

La Constitución de 1978 lo inserta en el título relativo al Poder Judicial. A pesar de ésta inclusión, no puede ser considerado como un órgano perteneciente al Poder Judicial en sentido estricto, sino como un

órgano constitucional que colabora imparcialmente con el Poder Judicial en la defensa de la legalidad.

Sus funciones se ejercen por medio de órganos propios (el Fiscal General, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala y los Fiscales), conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad (art. 124.3). Es un órgano único para todo el Estado.

En la cúspide del Ministerio Fiscal y como rector de éste, la Constitución coloca al Fiscal General del Estado. Su nombramiento, entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio profesional, corresponde al Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial (art. 124.4 CE).

## CAPÍTULO XVII

### EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

*SUMARIO: 1. La justicia constitucional.- 2. El Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978.- 3. El recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.- 4. El recurso de amparo.- 5. Otras competencias del Tribunal Constitucional.*

#### 1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

##### *A) La defensa de la Constitución. Diversos sistemas.*

Por “defensa de la Constitución” se entiende el conjunto de instituciones y mecanismos que establece la propia Constitución para garantizar su eficacia y aplicación.

De nada serviría una Constitución cuya exigencia se desconociera o cuya observancia se falsease mediante un supuesto desarrollo por leyes ordinarias u otras normas y actos contrarios a los preceptos constitucionales. Nos encontraríamos en presencia de una Constitución reducida a letra muerta: una mera “hoja de papel”, en las elocuentes palabras de Ferdinand Lasalle. Con la finalidad de que la Constitución no sea un mero programa político, sino una auténtica norma aplicable y aplicada por todos los poderes públicos y por los ciudadanos, esto es,

una superley vigente, vinculante y eficaz, se han ido creando diversos órganos y procedimientos.

La defensa de la Constitución incluye varios medios o posibilidades:

a) La justicia constitucional, que es todo proceso jurisdiccional que tiene como finalidad directa la observancia de la Constitución mediante el Derecho objetivo a través de los órganos establecidos al efecto. En la Constitución española se atribuye esta misión al Tribunal Constitucional y a los tribunales ordinarios.

b) La reforma constitucional, que preserva a la Constitución de los cambios sociales y permite su adecuación a éstos.

c) Las Fuerzas Armadas, que en el caso español encuentran regulación en el art. 8 CE. Defensa que no es jurídica, ya que la defensa jurídica es competencia reservada al Tribunal Constitucional y a los tribunales ordinarios, sino política, limitada a los supuestos de excepción previstos en el art. 116 de la Constitución, y siempre bajo la dirección del Gobierno y del Congreso de los Diputados (de no hacerlo así, estaríamos en presencia, simplemente, del puro golpismo).

En este Capítulo nos centraremos en la defensa jurídica, esto es, en la primera de los tres medios citados. La razón de este interés se encuentra en el hecho de que la Constitución condiciona al resto del ordenamiento jurídico, lo que obliga a protegerla de las actuaciones u ordenaciones jurídicas que se distancien de los fundamentos constitucionales y que puedan resultar contrarias a ella.

#### *B) La defensa jurisdiccional de la Constitución.*

La protección jurídica de la Constitución se garantiza a través del enjuiciamiento de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico y de los actos de los poderes públicos. Es decir, mediante la comprobación, en procesos de índole judicial, de que las normas que forman parte del ordenamiento jurídico (en especial, las leyes) y los actos de los múltiples poderes públicos se adecuan a la Constitución.

El fundamento de esta defensa se encuentra en la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas, cuya supremacía se pretende garantizar sólo a través del Derecho, desplazándose los medios no jurídicos.

Históricamente, esta función jurídica de comprobar la adecuación a la Constitución de las normas y actos jurídicos ha revestido variadas formas y se ha confiado a los órganos más diversos.

a) Defensa por *órganos políticos*, bien sea por el Parlamento (como ocurrió en la Revolución francesa o en los Estados marxistas) o por órganos dependientes del Poder Ejecutivo (como es el caso del primitivo Consejo consultivo francés, que emitía un dictamen previo a la promulgación de la ley). Sus decisiones no eran jurídicas, sino políticas.

b) Defensa por *órganos judiciales*, que ha dado lugar a la denominada “justicia constitucional”. Es el sistema más extendido y pueden distinguirse, a su vez, dos modelos:

– El *judicial review*, propio de los Estados Unidos, cuyo autor fundamental es el juez Marshall, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1803 (caso *Marbury versus Madison*). Este juez concluye que todo acto que repugna a la Constitución es nulo y que la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria del Parlamento. Según su sentencia, el poder legislativo del Congreso es limitado y, para que su limitación no pueda ser superada, la Constitución se ha fijado por escrito. Por tanto, una de dos: o la Constitución está por encima de las leyes ordinarias o las leyes ordinarias y la Constitución están al mismo nivel. Si la primera proposición es cierta, una ley contraria a la Constitución no es Derecho; y si lo es la segunda, las constituciones escritas son intentos absurdos de limitar un poder ilimitable. Como lo lógico es lo primero (la Constitución de Estados Unidos es, según ella misma, *the supreme law of land*, y vincula directamente a los jueces por encima de su subordinación a la ley, no obstante cualquier disposición contraria de las Constituciones o de las leyes de los Estados miembros), ninguna ley ordinaria opuesta a la Constitución puede vincular a los tribunales. El deber de los jueces es declarar lo que es Derecho y si dos normas están en conflicto entre sí, deben decidir cuál es la aplicable. Si una de ellas es la Constitución, los jueces deben respetarla porque es superior a todo acto ordinario del Poder Legislativo. Pretender lo contrario sería tanto como querer obligar a los jueces a incumplir la Constitución. La conclusión es que el juez jamás debe aplicar la ley contraria a la Constitución. No puede anular la ley, porque ello es función del Poder Legislativo, de modo que se limita a no aplicar la ley al caso concreto. No

obstante, la decisión judicial tiene valor de precedente y puede determinar que la ley no se aplique en otros casos judiciales.

El sistema americano es un sistema de justicia constitucional “difuso”, en el que todos los órganos judiciales (tribunales y jueces) son competentes para dictaminar sobre la aplicación correcta de la Constitución y acordar la inaplicación de la ley. En este sistema, las sentencias del Tribunal Supremo vinculan a los demás órganos judiciales.

– El *sistema austríaco*. Surgió en Austria en 1920 y se ha extendido por toda Europa (este sistema inspiró luego la Constitución española republicana de 1931, la italiana de 1947, la alemana de 1949 y otras). Es un sistema de justicia constitucional “concentrado”, en el que se confía la comprobación de la adecuación constitucional a un sólo órgano especial: el Tribunal Constitucional. Este órgano no forma parte del Poder Judicial, ya que éste se encuentra obligado a aplicar la ley. El Tribunal Constitucional tiene naturaleza jurisdiccional, pero su función es similar a la del legislador negativo cuando expulsa del ordenamiento jurídico las leyes opuestas a la Constitución. Las sentencias del Tribunal Constitucional producen la nulidad de la disposición impugnada, con efectos generales tanto para los ciudadanos como para los poderes públicos y las causas pendientes, pero no surte efectos para los casos ya juzgados.

Con el transcurso del tiempo ha habido una aproximación entre ambos sistemas judiciales. El modelo americano evolucionó desde el federalismo hacia la protección de los derechos y libertades. El modelo austríaco dio entrada al recurso indirecto de inconstitucionalidad, que se suscita ante el juez ordinario en un caso concreto para que eleve al Tribunal Constitucional sus dudas sobre la constitucionalidad de una ley.

### C) *Funciones de la justicia constitucional.*

La justicia constitucional ha ido ampliando sus funciones en los Estados democráticos. No se ha limitado tan sólo a comprobar si las leyes del Parlamento se ajustan a la Constitución, ya que se ocupan también de funciones tan plurales como:

- a) La tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas.
- b) La resolución de conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales.

- c) La resolución de conflictos de atribuciones entre el Estado central y los estados miembros o las regiones.
- d) El enjuiciamiento de las altas magistraturas del Estado.
- e) El control de la constitucionalidad de los partidos políticos.
- f) El control del proceso electoral.
- g) El ya señalado control de la constitucionalidad de las normas constitucionales y de las leyes de reforma constitucional.

*D) La defensa jurisdiccional en la Constitución de 1978.*

La Constitución de 1978 sigue mayoritariamente el modelo austríaco, si bien contiene importantes elementos del modelo estadounidense. Y así, su Título IX encomienda la defensa jurisdiccional de la norma suprema al Tribunal Constitucional

La figura no es nueva en la historia del Derecho constitucional español. Ya hubo un Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución republicana de 1931 con similares funciones.

La vigente Constitución configura este órgano como un garante de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales y libertades públicas. Es un órgano especial, separado del Poder Judicial, en el que se reside la jurisdicción constitucional en sentido estricto. El Tribunal Constitucional es “el supremo intérprete de la Constitución”. Esta expresión que emplea el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, LOTC) significa que el Tribunal Constitucional no es el único juez competente para evaluar la constitucionalidad de las normas, pero sí el superior. Todo juez o tribunal lo es en el ámbito de sus competencias, puesto que debe aplicar las demás normas interpretándolas conforme a aquélla y debe dejar de aplicarlas o elevar la cuestión al Tribunal Constitucional cuando entienda que no se da esa conformidad.

El papel de los jueces en la defensa jurídica de la Constitución se recoge en el art. 5 LOPJ:

“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.”

Asimismo, el art. 6 LOPJ obliga a los jueces y tribunales a no aplicar ningún reglamento o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, la ley o el principio de jerarquía normativa.

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

### 2.1. La posición institucional del Tribunal Constitucional.

Podemos señalar las siguientes notas características del Tribunal Constitucional español:

a) Es un *órgano constitucional*. La propia Constitución lo crea y establece su composición y funciones esenciales.

b) Es un *órgano independiente* de los demás órganos constitucionales, sometido únicamente a la Constitución y a la Ley Orgánica que regula su organización y funcionamiento: la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y sus posteriores modificaciones.

c) Es un *órgano judicial*, y no un órgano político, aunque no aparece dentro del Poder Judicial. Está compuesto por jueces, llamados “magistrados”; realiza sus funciones por medio de procedimientos jurisdiccionales; sus decisiones adoptan las formas de sentencias, autos y providencias; y no puede actuar de oficio, sino a instancia de parte. Adopta sus decisiones sujetándose al Derecho, con arreglo a la Constitución y sin subordinación a órdenes o indicaciones de otros órganos del Estado.

d) Es un *órgano de jurisdicción concentrada*. Nadie más que él puede declarar inconstitucional una norma con fuerza o rango de ley. Se sitúa en un plano superior a la ley, como juez de la misma. Es, pues, una instancia superior al legislador, quien se halla vinculado enteramente a su decisión. Si el Tribunal puede anular una ley por inconstitucional, ello supone que su interpretación prevalece sobre lo dispuesto por el Poder Legislativo. El Tribunal actúa así a modo de un legislador negativo, como un destructor de leyes, al expulsar del ordenamiento jurídico las normas legales que contradicen la Constitución, con lo que la materia objeto de la norma anulada queda sin regular o regida por la legislación anterior.

e) Es el *intérprete supremo de la Constitución*. Como hemos afirmado, esta declaración no supone que sea el único intérprete de la Constitución, sino el superior. Cualquier órgano judicial puede y debe interpretar y aplicar la Constitución. Incluso, cualquier poder público o ciudadano interpreta la Constitución, pero las interpretaciones del Tribunal Constitucional son las de mayor validez y unifican esa interpretación.

## 2.2. Composición.

La composición del Tribunal Constitucional se regula en los arts. 159 y 160 CE.

El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey: Cuatro, a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro, a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos, a propuesta del Gobierno; y dos, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1).

Los miembros del Tribunal Constitucional se nombran entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional (art. 159.2).

Los miembros del Tribunal Constitucional se designan por un período de nueve años y se renuevan por terceras partes cada tres (art. 159.3).

Para asegurar su independencia, la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible:

- Con todo mandato representativo.
- Con los cargos políticos o administrativos.
- Con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos, lo que les permite la militancia en un partido político o en un sindicato.
- Con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal.
- Con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tienen las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

Los miembros del Tribunal Constitucional son independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato (art. 159.5). No pueden ser cesados de su cargo hasta que transcurran los nueve años de su mandato, salvo que concurran las causas que establece la LOTC: incompatibilidad, incapacidad o exigencia de responsabilidad civil o penal.

### **2.3. Organización y funcionamiento.**

#### *A) El Presidente y el Vicepresidente.*

El Tribunal Constitucional está dirigido por un Presidente, que se nombra entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno, y por un período de tres años (art. 160 CE.). La reelección se permite por una sola vez. El Presidente convoca y ordena las sesiones del Pleno, ordena el trabajo del Tribunal, ejerce su representación, ostenta la jefatura administrativa, dirime los empates con su voto de calidad...

Existe también un Vicepresidente, designado de la misma forma que el Presidente, y al que le corresponde sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia o enfermedad. Asimismo, preside la segunda Sala del Tribunal.

#### *B) Órganos colegiados.*

Conforme a la LOTC, la organización del Tribunal Constitucional se estructura en:

- *Pleno*: Está integrado por los doce miembros, debiendo estar presentes para la adopción de acuerdos, al menos, dos tercios de éstos. Lo

preside el Presidente del Tribunal Constitucional. Le corresponden todas las competencias del Tribunal, con excepción de los recursos de amparo: aprueba los reglamentos de organización y funcionamiento del Tribunal, elabora el presupuesto del Tribunal, elige al Presidente y al Vicepresidente, distribuye los asuntos entre las salas y puede recabar para sí cualquier competencia que no le esté atribuida y que estime necesaria.

– *Dos salas*: Compuestas cada una de ellas por seis magistrados y presididas, una, por el Presidente, y la otra por el Vicepresidente. Su quórum mínimo de funcionamiento es dos tercios de los miembros. Resuelven los recursos de amparo, adoptándose sus acuerdos por mayoría simple.

– *Cuatro Secciones*: Pueden constituirse dentro del Pleno o de cada Sala para el despacho ordinario y para decidir sobre la admisibilidad o no de los recursos, cuestiones y conflictos, función que desarrollan mediante autos. Han de estar presididas por el respectivo Presidente y compuestas por éste y dos magistrados.

#### C) *Personal administrativo.*

El Tribunal cuenta, además, con un personal para el ejercicio de sus funciones técnicas, compuesto por un Secretario General y elegido por el Pleno del Tribunal entre los letrados; un Cuerpo de Letrados; un cuerpo de Secretarios de Justicia y un cuerpo de oficiales auxiliares y agentes para el desarrollo de las funciones administrativas.

#### D) *Resoluciones.*

La actividad del Tribunal Constitucional se exterioriza por escrito en las llamadas resoluciones. Éstas pueden ser de tres tipos:

a) *Providencias*, que son actos no motivados referentes a la ordenación del trabajo de los Tribunales. Contra ellas cabe recurso de súplica sin efecto suspensivo.

b) *Autos*, que son actos del Tribunal, siempre motivados, que afectan a la inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad de los recursos planteados ante el mismo.

c) *Sentencias*, que es la decisión fundamental del proceso, resolviendo sobre el fondo del asunto planteado. Muestran lo que el Tribunal piensa sobre la esencia de la cuestión planteada. Constan de ante-

cedentes, fundamentos jurídicos y el fallo del Tribunal. Tienen tres efectos:

– La consideración de cosa juzgada, con lo que no cabe recurso contra ellas, salvo solicitar aclaración en los dos días siguientes.

– La vinculación de todos los poderes públicos a lo en ellas escrito, lo que se refiere tanto al fallo como a los fundamentos jurídicos, pero no a los votos particulares que disienten de la decisión de la mayoría.

– La fuerza de ley para todos los ciudadanos, hayan sido o no parte del proceso.

Los magistrados pueden, si así lo estiman conveniente, manifestar sus discrepancias con la mayoría mediante la formulación de un voto particular, que ha de publicarse junto con la sentencia.

## 2.4. Competencias.

El Tribunal Constitucional es competente para conocer:

a) Los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 161.1 a) CE].

b) Las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces y tribunales cuando éstos consideren, en algún proceso judicial, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución (art. 163).

c) Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí [art.161.1.c)].

d) Los recursos de amparo por violación de los derechos y libertades reconocidos en los art. 14 a 30 CE [art. 161.1 b)].

e) La declaración de si un tratado internacional contiene o no estipulaciones contrarias a la Constitución (art. 95.2).

f) La impugnación, por el Gobierno del Estado, de disposiciones sin fuerza de ley y de resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 161.2).

g) Los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales (art. 59.3 LOTC), proceso que pueden interponer el Congreso de los Diputados, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

h) Los conflictos en defensa de la autonomía local, promovidos por los municipios y provincias frente a leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que puedan resultar no respetuosas con dicha

autonomía local, garantizada constitucionalmente. Es ésta una nueva competencia introducida por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la LOTC.

### **3. EL RECURSO Y LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

#### **3.1. El control de constitucionalidad de las leyes.**

El modelo concentrado de justicia constitucional reserva al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de las demás normas con fuerza de ley.

El control de constitucionalidad de estas normas con fuerza de ley trata de asegurar la supremacía de la Constitución, haciendo prevalecer ésta sobre las decisiones del Poder Legislativo contrarias a ella.

El art. 27.2 LOTC señala las normas sujetas al control del Tribunal:

- Los Estatutos de Autonomía.
- Las Leyes Orgánicas.
- Las Leyes ordinarias.
- Los Decretos-Leyes.
- Los Decretos Legislativos.
- Los Tratados Internacionales.
- Los Reglamentos de las Cámaras de las Cortes Generales.
- Las normas equivalentes a las anteriores categorías que dicten las Comunidades Autónomas, como las Leyes, los Decretos Legislativos y los Reglamentos de sus Asambleas Legislativas.

Ahora bien, deben señalarse algunas especialidades:

a) En relación con los Decretos Legislativos, el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria.

b) En relación con las normas internas de las Cámaras, también son susceptibles de control las normas dictadas por los Presidentes de las Cámaras en el ejercicio de la función interpretativa e integradora de los reglamentos que les compete.

c) En relación con el Derecho comunitario europeo, el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que posea competencia para controlar normas de este ordenamiento. Aunque sean normas di-

rectamente aplicables en España, que desplazan incluso a la ley interna, el parámetro de control y validez de las normas europeas está en el Derecho Comunitario y corresponde su control a los órganos judiciales de la Unión Europea. Asimismo, el Tribunal ha declarado que, en los procesos constitucionales, el Derecho comunitario no es *per se* canon directo de contraste y examen de los actos y disposiciones de los poderes públicos del Estado español, y ha recordado que sólo pueden hacerse valer como motivos de inconstitucionalidad los que atañen a la vulneración de las reglas constitucionales. No obstante, también ha matizado que puede tomarse en consideración la normativa comunitaria en las controversias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya sea para concluir que tal controversia es una cuestión que cae dentro de la esfera del Derecho comunitario, y no en la del reparto interno de competencias, ya sea para aplicar correctamente el esquema interno de distribución de competencias (STC 45/2001, de 15 de febrero).

d) En relación con las normas preconstitucionales, los jueces y tribunales de justicia también ostentan la doble facultad bien de inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución por oponerse a ella, bien de plantear ante el Tribunal una cuestión de inconstitucionalidad si dudan de su acomodo a aquélla. En cambio, corresponde sólo al Tribunal Constitucional enjuiciar la conformidad constitucional de las leyes posteriores al texto supremo.

El marco general de enjuiciamiento de las normas con rango o fuerza de ley viene determinado por la Constitución. Pero, en ocasiones, ese marco se completa con otras normas, y a este conjunto total de normas que forman con la Constitución un todo interpretativo y que se convierte en el parámetro de la constitucionalidad de las leyes, se le llama “bloque de constitucionalidad”. Forman parte del bloque de constitucionalidad:

a) Los Reglamentos de las cámaras legislativas, con el fin de valorar la existencia de vicios en la elaboración de las leyes.

b) Los tratados y convenios internacionales sobre derechos fundamentales, como elemento para la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

c) Los Estatutos de Autonomía y las leyes estatales reguladoras de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Au-

tónomas. El art. 28.1 LOTC dispone que “para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.

d) Las Leyes Orgánicas, en relación con las leyes ordinarias. Así, cuando exista una colisión entre la Ley Orgánica y otras normas con fuerza de ley, el Tribunal ha de proteger el ámbito material reservado a la Ley Orgánica.

### 3.2. El recurso de inconstitucionalidad.

#### A) *Objeto.*

El recurso de inconstitucionalidad garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley. Consiste, pues, en la impugnación directa de una norma legal ante el Tribunal Constitucional, por considerar el órgano impugnante que no se acomoda a la Constitución.

#### B) *Legitimación.*

Sólo están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad (art. 162.1 CE):

- El Presidente del Gobierno, que no el Gobierno.
- El Defensor del Pueblo, en lo que se refiere a la protección de los derechos y deberes regulados en el Título I de la Constitución.
- Cincuenta Diputados.
- Cincuenta Senadores.
- Los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, respecto de leyes del Estado que puedan afectar a su ámbito de autonomía.

#### C) *Plazo.*

El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la norma impugnada (art. 33 LOTC). En el caso de las normas con fuerza de ley de las Comunida-

des Autónomas, que se publican tanto en su diario oficial como en el Boletín Oficial del Estado, es la primera publicación la que sirve para computar este plazo de tres meses.

No obstante, el presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas pueden interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley si previamente han intentado evitar la interposición del recurso cumpliendo los siguientes requisitos:

– La reunión de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, cuya convocatoria ha podido ser solicitada por cualquiera de las dos Administraciones.

– La adopción, en el seno de la mencionada Comisión Bilateral, de un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, si así fuera preciso, las modificaciones del texto normativo. Este acuerdo puede hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo de nueve meses.

– La puesta en conocimiento del acuerdo al Tribunal Constitucional por los órganos mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley, y su inserción en el Boletín Oficial del Estado y en el diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

#### *D) Procedimiento.*

El recurso de inconstitucionalidad se inicia mediante escrito de quien posee legitimación, o de su comisionado, en el que se ha de concretar la disposición impugnada, así como los motivos del recurso. El escrito de interposición ha de presentarse ante el Tribunal Constitucional o ante el juzgado de guardia. El Tribunal Constitucional, admitida la demanda, da traslado del recurso al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y, en el caso de que la norma impugnada provenga de una Comunidad Autónoma, a la Asamblea Legislativa y al órgano colegiado ejecutivo correspondiente. De los anteriores órganos, quienes lo consideren oportuno, pueden personarse y formular alegaciones. A la vista del recurso y de las alegaciones, el Pleno del Tribunal Constitucional debe dictar sentencia (art. 34 LOTC).

*E) Efectos de la sentencia.*

Las sentencias del Tribunal Constitucional surten sus efectos desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Las sentencias tienen plenos efectos frente a todos (*erga omnes*) y vinculan a todos los poderes públicos. La doctrina sentada con las sentencias informa la actividad de todos los poderes públicos, hasta el punto de que la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha de entenderse corregida por la doctrina derivada de las decisiones del Tribunal Constitucional. En este sentido, ya hemos hecho referencia al importante art. 5 LOPJ, que dispone que los jueces y los tribunales deben interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se encuentra sujeto a su propia doctrina. El art. 13 LOTC permite al Pleno apartarse, si fuera necesario, de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal.

Las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser recurridas en el ámbito interno y tienen efecto de cosa juzgada. Resuelto un asunto por el Tribunal, no puede volver a plantearse ante él, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad, declara también la nulidad de los preceptos impugnados, así como la de aquellos otros de la misma ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. La declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos ya resueltos mediante sentencia con efectos de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la norma inconstitucional, salvo en el caso de que esa aplicación haya supuesto una sanción penal o administrativa que no existiría o se vería reducida como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada.

### **3.3. La cuestión de inconstitucionalidad.**

*A) Objeto.*

Así como el recurso de inconstitucionalidad hace posible un control directo de la norma, la cuestión de inconstitucionalidad es un medio

judicial para defenderse ante la aplicación concreta de una norma con fuerza de ley. El art. 163 CE dispone que “cuando un órgano judicial considere en algún proceso, que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

*B) Requisitos.*

Cualquier órgano judicial puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pero para ello debe cumplir los siguientes requisitos:

– La duda sobre la constitucionalidad de la norma ha de surgir *durante un proceso judicial* del que conozca el órgano judicial, bien planteada por éste o por alguna de las partes en ese procedimiento (art. 35 LOTC).

– La duda tiene que ser *relevante* para la decisión del proceso en que se plantea, de manera que esa decisión dependa realmente de la validez o no de la norma cuestionada. Al control de este requisito se le denomina “juicio de relevancia”.

– La duda debe estar *suficientemente fundada y motivada* por el órgano judicial que eleve la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

*C) Procedimiento.*

La duda sobre la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede surgir en cualquier proceso que se siga ante un órgano jurisdiccional, y puede plantearse tanto de oficio como a instancia de parte. Al órgano judicial le corresponde controlar que se cumplen los requisitos legalmente exigidos: relevancia de la cuestión para el fallo y fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad. Si estos requisitos no se cumplen, el órgano judicial ha de rechazar el planteamiento de la cuestión.

El planteamiento se lleva a cabo mediante Auto, una vez oídas las partes personadas en el proceso judicial y el Ministerio Fiscal. En dicho Auto, el órgano judicial debe concretar el precepto legal que se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido, y especificar

y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada.

El planteamiento de la cuestión sólo debe realizarse una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia o la resolución definitiva de que se trate (art. 35.2 LOTC).

Planteada la cuestión, el Tribunal Constitucional realiza, en primer lugar, un control del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para el planteamiento de la cuestión. En los casos de inadmisión de la cuestión, por faltar los requisitos o por ser notoriamente infundada la cuestión suscitada, la decisión se adopta mediante Auto, una vez oído el Fiscal General del Estado (art 37.1 LOTC).

Admitida la cuestión a trámite, el procedimiento seguido es similar al del recurso de inconstitucionalidad. Se da traslado al Fiscal General del Estado, a las Cámaras, al Gobierno y, en su caso, a los órganos ejecutivos y legislativos de la Comunidad Autónoma que hubiera dictado la norma cuestionada, para que se personen y formulen alegaciones, si lo estiman conveniente. Oídas las partes, el Pleno del Tribunal Constitucional dicta sentencia, pronunciándose sobre la constitucionalidad o no de la norma cuestionada. Al margen de los efectos generales que poseen todas las sentencias de control de constitucionalidad de normas con fuerza de ley, en las cuestiones el Tribunal Constitucional ha de notificar su decisión al juez o tribunal que planteó la cuestión para que resuelva el proceso como en cada caso corresponda.

*D) Las “autocuestiones” de inconstitucionalidad.*

El art. 55.2 LOTC establece la posibilidad de que el propio Tribunal Constitucional se autoplantee una duda sobre la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley. Esto ocurre en aquellos casos en los que una Sala del Tribunal, conociendo de un recurso de amparo, aprecia que la lesión de un derecho fundamental procede de una norma con fuerza de ley contraria a la Constitución. La Sala, a la vez que resuelve el amparo, debe plantear la posible inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley ante el Pleno, para que éste, si así lo decide, declare la inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley.

#### 4. EL RECURSO DE AMPARO.

##### *A) Objeto.*

El recurso de amparo es el instrumento procesal más importante de defensa ante el Tribunal Constitucional de los derechos y libertades de los ciudadanos. Cumple una doble misión: por una parte, sirve como último remedio interno de protección de los derechos del ciudadano; y, por otra, se configura como un instrumento de interpretación de los derechos fundamentales.

El recurso de amparo protege de cualquier acto de los poderes públicos que atente contra los siguientes derechos:

- El derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).
- Los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 15 a 29 CE).
- El derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE).

El art. 41.2 LOTC señala cuál es el objeto material del recurso: las disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes políticos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Al interpretar este precepto, debemos aclarar que:

- Por “poder público” se ha entendido incluso los entes de naturaleza mixta pública y privada, según actúen o no con el “imperio” propio de una Administración pública.
- Quedan exentos del recurso las normas con fuerza de ley.
- Las lesiones que proceden de los particulares son objeto de recurso si los jueces y tribunales no reparan esas vulneraciones en la correspondiente vía judicial.

##### *B) Procedimiento.*

Están legitimados para interponer el recurso de amparo (arts. 162.1 CE y 46.1 LOTC) cualquiera de los siguientes sujetos:

- La persona directamente afectada en la violación de sus derechos.
- El Defensor del Pueblo, en cuanto defensor de los derechos fundamentales.
- El Ministerio Fiscal en cuanto defensor de la legalidad.

*C) Subsidiariedad del recurso de amparo.*

El recurso de amparo es un instrumento subsidiario de protección de los derechos y libertades. Realmente, a quien corresponde de manera inmediata la defensa de los derechos y libertades es a los órganos judiciales. La intervención del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo tiene, pues, un carácter extraordinario y, en última instancia, esta intervención está justificada sólo ante la ineficacia que en casos concretos pueda tener la actividad judicial.

La subsidiariedad supone que sólo se puede acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional cuando se hayan agotado todos los instrumentos ordinarios de defensa de los derechos fundamentales (arts. 43.1 y 44.1 LOTC).

El art. 46.1.b) LOTC exige para acudir en amparo “haber sido parte en el proceso judicial correspondiente”. No obstante, existen dos supuestos en que no existe vía judicial previa y en los que se admite la interposición directa del recurso ante el Tribunal constitucional: En los casos en los que la vulneración se imputa a un acto de un órgano legislativo que carece de fuerza de ley (art. 42 LOTC), y cuando la violación procede directamente de una resolución judicial que resulta irrecurrible ante los tribunales ordinarios.

La subsidiariedad exige también que el derecho supuestamente lesionado haya sido previamente invocado ante los órganos judiciales [art. 44.1.c) LOTC]. A éstos se les ha tenido que dar la oportunidad efectiva de reparar la lesión de derechos denunciada, puesto que son los “garantes naturales” de los derechos fundamentales.

*D) Clases y plazos.*

El ordenamiento jurídico español contempla diversos supuestos procesales en que puede solicitarse el amparo del Tribunal Constitucional:

– Contra decisiones o actos sin valor de ley procedentes de órganos parlamentarios del Estado o de las Comunidades Autónomas (art. 42 LOTC). Aquí, el plazo para recurrir es de tres meses desde que el acto es firme.

– Contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas, o de sus autoridades, agentes o funcionarios (art. 43 LOTC). El plazo

para recurrir en este caso es de veinte días a partir de la notificación de la resolución judicial recaída en el proceso judicial previo.

– Contra actos u omisiones de órganos judiciales (art. 44 LOTC). El plazo es también de veinte días desde la notificación efectiva de la resolución recaída, poniendo fin al proceso judicial.

Estos tres primeros supuestos están previstos en la LOTC.

– Contra las resoluciones judiciales negativas a aceptar la objeción de conciencia (art. 1.2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia). El plazo es de veinte días desde que se notifica la sentencia que resuelve el recurso procedente contra las decisiones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia.

– Contra la decisión de la Mesa del Congreso de no admitir una proposición de ley planteada a través de la iniciativa legislativa popular (art. 6 de la Ley Orgánica de Iniciativa Legislativa Popular). Puede interponer el recurso la Comisión Promotora, que se tramita como los recursos contra actos u omisiones sin fuerza de ley de órganos de naturaleza legislativa.

– Contra las resoluciones de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos y de candidatos electos (arts. 49.3 y 4 y 114 LO-REG). El recurso de amparo electoral puede plantearse una vez agotada la vía judicial previa mediante el correspondiente recurso contencioso electoral. El plazo para su interposición es de dos días en el caso de proclamación de candidatos, y de tres días en el supuesto de proclamación de electos; el plazo para su resolución es de tres días en el primer caso y de quince en el segundo.

#### *E) Procedimiento.*

Consta de dos fases:

Primera: La fase de admisión. Tiene como finalidad asegurarse de que la demanda de amparo cumple todos los requisitos legalmente exigidos. El Tribunal puede inadmitir el recurso por las siguientes causas:

– Que no se cumplan algunos de los requisitos legales exigidos: legitimación, agotamiento de la vía judicial previa, invocación del derecho en esa vía judicial, plazo, representación del Procurador, asistencia de Abogado, claridad expositiva de la demanda...

– Que el derecho cuya protección se invoca no sea susceptible de amparo constitucional.

– Que la demanda carezca manifiestamente de contenido constitucional.

– Que previamente se hubiera desestimado en el fondo una cuestión igual a la planteada.

Segunda: El proceso. En éste comparecen necesariamente el Ministerio Fiscal y quien hubiera sido parte en la vía judicial previa, y quien se viera favorecido por la resolución impugnada. Los personados realizan sus alegaciones, después de lo cual, la Sala del Tribunal Constitucional que entienda del caso dicta sentencia.

Durante la tramitación del recurso de amparo puede decretarse la suspensión del acto recurrido de manera temporal en espera de que se dicte sentencia cuando la ejecución pudiera ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. No obstante, puede denegarse la suspensión cuando exista un riesgo de perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero (art. 56.1 LOTC).

#### *F) Las sentencias de amparo.*

La sentencia puede tener alguno de estos pronunciamientos:

– Estimación, que puede ser total o parcial.

– Desestimación.

La estimación puede tener tres efectos: La declaración de nulidad del acto o resolución impugnada, el reconocimiento del derecho o libertad vulnerado, o el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, debiéndose adoptar las medidas que sean necesarias para ello.

## **5. OTRAS COMPETENCIAS.**

Además de las funciones hasta ahora vistas, el Tribunal Constitucional conoce de las siguientes materias:

– De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre si.

– De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

– De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.

– De las impugnaciones de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

– De los conflictos en defensa de la autonomía municipal.

– De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la LOTC.

A continuación analizamos los cinco primeros, puesto que el último es un acto propio de la actividad interna del Tribunal.

### **5.1. Los conflictos constitucionales de competencia.**

Al Tribunal Constitucional compete, a través de los conflictos de competencia, la resolución de las controversias referidas a quién corresponde la titularidad de una competencia cuando quienes la disputan son el Estado y las Comunidades Autónomas, o éstas entre sí.

#### *A) Objeto.*

El objeto de los conflictos de competencia es resolver las controversias que pueden surgir en torno a la interpretación del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establecido por el bloque de la constitucionalidad. Además, el conflicto puede plantearse frente a actuaciones que dificulten el normal ejercicio de las competencias ajenas.

Pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos.

Lo llamativo es que el Tribunal constitucional, al resolver los conflictos de competencia, no se limita a aplicar sólo la Constitución, sino que acude al “bloque de constitucionalidad”, que es, como ya hemos indicado, el conjunto de normas compuesto por la Constitución, los Estatutos de Autonomía, las leyes básicas del Estado y otras disposiciones a las que todos éstos se remiten.

*B) Clases.*

Existen dos tipos de conflictos de competencia:

– Los positivos, que son los que enfrentan al Estado y a la Comunidad Autónoma, o a éstas entre sí, en relación con el ejercicio de una competencia.

– Los negativos, que enfrentan a los mismos por negar ambas partes ser titulares de la competencia.

*C) Legitimación.*

Sólo están legitimados para interponer el conflicto el Gobierno y los órganos ejecutivos superiores de las Comunidades Autónomas (arts. 62 y 63.1 LOTC).

*D) Procedimiento.*

Cuando quien suscita el conflicto es el Gobierno, éste puede actuar de dos formas: bien interponiendo directamente el conflicto ante el Tribunal Constitucional, bien requiriendo antes a la Comunidad Autónoma para que derogue o anule la disposición o acto que considera causante del conflicto (art. 62 LOTC). En el supuesto de que quien inicie el conflicto sea una Comunidad Autónoma, ésta debe necesariamente requerir al Estado o a la otra Comunidad Autónoma para que proceda en la forma indicada (art. 63.1 LOTC).

El plazo para plantear el conflicto directamente o para formular el requerimiento es de dos meses a partir de la publicación o comunicación del acto o disposición viciado de incompetencia.

Cuando haya existido requerimiento previo y éste no haya dado el resultado esperado, el conflicto de competencia podrá formalizarse ante el Tribunal Constitucional en el plazo de un mes a contar desde el rechazo del requerimiento. Este, en todo caso, se entiende rechazado si no ha sido resuelto expresamente en el plazo de un mes desde que se formulara.

Si el Gobierno invoca el art. 161.2 CE, el acto o resolución supuestamente viciado queda automáticamente suspendido por un plazo no superior a cinco meses. Transcurrido dicho período, el Tribunal Constitucional, si no ha resuelto el conflicto, puede decretar el levantamiento o el mantenimiento de la suspensión. Las Comunidades Autónomas pueden solicitar al Tribunal Constitucional la suspensión del acto o norma estatal, decidiendo lo que proceda.

Tras formalizar el conflicto, y comparecidas las partes afectadas, el Gobierno de la Nación o el órgano u órganos ejecutivos superiores de las Comunidades Autónomas deben presentar las alegaciones que estimen convenientes. Vistas éstas, el Tribunal Constitucional dicta sentencia.

*E) Efectos de las sentencias.*

La sentencia puede anular la disposición, resolución o acto que dio lugar al conflicto, si está viciado de incompetencia.

*G) Los conflictos negativos de competencia.*

El conflicto negativo surge cuando dos Administraciones públicas, que pueden ser la del Estado o la de una Comunidad Autónoma o las dos de las Comunidades Autónomas, no se consideran competentes para resolver una pretensión de cualquier persona física o jurídica. Si esa persona, formulada la pretensión ante una Administración, recibe una contestación señalándole que no posee competencia, agotados los recursos administrativos oportunos, ha de acudir ante la Administración del ente que se haya indicado como competente. Si esta nueva Administración declina, asimismo, su competencia, el requirente podrá acudir en el plazo de un mes ante el Tribunal Constitucional. Éste, constatado que el fundamento de la negativa de las Administraciones es una determinada interpretación del bloque de la constitucionalidad y que se cumplen los requisitos formales para el planteamiento del conflicto, lo admitirá a trámite. Oídos el recurrente, las Administraciones afectadas y cualquier otra parte que se considere procedente, se dicta sentencia determinando a qué ente corresponde la competencia controvertida.

Una segunda modalidad de conflicto negativo se da cuando el Gobierno requiere al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma para que ésta ejercite una competencia que le corresponde. Si no se atiende el requerimiento en un plazo de un mes, el Gobierno puede plantear el conflicto, que sigue un procedimiento similar al descrito previamente. Este tipo de conflictos no puede plantearse por una Comunidad Autónoma frente al Estado.

## **5.2. Los conflictos de atribuciones.**

La LOTC atribuye al Tribunal Constitucional una competencia no prevista en la Constitución, cual es la resolución de los conflictos entre órganos del Estado o conflictos de atribuciones.

El objeto de estos conflictos es resolver las controversias que surgen entre los poderes del Estado acerca de sus atribuciones

Están legitimados para interponerlos el Gobierno y los plenos del Congreso de los Diputados, del Senado y del Consejo General del Poder Judicial (art. 59.3 LOTC).

### **5.3. El control previo de los tratados internacionales.**

Cuando se aprobó la LOTC, su Título VI preveía la posibilidad de interponer un recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra tres tipos de normas todavía no aprobadas y en fase de proyecto: los tratados internacionales, los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas.

No obstante, en 1985 se modificó dicha regulación en la LOTC y ahora únicamente se admite el control previo de los tratados internacionales cuyo texto esté definitivamente fijado y a los que el Estado aún no haya prestado su consentimiento (arts. 95.2 CE y 78 LOTC). Es éste un control de naturaleza consultiva, ya que se trata de comprobar si el tratado resulta contrario a la Constitución.

Están legitimados para suscitar el control mediante el oportuno requerimiento, el Gobierno, el Congreso de los Diputados o el Senado (art. 78.1 LOTC).

Si el Tribunal aprecia la oposición entre la Constitución y el tratado, sólo caben dos soluciones: o se modifica la Constitución, o no se presta el consentimiento por parte del Estado (art. 95.1 CE). La primera solución fue la adoptada en el caso del Tratado de la Unión Europea de 1992, que dio lugar a la modificación del art. 13.2 CE para permitir el derecho del sufragio pasivo a los ciudadanos de la Unión que no tuvieran la nacionalidad española.

### **5.4. La impugnación de las disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas.**

El art. 161.2 CE faculta al Gobierno para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Se trata de la posibilidad de recurrir actos o disposiciones con rango infralegal de las Comunidades Autónomas que el Estado considere contrarios a la Constitución por motivos distintos del reparto de competencias, ya que, en este último caso, es el conflicto de competencia la vía procesal adecuada para su resolución.

Sólo puede plantear estas impugnaciones el Gobierno. A las Comunidades Autónomas no les es posible usar esta vía procesal para recurrir actos o disposiciones del Estado.

La impugnación produce la suspensión automática de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal debe ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

La impugnación se tramita conforme a las reglas de los conflictos positivos de competencia (art. 77 LOTC).

### **5.5. Los conflictos en defensa de la autonomía local.**

La modificación introducida en la LOTC por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, ha otorgado al Tribunal Constitucional una nueva atribución: la de conocer los denominados “conflictos en defensa de la autonomía local”.

Esta innovación legislativa reconoce a las entidades locales una vía de recurso jurisdiccional ante el Tribunal, prevista en la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (ratificada por el Estado español el 20 de enero de 1988), para asegurar el libre ejercicio de sus competencias administrativas y el respeto por los legisladores, tanto estatal como autonómicos, al principio de autonomía local, consagrado en los arts. 137 y 140 a 142 CE.

El conflicto sólo puede plantearse ante disposiciones con rango de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

A la hora de regular la legitimación para acudir ante el Tribunal, la LOTC distingue, por un lado, entre los municipios y las provincias, y, por otro, el caso de que la ley sea de destinatario único hacia un municipio o provincia o tenga un carácter general. De este modo, quedan legitimados para plantear el conflicto:

- a) El municipio destinatario único de una ley estatal o autonómica.

b) La provincia que sea destinataria única de una ley estatal o autonómica.

c) Un número de municipios cuando concurren simultáneamente los dos siguientes requisitos: Supongan, al menos, un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen, como mínimo, un sexto de la población oficial o de derecho del ámbito territorial correspondiente.

d) Un número de provincias que satisfagan los dos siguientes requisitos: Supongan, al menos, la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la ley, y representen, como mínimo, la mitad de la población oficial de ese ámbito territorial.

e) En el caso de leyes de la Comunidad Autónoma de Canarias, tres Cabildos, y en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dos Consejos Insulares.

f) En el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada Territorio Histórico cuando el ámbito de aplicación de la ley afecte directamente a dicha Comunidad Autónoma.

La LOTC establece los requisitos que deben cumplir las entidades locales para poder interponer el conflicto: acuerdo del pleno con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas, solicitud en el plazo de tres meses desde la publicación de la disposición de un dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según que la ley sea estatal o autonómica, planteamiento del conflicto en el mes siguiente a la recepción legal del dictamen...

Admitido el conflicto por el Tribunal Constitucional, éste da traslado del mismo a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma que hubiera dictado la ley y, en todo caso, a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado, para que puedan personarse y formular alegaciones en el plazo de veinte días.

La sentencia declara si existe o no vulneración de la autonomía local, determinando la titularidad o atribución de la competencia controvertida y resuelve, en su caso, sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local. La decisión del Tribunal vincula a todos los poderes públicos y tiene efectos frente a todos. Además, el Pleno del Tribunal puede decidir plantear una cuestión de in-

constitucionalidad que dé lugar a una nueva sentencia anulatoria de la norma en cuestión.

Pero si la sentencia es desestimatoria, ya no podrá plantearse de nuevo una cuestión de inconstitucionalidad fundada en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

TÍTULO SÉPTIMO  
**LAS FUENTES DEL DERECHO**



## CAPÍTULO XVIII

### **LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO**

*SUMARIO: 1. Concepto de fuentes del Derecho.- 2. El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de 1978.- 3. Tipología de las fuentes del Derecho en el sistema español.- 4. La Constitución como fuente del Derecho.- 5. Una mención a la jurisprudencia.*

#### **1. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO.**

La expresión “fuentes” se emplea en el ámbito jurídico con un sentido metafórico, puesto que fuente es el lugar por donde mana o surge un líquido y, en sentido figurado, el principio u origen de una cosa.

En el mundo jurídico, el término “fuentes del Derecho” quiere significar el modo de producción de las normas jurídicas.

La voz tiene un doble significado y, por eso, se distinguen entre fuentes en sentido material y fuentes en sentido formal.

Fuentes en sentido *material* hace referencia al autor o autores de las normas jurídicas, es decir, tanto a las personas o grupos sociales que ostentan el poder y tienen capacidad para crear esas normas, como a los hechos reales y causas que provocan que una norma surja. Son, en de-

finitiva, las fuerzas sociales capaces de crear mandatos generales destinados a una pluralidad indeterminada de destinatarios.

Fuentes en sentido *formal* quiere significar los medios, categorías o formas básicas de expresión a través de los cuales las normas se manifiestan hacia el exterior.

Entre ambos significados existe una clara relación, de tal suerte que las formas de manifestación de las normas jurídicas varían considerablemente según sean unos u otros los titulares de la capacidad para producirlas. No obstante, en este Título interesan las fuentes en el segundo de los sentidos, esto es, como expresión genérica de las diferentes categorías a través de las cuales se exteriorizan las normas jurídicas. Sí que cabe señalar que el estudio del sistema de fuentes del Derecho es una de las mejores formas de entender el régimen político que se ha impuesto en un país, ya que dicho sistema sirve para reflejar, por un lado, las relaciones entre las distintas fuerzas sociales políticamente organizadas que, en un momento histórico determinado, dan vida a un sistema jurídico e institucional y, por otro, el equilibrio entre los distintos órganos dotados de capacidad normativa constitucionalmente reconocidos.

Podemos anticipar que la potestad de dictar normas reside en uno, en varios o en todos estos sujetos:

a) En la Nación, en su condición de comunidad política que se constituye en Estado y aprueba su Constitución, fundamento de todas las demás leyes.

b) El Estado, considerado como la organización política que rige la comunidad nacional y es titular del poder político. Utilizamos aquí un concepto amplio de Estado que engloba tanto al Estado central, como a las Comunidades Autónomas, las entidades locales y demás Administraciones públicas con capacidad normativa.

c) En los distintos grupos sociales, al margen del Estado, de los que emanan la costumbre, los convenios colectivos, etcétera.

Las normas se caracterizan por dos notas: la primera es su *generalidad*, esto es, van dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios, y la segunda, su *abstracción*, puesto que la norma no contempla o regula un supuesto de hecho concreto en un momento determinado,

sino situaciones genéricas que se pueden dar con carácter habitual entre distintos sujetos, en distintos lugares y diferentes momentos. De este modo, no cabe considerar como fuentes del Derecho, precisamente por carecer de sus notas de generalidad o abstracción los siguientes: a) los hechos y actos que crean o prevén situaciones jurídicas concretas, como son los negocios jurídicos, los contratos, las condiciones generales de contratación, los pliegos o cláusulas particulares de los contratos, las bases de una convocatoria pública, los estatutos y los acuerdos o convenciones; b) las fuentes de conocimiento científico, que no producen disposiciones generales, pero descubren su existencia (*fontes ex quibus notitia iuris hauritur*); y c) los actos individuales surgidos en aplicación de la ley.

## 2. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

La Constitución de 1978 establece un sistema organizado y complejo de fuentes del Derecho. Este sistema supuso, con excepción del derivado de la Constitución republicana de 1931, con el que guarda grandes similitudes, una ruptura de todos los regímenes precedentes hasta ahora existentes.

Para una mejor inteligencia de este sistema vigente, conviene recordar, con carácter previo, cuáles fueron las notas sustantivas que caracterizaron el sistema de fuentes que se mantuvo en España prácticamente durante más de siglo y medio, a pesar de los muchos cambios políticos constitucionales que se registraron. Estas notas son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Desde un punto de vista negativo, se excluyó de su consideración como fuente del Derecho cualquier fuente escrita que no fuera manifestación del poder central del Estado. El Estado no admitía, con carácter general, la existencia de competidores en el campo de la emisión de las normas jurídicas. El ordenamiento jurídico reflejó durante toda esta época un carácter excesivamente positivista y la concepción centralista y unitaria del Estado.

Precisamente, una excepción a esta regla general la representó Navarra, cuya Compilación de Derecho Civil Foral, aprobada por

una ley dada directamente por el Jefe de Estado Francisco Franco (la Ley 1/1973, de 1 de marzo), recogió el vigente Derecho civil del antiguo reino. Esta norma establece todavía en su ley 2 (así se denominan sus preceptos) una muy diferente prelación de fuentes del Derecho respecto al régimen común, al señalar como fuentes y con arreglo a este orden de jerarquía: a) la costumbre; b) las propias leyes de la Compilación, c) los principios generales del Derecho navarro, y d) el Derecho supletorio, formado por el Código Civil y las leyes generales de España.

2.<sup>a</sup> Desde un punto de vista positivo, el sistema de fuente se caracterizaba por su articulación en torno a dos fuentes: por un lado, la ley en cuanto expresión de las Cortes Generales titulares del poder legislativo, y por otro, el reglamento, en cuanto norma escrita procedente del Gobierno titular del poder ejecutivo o de la Administración.

Junto a ellas, como excepciones, se reconocían algunos actos con fuerza de ley, como la legislación delegada y los decretos-leyes.

El sistema se completaba con la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, que ocupaban un papel claramente subordinado a la ley y al reglamento.

Este sistema quedaba perfectamente reflejado en el art. 1 del Código Civil, con arreglo al cual “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. El precepto especifica que la costumbre sólo rige en defecto de la ley aplicable, siempre que, además, no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. A su vez, los principios generales del Derecho se aplican en defecto de la ley o de la costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. Finalmente, según el mismo precepto, la jurisprudencia no puede considerarse fuente del Derecho, por cuanto sólo complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

3.<sup>a</sup> Como suele ocurrir en todos los Estados unitarios, el sistema de fuentes se ordenaba en torno al principio de jerarquía, esto es, las normas se ordenaban y aplicaban según la posición que ocupaba el órgano emisor de la norma en la estructura del Estado.

A su vez, el principio de jerarquía se completaba, sin ser alterado, con otros dos principios: El de temporalidad, de modo que la ley posterior deroga la anterior, y el de especialidad, en cuya virtud la ley especial prevalece sobre la ley general.

En ningún momento desempeñaba papel alguno el principio de competencia.

4.<sup>a</sup> Este sistema presentaba una importante quiebra en su cabecera: el punto de arranque del mismo no era la Constitución, sino la ley. La Constitución pertenecía al ámbito extrajurídico de la política y no al jurídico del Derecho. Como norma, la Constitución no desempeñaba ninguna función. La ley era la auténtica norma soberana, la norma primera del ordenamiento jurídico y absolutamente incondicionable.

Esta era, en líneas muy generales, la tradición española en la materia de fuentes hasta 1978.

La Constitución de 1978 hizo saltar este esquema en pedazos y configuró otro completamente distinto y más complejo, en el que todavía permanecen algunos elementos del esquema tradicional o clásico. Como notas más distintivas del nuevo sistema podemos mencionar las siguientes:

Primera. La introducción en el ordenamiento jurídico de un concepto de Constitución nuevo y diferente en comparación con el históricamente conocido, en el que la Constitución es la primera y más importante de todas las normas jurídicas, plenamente vigente y obligatoriamente aplicable por y a todos los poderes públicos y ciudadanos. Este nuevo concepto supone una auténtica revolución en el sistema de las fuentes del Derecho e incorpora un sistema de garantías constitucionales, que van desde la reforma o revisión de la propia norma constitucional hasta la instauración de una justicia constitucional concretada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Segunda. Al imponerse la Constitución como la primera norma jurídica, la ley pierde su posición absolutamente privilegiada y pasa a una posición, aunque todavía preeminente, subordinada por entero a la Constitución. De la eficaz subordinación se encarga un órga-

no de control específicamente diseñado para ello: el Tribunal Constitucional.

Tercera. Dentro de las leyes, se incorpora al ordenamiento una nueva categoría: las leyes orgánicas, reservadas para el desarrollo de aspectos a los que la Constitución da una particular importancia, lo que conlleva una modificación sustancial en el concepto tradicional de ley.

Cuarta. La inclusión en la Constitución de la posibilidad de celebrar tratados internacionales con una función hasta la fecha desconocida en estos instrumentos jurídicos, como es la de atribuir a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, viene a configurar un supuesto de “soberanía limitada”, claramente pensado para favorecer la integración de España entonces en la Comunidad Europea, ahora Unión Europea, y la aplicación del Derecho comunitario por encima del Derecho nacional.

Quinta. La admisión expresa por la Constitución de la existencia de un Derecho que va más allá de la ley. Así, el art. 103.1 diferencia ambos conceptos cuando somete la actividad de la Administración a los dos. Y el art. 37.1 reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos surgidos de la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y de los empresarios.

Sexta. Por último, la organización territorial del Estado a partir del Título VIII de la Constitución, que posibilita el ejercicio del derecho a la autonomía por parte de las nacionalidades y las regiones, arrastra consigo la modificación del sistema tradicional de fuentes del Derecho, introduce categorías o fuentes nuevas y altera los principios que rigen las relaciones entre las normas. Así, podemos destacar las siguientes novedades:

a) Los estatutos de autonomía son las normas que permiten a las regiones y nacionalidades la condición institucional de Comunidades Autónomas. Su naturaleza jurídica es doble: son, al mismo tiempo, leyes del Estado y fuente de origen de todo el posterior Derecho de las Comunidades Autónomas, entre éstas las propias leyes autonómicas.

b) Las leyes de las Comunidades Autónomas se aprueban por éstas en el ámbito de sus competencias asumidas en los Estatutos de Autonomía. Adquiere aquí una relevancia fundamental el llamado *principio de competencia*, puesto que el Derecho autonómico prevalece

sobre el estatal en las materias de su competencia y desplaza a éste a un plano supletorio. Esta dualidad normativa derivada de distintos entes organizativos separados y sus complejas relaciones entre normas ya no puede explicarse sobre el principio de jerarquía (como ocurre en la relación entre la ley y el reglamento dentro de un mismo ordenamiento). El principio de competencia se perfila como la única solución para explicar la relación entre dos ordenamientos, el estatal y el autonómico. En su virtud, las normas autonómicas nacen y surten efectos en el ámbito de las competencias reservadas por la Constitución y otras leyes a favor de las Comunidades Autónomas. No obstante, el principio de jerarquía continúa manteniendo su validez, pero únicamente dentro de cada ordenamiento estatal o autonómico.

El principio de competencia puede definirse como el principio que delimita el ámbito de ejercicio de las potestades normativas del Estado y de las Comunidades Autónomas, basado en que unas y otras se despliegan en aquellas materias para las que, de acuerdo con la Constitución y los Estatutos de Autonomía, poseen facultad legislativa. Tiene los siguientes efectos jurídicos:

- Una ley autonómica puede modificar una ley estatal aprobada antes de la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma cuando verse sobre materias de su competencia exclusiva.

- Si una ley autonómica regula una materia cuya competencia no ha sido asumida por el Estatuto de Autonomía, será inconstitucional.

- Será también inconstitucional una ley estatal que regule materias asumidas de forma exclusiva por las Comunidades Autónomas.

- El Derecho estatal es supletorio del Derecho de la Comunidad Autónoma en las materias reservadas a la competencia exclusiva de éstas.

c) La existencia de una dualidad de ordenamientos da lugar a la introducción por la Constitución de unos tipos de leyes especiales del Estado, previstas en el art. 150 CE. Se trata de: las leyes orgánicas de transferencia o delegación del Estado a las Comunidades Autónomas de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal susceptibles de transferencia o delegación; las leyes-marco, que permiten a las Cortes Generales atribuir a las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en el marco de los princi-

prios, bases y directrices fijados por una ley estatal; y leyes de armonización o armonizadoras, que puede dictar el Estado para fijar los principios necesarios que armonicen las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas en el caso de materias atribuidas a competencias de éstas, cuando así lo exija el interés general.

Junto a estas novedades, la Constitución de 1978 también mantiene elementos clásicos del sistema tradicional de las fuentes del Derecho, como son:

– Las Cortes Generales aparecen como los titulares de toda acción normativa primaria y pueden continuar legislando dentro del marco constitucional.

– El Gobierno es el titular de la potestad normativa secundaria, que ejerce a través de los reglamentos en desarrollo de la ley y de la legislación delegada. La única excepción a esta regla se da en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, en los que el Gobierno puede dictar disposiciones legislativas provisionales que reciben el nombre de decretos-leyes y que han de obtener la convalidación del Congreso de los Diputados en un plazo de treinta días.

– Se desecha el principio de reserva reglamentaria a favor del Gobierno, que siguiendo el vigente modelo constitucional francés llegó incluso a preverse en el primer proyecto de la Constitución española de 1978.

Por tanto, el sistema de las fuentes del Derecho que diseña la Constitución de 1978 es, al mismo tiempo, novedoso y clásico. Clásico en cuanto recoge las fuentes tradicionales, y novedoso en todo lo demás. El sistema es el resultado de la configuración del Estado español como un Estado: a) Democrático, en el que todos los poderes públicos se someten a la Constitución, que es la manifestación y producto del poder constituyente del pueblo, del que emanan todos los poderes; b) de Derecho, que supone la vigencia del principio de legalidad, en cuya virtud toda la actividad del Estado se subordina a la Constitución y a las normas; c) Autonómico, que conlleva el reconocimiento de otros entes territoriales distintos del poder central con capacidad normativa propia; y d) Europeo, que permite la atribución a las instituciones comunes formadas por los Estados europeos (la Unión Europea) del ejercicio de competencias hasta entonces atribuidas al Estado español.

La Constitución utiliza la expresión “fuentes del Derecho” en el art. 149.1.8ª para reservar a la competencia exclusiva del Estado central, entre otras muchas materias, la determinación de las fuentes del Derecho. Este precepto de contenido competencial remite a la ley del Estado la fijación de las fuentes del Derecho. Sin embargo, cualquier ley que quiera aprobar el Estado regulando las fuentes, debe tener en cuenta dos importantes limitaciones:

La primera, el respeto a la propia Constitución, que es la primera de las fuentes, pero también es la norma que menciona y establece las distintas clases de leyes y sus relaciones entre ellas.

La segunda, el respeto al Derecho foral o especial, que supone, en el caso de las Comunidades Autónomas, la competencia de éstas para determinar la prelación de las fuentes del Derecho civil, pues sólo a éste cabe entender que se refiere el art. 149.1.8ª CE, y no al Derecho público. Así ocurre en el caso de Navarra, en donde la prelación de las fuentes del Derecho Civil Foral se inicia con la preeminencia de la costumbre sobre la ley. La Ley 3 de la Compilación del Derecho Foral navarro establece que “la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales”. Como puede verse, el sistema foral navarro admite, aunque sólo sea en las relaciones privadas objeto del Derecho civil, la prevalencia de la costumbre sobre la ley aun cuando sea contraria a ésta (es la denominada costumbre *contra legem*), lo que, sin lugar a dudas, constituye una nota característica esencial del Derecho navarro en comparación con el estatal e, incluso, con el europeo (con la excepción de Inglaterra, con el que presenta grandes similitudes).

### 3. TIPOLOGÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA ESPAÑOL.

Como hemos visto, cada ordenamiento jurídico tiene su sistema propio de fuentes. En el ordenamiento español las fuentes del Derecho pueden clasificarse con arreglo a esta prelación:

1. La *Constitución*, que ocupa la cúspide del sistema de fuentes.

2. Los *Tratados Internacionales* válidamente celebrados y publicados oficialmente en el Estado español (art. 96.1 CE)

3. El *Derecho comunitario europeo*, que puede diferenciarse en dos niveles distintos:

3.1. El Derecho originario, constituido por los Tratados constitutivos de la CECA, la EURATOM y, sobre todo, la Comunidad Económica Europea (CEE) y sus posteriores e importantísimas modificaciones (el Acta Única Europea, el Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Niza...). En poco tiempo quedará reducido al Tratado que apruebe la Constitución Europea, sin perjuicio de que pervivan, con unos efectos muy limitados, los tratados CECA y EURATOM.

3.2. El Derecho derivado, en el que también deben diferenciarse las normas provenientes del Consejo, de las que emanan de la Comisión, teniendo preferencia las primeras sobre las segundas. Por sus distintos alcances, se diferencian tres grupos de disposiciones: los reglamentos, las directivas y las decisiones.

El proyecto de Constitución Europea, a su vez, prevé la siguiente prelación de fuentes: La ley europea, sea la ordinaria o la marco; el reglamento, ejecutivo o delegado, y finalmente, la decisión. Las recomendaciones y los dictámenes no pueden considerarse fuentes normativas en sentido estricto.

4. La Ley, que admite distintas modalidades y sujetos emisores diferentes:

4 A) Disposiciones emanadas del Poder Legislativo:

– La Ley Orgánica, emanada de las Cortes Generales en las materias que le reserva la Constitución (art. 81 CE).

– Los Estatutos de Autonomía, que son, a la vez de una de las modalidades de ley orgánica del Estado (arts. 81.1 y 147.3 CE), la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE).

– La Ley ordinaria, emanada bien de las Cortes Generales, bien de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, según la distribución de competencias operada entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

También son leyes ordinarias las leyes que aprueben las comisiones legislativas permanentes de las Cortes Generales, en delegación del Pleno de cada Cámara (art. 75, núms. 2 y 3).

– Las Leyes armonizadoras, que puede dictar el Estado, cuando así lo exija el interés general, para establecer los principios necesarios que permitan la armonización de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas (art. 150.3 CE).

– Las Leyes de transferencia, que son otra modalidad de ley orgánica y por medio de las cuáles el Estado puede transferir o delegar en las Comunidades Autónomas facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación (art. 150.2 CE).

– Las Leyes-marco, que facultan a las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, para atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas conforme a los principios, bases y directrices que fijen al efecto (art. 150.1 CE).

4 B) Disposiciones normativas con fuerza de ley emanadas del Poder Ejecutivo:

– Los decretos-leyes, disposiciones provisionales dictadas por el Gobierno del Estado en casos de extraordinaria y urgente necesidad, que requieren la convalidación del Congreso de los Diputados (art. 86 CE).

– Los decretos legislativos, dictados por el Gobierno del Estado (art. 82 CE) o por los gobiernos de las Comunidades Autónomas siguiendo pautas análogas. Estas normas requieren la previa delegación (mediante una ley de bases que permita la redacción de un texto articulado) o autorización (mediante ley ordinaria cuando se autoriza la refundición de textos legales) del Poder Legislativo para que la norma tenga validez y eficacia legales.

5. El *Reglamento*, disposición general emanada de la Administración pública, sea estatal, autonómica, provincial, municipal u otra local, en sus diferentes formas de expresión: Decretos, Órdenes, reglamentos, ordenanzas, bandos, etc.

6. El *Convenio colectivo*, celebrado por los representantes de los empresarios y trabajadores para la regulación de las condiciones de trabajo en un determinado sector y que tiene la plena fuerza vinculante que le otorga directamente la ley, incluso para terceros que no lo hayan suscrito (art. 37.1 CE).

7. La *costumbre*. Nos referimos aquí a la costumbre que menciona el art. 1.3 del Código Civil y que despliega sus efectos en las relaciones privadas. En el ámbito del Derecho público español, ni la Constitución menciona la costumbre como posible fuente del Derecho, ni la LOTC prevé el control de las normas consuetudinarias; sólo contemplan, como sistema de prevalencia del Derecho escrito que es, la existencia de normas jurídicas con rango de ley o reglamentario. Únicamente en el constitucionalismo británico la costumbre desempeña una función relevante como fuente.

8. Los *principios generales del Derecho* (art. 1.4 del Código Civil), que se aplican en defecto de la ley o de la costumbre.

No son fuentes del Derecho ni la doctrina científica, ni los Tratados Internacionales no publicados oficialmente, como tampoco lo son la costumbre constitucional o las convenciones, usos o pactos entre los poderes constitucionales, como, por ejemplo, la celebración de los debates del estado de la Nación en el Congreso o del estado de las autonomías en el Senado; ni tampoco las jurisprudencias del Tribunal Constitucional (aunque de hecho se integra y equipara con la propia Constitución que interpreta), del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Tampoco son fuentes del Derecho las circulares administrativas, las resoluciones o actos administrativos, o los contratos.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO.

##### 4.1. La Constitución como principal fuente del Derecho. La supremacía de la Constitución.

La Constitución es la principal fuente del Derecho, la norma suprema del ordenamiento jurídico, la norma de las normas (*norma nor-*

*marum*). Es, pues, una auténtica norma jurídica que desempeña tres funciones esenciales: En primer lugar, configura y ordena los poderes del Estado que ella misma construye; por ello, se la ha definido como la ley fundamental de organización. En segundo término, establece los límites formales al ejercicio del poder estatal. Y, finalmente, define los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos como un límite al poder del Estado y le establece los objetivos y las prestaciones que debe cumplir o realizar en beneficio de la comunidad.

De la naturaleza normativa de la Constitución se extraen dos importantes consecuencias:

a) Todas las demás fuentes nacen o encuentran respaldo en ella. Por eso, cualquier norma y todo el ordenamiento jurídico en su conjunto han de interpretarse conforme a la Constitución. La Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, por lo que una ley o un reglamento serán válidos y vinculantes si se dictan conforme a lo dispuesto en aquélla. Así contemplada, la Constitución es la primera de las normas de producción, la fuente de todas las fuentes.

b) La Constitución prevalece sobre todas las demás fuentes o, lo que es lo mismo, sobre el resto del ordenamiento jurídico. El texto constitucional ocupa el vértice superior de la pirámide de normas, por lo que no puede ser contradicha por las normas inferiores. Su cualidad de *lex suprema* se marca en el artículo 9. 1 CE: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

La inexistencia de una tradición constitucional española llevó a la doctrina mayoritaria a negar que la Constitución fuera una ley –mucho menos, superior– y a afirmar que, salvo en la parte encargada de regular directamente las instituciones del Estado (la parte orgánica), sólo era un programa político, sin fuerza vinculante, un simple *desideratum*.

Como hemos apuntado en el Capítulo I, la idea de “Constitución” surgió en occidente a finales del siglo XVIII, vinculada a las teorías liberales, concretamente en los Estados Unidos y en Francia, como disposición que “constituye” o crea un Estado desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido. Su fundamento está en la soberanía del pueblo o de la comunidad nacional y expresa las teorías del pacto o contrato social de finales del siglo XVIII que defiende la Ilus-

tración; estas teorías encuentran sus primeras experiencias prácticas en los momentos en que los colonos americanos rompen los lazos de obediencia con el Rey inglés al haberles negado éste sus derechos a votar los impuestos, a ser juzgados por los pares o a la libertad religiosa, o en la Revolución francesa. La Constitución aparece como fuente de legitimidad del nuevo poder y del Derecho. De esta manera tan expresiva se recoge en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”.

El movimiento constitucionalista proclama que la Constitución es una decisión libre del pueblo entero por medio de la cual la comunidad, primero, establece un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su funcionamiento y, segundo, garantiza que el propio pueblo participará en esa estructura, de tal forma que los ejércitos del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y las funciones de tales servidores quedan limitadas sin que puedan introducirse en las zonas reservadas a la autonomía privada de los individuos (las libertades y derechos fundamentales). El poder público así considerado es una construcción de la sociedad o del pueblo, al que sirve y en cuyas zonas reservadas a su libertad no puede entrar. Estas ideas yacen en el famoso inicio de la Constitución de Estados Unidos: *We, the people of the United States... do ordain and establish this Constitution*, y también podemos encontrarlas en el preámbulo de la Constitución de 1978.

En este concepto de Constitución aparecen claramente reflejados estos principios: el principio de autodeterminación política de la Comunidad, que otorga un carácter originario y no derivado a la Constitución, y el principio de limitación del poder, que niega todo poder absoluto o ilimitado.

En las ideas expuestas por Locke, Hobbes y Rousseau acerca del pacto o del contrato social, el Estado es una forma de asociación que defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado. El constitucionalismo recoge el pensamiento iusnaturalista y proclama que el hombre es titular de unos derechos innatos anteriores al propio Estado que éste debe respetar, garantizar y hacer

efectivos como primera de sus funciones. El Estado ni puede, ni debe transgredir estos derechos, por lo que el poder debe ser limitado.

Sin embargo, este preciso concepto de Constitución pronto sufrió en Europa un fuerte embate desde la derecha conservadora y la izquierda. Desde la derecha, porque las monarquías restauradas tras la derrota de Napoleón Bonaparte o bien otorgan “cartas constitucionales” o bien tratan de volver al concepto medieval de pacto entre la Corona y el Pueblo, con lo que niegan el origen popular de la Constitución al tiempo que dotan a ésta de un contenido retórico. El monarca se sitúa en una posición pre y supraconstitucional con un poder constituyente. Desde la izquierda hegeliana y marxista, la Constitución no es sino la norma formal emanada del poder real o una superestructura del capitalismo. En palabras de Ferdinand Lasalle (1862), que todavía se emplean en ocasiones para criticar la ineficacia social de las constituciones, la Constitución sólo es una mera hoja de papel, pues lo que cuenta es la Constitución real y efectiva, expresión con la que se describen las relaciones fácticas de poder.

Estos dos embates son decisivos y provocan que durante todo el siglo XIX y hasta la segunda postguerra del XX, la Constitución no sea reconocida como una norma jurídica con un origen y un contenido determinados y, por lo tanto, no pueda ser invocada ante los Tribunales.

Pero tras la II Guerra Mundial, y a la vista de los horrores que se descubren bajo el totalitarismo nacionalsocialista y más tarde de los regímenes marxistas, el movimiento constitucionalista democrático retorna con más fuerza y perfila la idea de la Constitución como la norma suprema del pueblo soberano, que garantiza los derechos y libertades fundamentales del individuo y que se impone a todos los poderes públicos, de modo que éstos no pueden ni desconocerla ni incumplirla.

En esta nueva fase histórica, los mandatos de la Constitución no admiten, por tanto, excepciones y se dirigen a todos, tanto órganos del poder como particulares. La Constitución vincula a todos, sean autoridades o ciudadanos, porque nadie puede situarse más allá de la voluntad del pueblo. Y, precisamente, por su carácter de mandato global y originario, la Constitución se convierte en la primera de las normas.

Pero, dada su condición innegable de decisión fundacional del pueblo, la Constitución tiene una vocación de permanencia o de duración que le asegura una superioridad sobre las restantes normas. Esta idea de la permanencia hace que se haya distinguido entre un poder constituyente, que es el autor de la Constitución, y los poderes constituidos, que son los autores de las demás normas. A su vez, esta distinción conduce al concepto de la “rigidez constitucional”, puesto que si se quiere vulnerar o desconocer la Constitución sólo puede actuarse mediante su previa modificación por los procedimientos que ella misma impone y que son más exigentes que los establecidos para la modificación de las leyes. La Constitución goza así de una superlegalidad, tanto formal (ninguna norma puede alterarla) como material (sus disposiciones se imponen a las normas de los poderes constituidos). Las normas de los poderes constituidos sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo la forma de producción de las leyes, sino también el cuadro de valores y de limitaciones al poder que la Constitución recoge. Y cualquier decisión normativa que pretenda o implique salirse del marco constitucional tendrá que ir precedida, so pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus propios cauces.

Lógicamente, este carácter normativo y vinculante se predica también de la Constitución de 1978. Así:

a) La Constitución es parte del ordenamiento jurídico (art. 9.1). Y dentro de este ordenamiento, desempeña unas funciones análogas a las que tienen el cerebro y el sistema óseo en el cuerpo humano. La Constitución es el pensamiento supremo y permanente del pueblo, pero también es el fundamento y la base del ordenamiento jurídico, su columna vertebral y su cúspide.

b) Como tal norma suprema, la Constitución condiciona la validez de todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Incluso, llega a afirmarse, siguiendo los modelos norteamericano y alemán, que toda norma inferior a la Constitución debe ser interpretada conforme a ésta. Surge así el *principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución*. Si una norma admite varias interpretaciones, debe elegirse aquélla que mejor se ajuste al texto constitucional y desecharse cualquier interpretación que lleve a un resultado contrario a lo querido por la Constitución. Asimismo, procede

declarar la invalidez de las normas que sean contrarias a la Constitución, tarea que compete al Tribunal Constitucional [arts. 161.a), 163 y 164] y a la jurisdicción ordinaria en el caso de disposiciones de rango inferior a la ley.

c) Es un conjunto de normas con distinto alcance según unos preceptos u otros: relativos a órganos constitucionales, a derechos fundamentales y libertades públicas, a derechos y deberes y a principios rectores de la política económica y social (artículo 53 CE). Sin embargo, su distinto alcance en modo alguno supone que sólo se apliquen los preceptos que establecen la organización del Estado. En todos y cada uno de sus preceptos, existe la misma fuerza vinculante para los poderes públicos y los ciudadanos.

d) Es una norma directamente aplicable en todo lo relativo a los derechos y deberes fundamentales, la mayor parte de los cuales son tutelados por los órganos judiciales o incluso por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Incluso las particularidades citadas en el artículo 53.3 CE respecto de los principios rectores de la política económica y social son de obligado cumplimiento para los poderes públicos, puesto que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por tanto, no puede afirmarse que, en materia de derechos de los ciudadanos, la Constitución tenga un simple carácter programático, porque, en modo alguno, puede dejar de ser cumplida. Es un conjunto de reglas jurídicas que pueden y deben ser, y de hecho son, impuestas por los poderes públicos, especialmente por los órganos judiciales, a todos sin excepción (legisladores, administradores, juzgadores y ciudadanos).

Todas estas ideas se encuentran perfectamente recogidas en el art. 5 LOPJ, texto legal de notable relevancia porque regula, entre otras cuestiones, la función de los jueces en el Estado. Este precepto dispone que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos”.

### 4.3. La eficacia derogatoria de la Constitución.

Como norma directamente aplicable, la Constitución deroga otras normas contrarias a ella y que estaban contenidas en la legislación precedente. El texto constitucional contiene una disposición derogatoria en la que, tras una abrogación expresa de la Ley de 4 de enero de 1977, para la reforma política, y de las Leyes Fundamentales del régimen franquista, finaliza con la genérica cláusula “asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución”.

Los efectos derogatorios de la Constitución pueden ser invocados ante la jurisdicción ordinaria, para oponerse a la aplicación de una ley preconstitucional.

Pero no debe confundirse esta eficacia derogatoria, extensible únicamente a la legislación anterior a la Constitución y que puede ser declarada por los jueces y tribunales, con la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución y contrarias a ella. Estas leyes posteriores a su entrada en vigor son susceptibles de declararse inconstitucionales y, en consecuencia, nulas e inaplicables; pero aquí sólo el Tribunal Constitucional es el competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, bien porque se interpone ante él un recurso directo, denominado de inconstitucionalidad, bien porque los jueces o los tribunales planteen, a través de las conocidas como “cuestiones de inconstitucionalidad”, una duda sobre la validez constitucional de una ley que tengan que aplicar en un proceso judicial.

## 5. UNA MENCIÓN A LA JURISPRUDENCIA.

### A) *Conceptos amplio y restringido de jurisprudencia.*

La expresión “jurisprudencia” proviene de los términos *prudentia* y *iuris* y significó para los romanos “conocimiento del Derecho”. Hoy tiene una concepción distinta y una importancia trascendental: viene a constituir, en realidad, la plasmación viva del ordenamiento al ser la forma en que éste se aplica a los sujetos jurídicos en caso de conflicto.

Tradicionalmente, se han distinguido dos acepciones de la palabra “jurisprudencia”:

a) En un sentido amplio, jurisprudencia es la doctrina que emana de cualquier tribunal, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho.

b) En un sentido estricto, es, conforme al art. 1.6 del Código Civil, la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En esta concepción estricta, para que se hable de jurisprudencia han de cumplirse cuatro requisitos:

– Debe tratarse del Tribunal Supremo;

– La doctrina ha de establecerse de modo reiterado en dos o más sentencias;

– La doctrina ha de hacer referencia a la materia o sector del Tribunal Supremo de que se trate (orden civil, penal, contencioso-administrativo, social o militar);

– El criterio fijado debe pertenecer al núcleo decisorio de la sentencia (*ratio decidendi*) o, expresado en términos negativos, no debe constituir un dicho de pasada (*obiter dicta*).

Hoy, a partir de la Constitución de 1978, se habla también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional e, incluso, de la jurisprudencia “menor”, constituida por la doctrina que reiteradamente dictan los tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en materias sobre las que ya no puede pronunciarse el Tribunal Supremo. Aunque también los Tribunales ordinarios interpretan y aplican la Constitución, es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la misma, según establece el art. 1 LOTC.

### *B) La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico.*

Históricamente, la jurisprudencia ha tenido una gran importancia, siendo reconocida en muchos casos como verdadera fuente del Derecho.

Sin embargo, tras el triunfo de la Revolución francesa y, con ella, del principio de primacía de la ley, la jurisprudencia sufrió en los países de tradición romanística (Estados latinos y germánicos) un importante retroceso. La doctrina revolucionaria, de acuerdo con el principio

de separación de poderes, distinguía la creación de la norma, encargada al órgano legislativo, de su mera aplicación, encomendada al poder judicial. De este modo, no se consideró la jurisprudencia como fuente del Derecho. Este planteamiento se recogió en el art. 1.6 del Código Civil español, tras su reforma de 1974, donde se afirma que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Con la expresión “complementará” se excluye la jurisprudencia del ordenamiento jurídico, de la que no es fuente, si bien se reconoce que no siempre es posible la simple subsunción del hecho en la previsión de la norma o de que, en ocasiones, no basta con ella.

La jurisprudencia no crea formalmente el Derecho, sino que lo interpreta y aplica. Esta aplicación se verifica, además, con una eficacia limitada a los litigantes, y no con eficacia general. Ahora bien, es innegable que, al interpretar el Derecho, el Tribunal Supremo (y ahora, los Tribunales Superiores de Justicia en las cuestiones de su competencia) añaden criterios de desarrollo de la norma o elementos de creación en la misma, reformulándola, con lo que materialmente sí crea Derecho y asigna a la norma su sentido y alcance al tener que razonar su aplicación. No es extraño, pues, que se haya llegado a decir que la verdadera fuente del Derecho es la “ley jurisprudencialmente interpretada”, hasta el punto de que un conjunto sistematizado de doctrina jurisprudencial sustituya, en la mayor parte de los casos, sobre todo por su practicidad, la mejor biblioteca de autores.

En la tradición anglo-americana, diferente de la romanística, el Derecho se consolida en torno a los precedentes judiciales (Derecho del caso). La jurisprudencia es la principal fuente del Derecho y se atribuye una fuerza vinculante al criterio con que el mismo u otro tribunal han resuelto previamente casos semejantes al que es objeto de deliberación. Esta regla se conoce como *stare decisis* y determina que, en buena medida, el Derecho de estos países se haya creado judicialmente, así como que el sistema jurídico se construya en contacto muy directo con la realidad de los problemas. El principio opera tanto en el plano vertical o jerárquico, como horizontalmente. En el vertical, exige que los tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio adoptado por

los de rango superior, mientras que horizontalmente vincula a los propios tribunales en el sentido de sus decisiones anteriores. Sin embargo, el sistema tiende en los últimos decenios, y sobre todo en Inglaterra, a hacerse más flexible por dos causas:

a) Cada vez se reclama un mayor protagonismo de la ley y una subordinación del *stare decisis* al ideal de justicia, que es un concepto cambiante con el paso del tiempo.

b) Si bien parece que, inicialmente, este sistema da mayor libertad al juez, finalmente termina por quitársela al dejarlo vinculado al precedente, sin poder para introducir elementos correctores de las decisiones anteriores menos justas.

Hoy, la legislación española reguladora de los procesos judiciales se encamina a la consideración de la jurisprudencia como una fuente material del Derecho. Incluso puede afirmarse que se ha producido un relativo, pero innegable, acercamiento al sistema anglosajón del precedente judicial vinculatorio.

En el ámbito procesal civil, es suficiente la lectura de la exposición de motivos de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para darse cuenta de su intento por salvar las fuentes formales del Derecho –la ley y las demás–, para, acto seguido, realizar una apología de “la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singularidad jurídica”. Su art. 477 establece que el recurso de casación por infracción de las normas sustantivas y no procesales podrá interponerse ante el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia contra las sentencias de órganos judiciales inferiores, fundándose en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. La Ley procesal viene, pues, a dotar a la jurisprudencia de todos los efectos predicables a las fuentes del Derecho, puesto que sólo si a la jurisprudencia se le reconoce valor normativo cabrá admitir la existencia de un recurso de casación por su infracción, con lo que la jurisprudencia sería parte del ordenamiento jurídico. Pero es, sobre todo, en el recurso en interés de ley contemplado en su art. 490 donde la jurisprudencia se convierte en una auténtica norma pública y obligatoria para terceros, aunque limitada al ámbito de lo procesal y no de lo sustantivo. La Ley deja este recurso en manos del Ministerio Fiscal, del Defensor del Pue-

blo y de las personas jurídicas de Derecho Público, con la finalidad de unificar la doctrina jurisprudencial respecto de sentencias que hayan resuelto recursos extraordinarios por infracción de la ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia hayan sostenido criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. La sentencia recaída con motivo de este recurso fija la doctrina jurisprudencial y el fallo se publica en el Boletín Oficial del Estado, con lo que, a partir de su publicación, “complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes del Tribunal Supremo” (art. 493).

Algo similar ocurre en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (LJCA), mantiene el recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, por *infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia* que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1). Asimismo, la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto contra pronunciamientos judiciales distintos cuando los hechos y las pretensiones sean iguales, da lugar a un pronunciamiento general ajustado al Derecho, modificando declaraciones ya efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida (arts. 96 y 98 LJCA). Finalmente, el recurso de casación en interés de ley se reserva a las Administraciones públicas y al Ministerio Fiscal cuando estimen que una sentencia dictada en aplicación de una norma, es errónea y gravemente dañosa para el interés general. En este último caso, la sentencia estimatoria que se dicte fijará el fallo de la doctrina legal, se publicará en el Boletín Oficial del Estado (o de la Comunidad Autónoma) y, a partir de su inserción, vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional (arts. 100.7 y 101.4).

También el propio Tribunal Constitucional español, a partir del principio de igualdad, ha elaborado una doctrina que supone la introducción del modelo del precedente judicial, aunque si bien de una forma mucho más débil. En sus sentencias, el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando una decisión judicial se aleja de lo dispuesto en

otra dictada en un caso igual, el juez debe justificar tal fallo, ya que de otro modo se lesionaría el principio de igualdad ante la ley contenido en el art. 14 CE. De cualquier modo, el Tribunal ha manifestado que el principio de igualdad es “predominantemente formal”, ya que exige, no que una ley se interprete siempre del mismo modo, sino que la diferencia entre las resoluciones esté justificada “en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal”, sin que el propio Tribunal pueda entrar a valorar estas razones.



## CAPÍTULO XIX

### **LOS TRATADOS INTERNACIONALES. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO.**

*SUMARIO: 1. Las relaciones internacionales.- 2. Los Tratados Internacionales.- 3. El ordenamiento comunitario europeo.- 4. La Constitución Europea.*

#### **1. LAS RELACIONES INTERNACIONALES.**

La Constitución española de 1978 no es ajena a la importancia de las relaciones internacionales entre Estados. Ya su preámbulo aclara que uno de los fines que persigue la Nación española consiste en colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre los pueblos de la Tierra.

Las formas de colaboración internacional pueden ser muy variadas: acuerdos y convenios entre Estados, confederación, integración en organizaciones supranacionales...

El texto constitucional dedica el Capítulo Tercero del Título III (De las Cortes Generales) a los Tratados Internacionales. No es ésta, sin

embargo, la única mención que la Constitución hace a las relaciones internacionales. Además del preámbulo, cabe recordar que:

– El Rey asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales (art. 56.1 CE). A estos efectos, el Rey acredita los embajadores y otros representantes, mientras que los representantes extranjeros en España están acreditados ante él. Y al Rey le corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de Tratados y, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz (art. 63 CE).

– El Gobierno dirige la política exterior (art. 97 CE).

– El Estado central tiene competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3.2ª CE).

La Constitución prevé tres tipos de relaciones exteriores del Estado español:

a) La atribución a organizaciones o instituciones internacionales del ejercicio de competencias constitucionales. Es decir, la posibilidad de que el Estado ceda parte de su soberanía a una organización supranacional que luego ejercerá funciones propias de un Estado. Este tipo de relaciones se prevé en el art. 93, precepto pensado sobre todo para la integración del Estado español en la Comunidad Europea. Tales relaciones han de ser autorizadas mediante Ley Orgánica y la garantía del cumplimiento de las resoluciones emanadas de estos organismos internacionales o supranacionales corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno.

b) La celebración de tratados o convenios internacionales de cierta entidad material, previa autorización de las Cortes Generales.

c) La conclusión de otros tratados o convenios diferentes de los anteriores y, por tanto, de menor entidad, en los que basta con que el Gobierno informe inmediatamente al Congreso y al Senado (art. 94.2 CE).

## 2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

### A) *Concepto.*

Un tratado es un acuerdo internacional celebrado por Estados entre sí o por Estados con otros sujetos públicos, y regido por el Derecho in-

ternacional público, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.

La forma de celebración no es lo determinante (pueden ser escritos u orales, plasmarse en instrumento único o en varios...), ni tampoco su denominación (que adopta diversos nombres: acuerdos, convenios, pactos, estatuto, carta, canje de notas...). Lo decisivo es que el acuerdo de voluntades que constituye el tratado esté regido por el Derecho internacional público, y no por otro ordenamiento distinto. Si los Estados celebran acuerdos privados internacionales como meros particulares, su regulación se hallará en las normas del Derecho internacional privado y, por tanto, no serán tratados.

*B) Los tipos de tratados internacionales en la Constitución de 1978.*

El art. 94 CE se refiere a los tratados internacionales, con la finalidad de incorporar al ordenamiento interno una norma que ha sido pactada por el Estado español con otro u otros Estados.

Como ya hemos apuntado, este artículo distingue dos tipos de tratados por razón de la materia: los unos, los de mayor entidad, exigen la manifestación de voluntad de las Cortes Generales, mientras que para los otros se habilita al Gobierno en exclusiva para su celebración sin intervención de las Cortes.

El art. 94.1 exige la autorización previa de las Cortes Generales en los siguiente casos en que el Estado preste su consentimiento para obligarse:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

Para los demás tratados, la Constitución se limita a afirmar que la competencia para celebrarlos corresponde al Gobierno, que informará

inmediatamente de la conclusión de los mismos a las Cortes Generales (art. 94.2 CE).

*C) Las relaciones jurídicas entre la Constitución y los tratados internacionales.*

Las relaciones jurídicas entre la Constitución y los tratados internacionales se rigen por el principio de jerarquía. Los tratados se subordinan a la Constitución, como se desprende del art. 95 CE. En su primer número, la norma constitucional dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Por tanto, el Estado se encuentra impedido para suscribir un tratado que sea contrario a la Constitución si antes no se revisa ésta, por lo que, si no se revisa, pero sí se firma, el Tratado devendrá inconstitucional. El número segundo habilita al Gobierno, al Congreso o al Senado para requerir al Tribunal Constitucional que dicte si existe o no esa contradicción. Se trata de un control previo de constitucionalidad, dirigido no tanto a que el Tribunal Constitucional impida la creación de Derecho contrario a la Constitución, sino a que indique la vía correcta para la creación de ese Derecho.

El Gobierno empleó esta posibilidad antes de la ratificación del Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht en 1992. El Tribunal Constitucional, en su Declaración de 1 de julio de 1992, llegó a la conclusión de que existía una contradicción que requería la reforma del art. 13.2 CE, única reforma constitucional efectuada hasta ahora, que se llevó a cabo en agosto de 1992. En esta reforma se añadió el inciso “y pasivo” que figura en el citado art. 13.2 de la Constitución.

También la superioridad de la Constitución sobre los tratados internacionales se refleja en los arts. 27.2 y 38 LOTC. Ambos preceptos prevén la posibilidad de recurrir un tratado ya concluido y publicado ante el Tribunal Constitucional y le otorgan competencia para dictar una sentencia con los efectos que tienen las sentencias pronunciadas en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (recurso y cuestión de inconstitucionalidad).

*D) Las relaciones entre los tratados internacionales y la ley.*

Las relaciones jurídicas entre los tratados internacionales y la ley revisten una mayor complicación, sobre todo a partir de la diferencia-

ción entre los tratados del art. 94.1 y los del art. 94.2 CE. Básicamente, puede afirmarse que únicamente los tratados contemplados en el art. 94.1 CE modifican directamente las leyes y prevalecen sobre ellas. Sin embargo, todos los tratados, sin excepción, son inderogables por las leyes. Así lo establece el art. 96.1 CE, al señalar que las disposiciones de los tratados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

De este modo, los tratados publicados oficialmente asumen un rango *sui generis*, en cierta forma superior al rango jerárquico de las leyes en cuanto que su derogación, modificación y suspensión se tiene que sujetar a un procedimiento especial.

*E) La incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento interno.*

Los tratados internacionales deben cumplir dos requisitos para formar parte del ordenamiento interno español: en primer lugar, han de estar válidamente celebrados, y, en segundo lugar, deben publicarse oficialmente en España (art. 96.1 CE).

El primero de los requisitos demanda que el tratado se celebre por la autoridad competente con arreglo a las formalidades de celebración que se requieren. Sólo puede obligarse quién puede hacerlo y en la forma preestablecida, y con quién también pueda hacerlo por la otra parte.

En cuanto al segundo requisito, la Constitución sigue la tradición española en la materia consistente en exigir simplemente la publicación del tratado para su incorporación al Derecho interno sin necesidad de ningún acto adicional por algún órgano del Estado. Con la publicación en el BOE, las normas del tratado se convierten de manera automática en normas internas, que vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos exactamente igual que aquéllas que son producto exclusivamente de los órganos constitucionales del Estado con capacidad normativa.

El art. 1.5 del Código Civil dispone que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no se aplicarán directamente en España, en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación en el BOE.

No debe olvidarse, finalmente, el art. 10.2 CE, en cuya virtud las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 diciembre 1948) y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (en especial, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de diciembre de 1950, y ratificado por el Estado español por Instrumento de 26 de septiembre de 1979). Con la entrada en vigor de la nueva Constitución para Europa, los derechos fundamentales se interpretarán conforme a lo dispuesto en el art. 7 de su Parte I y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, contenida en los cincuenta y cuatro artículos de su Parte II.

### **3. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO.**

#### **3.1. El proceso de unidad europea: de las Comunidades Económicas Europeas a la Unión Europea.**

La idea de una Europa unida no es nueva. Hay muchos precedentes modernos en Napoleón, Churchill, Salter, Schuman, etc, todos ellos interesados en crear un superestado o unidad política europea englobadora de los distintos estados europeos.

La Comunidad Europea –más recientemente llamada “Unión Europea”– es un reflejo parcial de este anhelo unitario. Tal unidad política, jurídica y económica surge paulatinamente después de la II Guerra Mundial, como resultado de la celebración de tres tratados internacionales, modificados en varias ocasiones posteriores:

– El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951. Es el germen de la Comunidad Europea. Nació bajo el impulso de Monnet y de Schuman, para resolver los concretos problemas de la falta de carbón y acero y del enfrentamiento entre Francia y Alemania acerca del Sarre, zona minera que dificultaba las relaciones franco-alemanas.

– El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Es el principal tratado, pilar normativo de la actual Comunidad o Unión Europea, hasta el punto de que todo su contenido y sus posteriores modificaciones se verán sustituidos en 2004 por el Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa.

– El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM), firmado en el mismo lugar y fecha que el anterior.

Básicamente, los tres Tratados defendieron cuatro libertades básicas en el orden económico: la libertad de circulación de mercancías, la libertad de desplazamiento de trabajadores, la libertad de establecimiento de capitales y la libertad de circulación de capitales.

Estas tres comunidades europeas iniciales, de naturaleza originariamente económica, han evolucionado poco a poco hacia una unidad política y económica más intensa, que tanto el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (1992), que se suma a los tres anteriores por tener sustantividad propia, como el Tratado por el que se aprueba la Constitución para Europa (2003-2004), llaman hoy “Unión Europea”, dotada de personalidad jurídica. Junto a la Unión Europea está también el Espacio Económico Europeo (EEE), que suma países de la Asociación Europea del Libre Comercio (EFTA) a los del mercado único (entre ellos, el principal es Suiza).

La Comunidad Económica Europea (CEE) se formó inicialmente por Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y la República Federal de Alemania (RFA). A ella se añadieron luego Dinamarca, Irlanda y Gran Bretaña, en 1973; Grecia en 1981; Portugal y España en 1986; y Austria, Suecia y Finlandia en 1995. En mayo de 2004 lo harán diez países de este de Europa: Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia. De este modo, la nueva Unión Europea quedará conformada por veinticinco Estados europeos y más de 500 millones de habitantes. Permanecen todavía como candidatos Bulgaria, Rumania y Turquía, aun cuando nadie olvida ningún otro estado o país europeo comprendido entre el Atlántico y los montes Urales.

La Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, autorizó la adhesión del Estado español a las Comunidades Europeas, adhesión negociada y regulada en el Tratado hecho en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985 para ampliar la CEE, la CEEA y la CECA. La incorporación española se produjo el 1 de enero de 1986, después de seis años de largas negociaciones (1979-1985).

Después de su nacimiento primordialmente económico, la Comunidad Económica Europea experimentó estos importantes avances hacia la unidad política europea, con la consiguiente ampliación de las competencias comunitarias:

a) El *Acta Única Europea*, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. Este tratado propuso, a partir de los tres tratados constitutivos, transformar el conjunto de las relaciones entre los estados en una “Unión Europea” (denominación que aparece por primera vez), en cuanto organización política supranacional fundada en los valores de la democracia y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como en los principios de libertad, igualdad y justicia social. Como puede verse, este tratado supone una apuesta de los Estados miembros por el Estado democrático y de Derecho; apuesta que se irá reiterando de una forma más decidida en los sucesivos tratados.

El Acta Única Europea: a) Institucionalizó el Consejo de Europa, formado por los jefes de Estado o de Gobierno de los estados miembros, que, junto con el Presidente de la Comisión y asistido por los ministros de asuntos exteriores, se reunirá dos veces al año. Este Consejo se convirtió en el superior ente político y director de la Comunidad Europea, con funciones constitutivas, transformándose, a partir de este momento, en el principal sujeto activo y público de la política constitutiva y organizativa de la nueva comunidad supranacional resultante; b) en el ámbito de las instituciones comunitarias, posibilitó la creación de un órgano jurisdiccional agregado al Tribunal de Justicia: El Tribunal de Instancia, encargado de conocer en primera instancia determinados recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas (cumpliendo este mandato, el 24 de octubre de 1988 se creó el Tribunal de Justicia de Primera Instancia, compuesto por doce Jueces, uno por cada Estado miembro, cuyo mandato es de seis años); c) fijó un plazo pa-

ra conseguir la existencia de un mercado único interior en el que la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales quedara garantizada efectivamente desde el 1 de enero de 1993, en un espacio sin fronteras interiores, al tiempo que se modificaban ciertas competencias de los órganos comunitarios; y d') la Asamblea pasó a llamarse "Parlamento Europeo".

b) El *Tratado de Unión Europea*, inicialmente conocido como "Tratado de Maastricht", por haberse debatido en esta ciudad holandesa el 7 de febrero de 1992. Está considerado como el principal avance en el proceso de unidad europea: configura la unión europea del futuro, prevé la creación de la ciudadanía europea, pone las bases de la moneda única, crea el Fondo de Cohesión, amplía el poder del Parlamento Europeo...

En virtud de este tratado se constituyó la Unión Europea, una unión política de Estados, sin personalidad jurídica, que se configuraba como un paso más en la unión entre estados europeas, precedente a una forma federal hoy lejana: los Estados Unidos de Europa o Federación de Estados europeos. A partir de él, la Comunidad pierde su adjetivo de "Económica" y se convierte en la Comunidad Europea.

Entre los principios fundacionales del Tratado de Unión Europea podemos destacar los siguientes:

a') El principio de continuidad: la Unión se configura como una continuación de las Comunidades europeas preexistentes.

b') El principio de mantenimiento del acervo comunitario, esto es, la continuidad de las disposiciones recogidas tanto en el Derecho originario como del derivado, al que poco más adelante nos referiremos.

c') La defensa del Estado democrático de Derecho como forma política ideal, merced a la consagración de la democracia liberal como sistema de gobierno y al respeto y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales garantizados en el Convenio Europeo de Roma (1950).

d') El principio de subsidiariedad, en virtud del cual la misión de la Unión no es sustituir la actividad de los Estados miembros, sino hacer posible esa actividad estatal y ordenarla y suplirla sólo cuando sea menester. La Unión ha de actuar dentro de los límites de las compe-

tencias que le atribuye el Tratado. En los demás ámbitos únicamente puede intervenir en la medida en que los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados miembros y pueden lograrse mejor en el nivel comunitario.

e') La unidad económica y monetaria. Para ello se prevé crear un mercado económico sin fronteras interiores, la coordinación de las políticas económicas públicas y el establecimiento de una unión monetaria con el "euro" como moneda única y un Banco Central Europeo.

f') La cohesión económica y social, que es una reformulación del principio de solidaridad entre los Estados miembros. Persigue alcanzar un equilibrio económico entre los diversos Estados, de modo que se reduzcan las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas. Implica la potenciación de los fondos estructurales (FEOGA y FEDER), la creación de un Fondo de Cohesión que aporte financiación a proyectos relacionados con el medio ambiente y las redes transeuropeas, y un severo control sobre los Estados miembros para que éstos reduzcan el déficit público.

g') La potenciación de una política exterior y de seguridad común, que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa militar común a través de la Unión Europea Occidental (UEO), en colaboración con la Alianza Atlántica (OTAN).

h') La cooperación en la justicia y en los asuntos de interior, para lograr la seguridad interior de cada Estado y la persecución de los delitos. Entre los medios de cooperación se cita la creación de una Oficina Europea de Policía, la "Europol".

i') La limitadísima previsión de una ciudadanía europea única, constreñida únicamente a la libre circulación por el territorio de los Estados miembros, a ser elector y elegible tanto en las elecciones municipales del Estado miembro en que se resida en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado, como en las elecciones al Parlamento Europeo, a la protección diplomática en cualquiera de los Estados y a formular peticiones ante el Parlamento Europeo y reclamaciones al Defensor del Pueblo instituido al efecto.

c) El *Tratado de Amsterdam*, firmado el 2 de octubre de 1997, y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, una vez ratificado por los Estados.

España lo ratificó en diciembre de 1998. Supuso una modificación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Roma. Planteó reformas institucionales de forma puntual y más modesta. Permitió la potenciación del papel del Parlamento Europeo. Asimismo, introdujo algunos avances en lo relacionado con la ciudadanía y los derechos fundamentales, consolidó el principio de subsidiariedad, desarrolló el control de los incumplimientos estatales y previó una mayor cooperación en aspectos de justicia e interior. Una de sus principales novedades fue la llamada “cooperación reforzada”, donde dibuja los principios generales que permitirán en el futuro a los estados miembros que lo deseen una cooperación más intensa entre ellos a partir de la cesión de competencias nacionales a las instituciones comunitarias.

d) El *Tratado de Niza*, celebrado el 26 de febrero de 2001. Modificó tanto el Tratado de la Unión Europea como los tratados constitutivos de la CEE, la CECA y la EURATOM. El Tratado tuvo gran importancia por modificar las cuotas de poder (el número de miembros y la ponderación del voto) de cada estado miembro en una Europa ampliada de veintisiete estados, afectando sus previsiones a las instituciones comunitarias, pero sobre todo al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo —que tendrá 732 parlamentarios—. Previo la reducción de los miembros de la Comisión Europea, eligiéndose sus componentes según criterios de rotación, población demográfica y geografía. Modificó sustancialmente el Tribunal de Justicia, al que se le otorga la facultad de interpretar el Derecho comunitario por las vías del recurso directo, la cuestión de prejudicialidad y, en el futuro, a través de los recursos de casación y apelación respecto de las decisiones del Tribunal de Primera Instancia; se garantiza un juez por cada estado miembro; se organiza en salas jurisdiccionales; se amplían las competencias del Tribunal de Primera Instancia... Finalmente, el tratado avanzó en la configuración de la cooperación reforzada de los estados miembros que lo deseen.

### 3.2. Las instituciones europeas.

En su origen, cada una de las tres Comunidades Europeas contaba con una organización propia. Posteriormente, la organización de las tres se unificó, contando con un aparato institucional único desde 1965.

Las principales instituciones de la Comunidad o Unión Europea son cinco: el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia.

– El *Consejo Europeo* se perfiló por el Acta Única Europea como la cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, a los que acompañan el Presidente de la Comisión y los Ministros de Asuntos Exteriores. Este órgano cumple una función de impulso político de la Comunidad Europea, resolviéndose en su seno las mayores discrepancias que puedan surgir entre los distintos Estados, tanto por lo que respecta al funcionamiento de la Comunidad como, sobre todo, a su desarrollo. Lo preside el Estado que ostenta la presidencia del Consejo.

– El *Parlamento Europeo* es un órgano de representación de los “pueblos de los Estados”, que eligen a sus miembros por sufragio universal, directo y secreto desde 1979. A pesar de ser una asamblea representativa, el Parlamento Europeo no ejerce la función legislativa: sus misiones básicas son de deliberación y control político sobre la Comisión, así como de aprobación de los Presupuestos de la Comunidad. No obstante, el Tratado de Amsterdam potenció su intervención: co-decide en la aprobación de las normas, interviene en la elección del Presidente de la Comisión, etcétera.

– El *Consejo* de la Unión Europea es un órgano compuesto por representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, con el rango de Ministros competentes por razón de la materia. Este órgano posee el poder último de decisión, contando con la competencia legislativa plena. Aprueba los reglamentos, las directivas, las decisiones y las recomendaciones. Se reúne por áreas de actividad (Economía y Finanzas –Ecofin–, Agricultura, Energía, Transportes, etcétera), o como Consejo de Asuntos Generales, compuesto por los Ministros de Asuntos Exteriores. Sus decisiones se adoptan por unanimidad, mayoría cualificada o mayoría simple. La mayoría cualificada, en que cada estado miembro tiene un voto ponderado, garantiza que no se adopten decisiones, por un lado, en contra de la voluntad de los estados grandes y, por otro, sin tener en cuenta los intereses de los estados más pequeños. Esta presidido, cada seis meses, de forma rotatoria entre los estados miembros. El Consejo está asistido por un Comité de Representantes

Permanente (COREPER), formado por embajadores de cada país, cuya función es preparar sus reuniones.

– La *Comisión* es una especie de “poder ejecutivo” de la Comunidad, que actúa con independencia respecto de los estados miembros y asegura el cumplimiento de los tratados en el día a día. Viene a ser la Administración estable de la Unión Europea, integrada por más de treinta direcciones generales y formada por funcionarios públicos de los distintos países. Puede adoptar las decisiones que le atribuye el Consejo, incluidas medidas normativas por delegación (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones...). Asimismo, cumple una importante función de impulso de la integración mediante la presentación de propuestas de distinta naturaleza al resto de las instituciones comunitarias. Pero también se encarga de garantizar el respeto del ordenamiento comunitario por los estados miembros y, de esta forma, inicia procedimientos por la infracción de las normas, sancionar con multas, gestionar créditos, recurrir al Tribunal, autorizar ayudas nacionales en determinados supuestos... La Comisión está presidida por un colegio de Comisarios, encabezados por un Presidente, cuya designación correspondía antes del Tratado de Amsterdam a los Estados miembros, y después de éste al Parlamento. Las decisiones se adoptan por mayoría.

– El *Tribunal de Justicia* es un órgano jurisdiccional, y por tanto independiente, que garantiza el respeto a los tratados en su interpretación y aplicación tanto por el resto de los órganos comunitarios como por los Estados miembros. Su sede se encuentra en Luxemburgo. Su función es la de resolver aquellos conflictos jurídicos que se plantean en el seno de la Comunidad, sea entre ésta y los Estados miembros, sea entre las propias instituciones comunitarias. Opera a través de cuatro procedimientos: el recurso por incumplimiento, en el que se prevé incluso la posibilidad de imponer multas al estado incumplidor; el recurso de anulación del acto o disposición; el recurso por omisión y el recurso o cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial es un mecanismo que se deja en manos de los jueces nacionales para que éstos puedan plantear al Tribunal de Justicia sus dudas acerca de la validez o interpretación de las normas comunitarias que hayan de aplicar en un litigio real pendiente, o para interpretar una normativa nacional que re-

produzca disposiciones comunitarias. Está integrado por un juez de cada estado miembro, designado por los gobiernos para un periodo de seis años renovables. Las sentencias del Tribunal son obligatorias para sus destinatarios.

Junto a estos órganos comunitarios, se sitúan otros de importancia más relativa, como son:

– El Tribunal de Cuentas, institución creada en 1975, que se encarga de controlar y fiscalizar las cuentas de las demás instituciones y órganos comunitarios. Su objetivo es proteger los intereses financieros de la Unión.

– El Comité de las Regiones, órgano consultivo, creado por el Tratado de la Unión Europea para dar pie a la participación de las regiones y de las entidades locales europeas en el proceso de construcción europea. Debe ser consultado en distintas materias: educación, cultura, juventud, salud, redes transeuropeas, cohesión económica, gestión de fondos estructurales... Asimismo, puede emitir de oficio dictámenes. Sus miembros se designan por el Consejo a propuesta de los estados miembros por un periodo de cuatro años.

– El Defensor del Pueblo Europeo, creado en el Tratado de la Unión Europea a partir de una propuesta española, tiene similares competencias a las que poseen los defensores del pueblo de los estados miembros. Es el elegido por el Parlamento Europeo. Investiga las quejas que, sobre el funcionamiento de los órganos e instituciones comunitarios, le formulan los ciudadanos, excepto el Tribunal de Justicia. No puede controlar la actividad de las Administraciones nacionales.

– El Comité Económico y Social, órgano consultivo que permite la participación de diferentes representantes de la vida económica y social de la Unión. Emite informes y dictámenes, que son preceptivos, pero nunca vinculantes, en los casos que prevén los tratados.

– El representante de la Política Exterior y de Seguridad Común (Mr. PESC), cargo que previó el Tratado de la Unión Europea y que desempeña el Secretario General del Consejo de la Unión Europea.

– El Banco Central Europeo. Dotado de personalidad jurídica, constituye, junto con los bancos centrales de los estados miembros, el “sistema europeo de bancos centrales” (SEBC). Su misión consiste en

definir y ejecutar la política monetaria de la Unión y mantener la estabilidad de los precios.

Finalmente, la Unión ha creado también numerosos organismos especializados encargados de la programación, el análisis o ejecución de ciertas políticas: la Agencia Europea del Medio Ambiente, la Agencia Europea para la Evaluación del Medicamento, la Oficina Europea de Policía, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo...

### 3.3. El ordenamiento jurídico comunitario.

#### A) *La naturaleza del Derecho comunitario.*

La Comunidad Europea en su actuación ha generado un auténtico ordenamiento jurídico obligatorio, que se impone a los Estados miembros. Tal ordenamiento ha de convivir y coordinarse con los ordenamientos de los Estados miembros.

Este Derecho comunitario se caracteriza por ser un Derecho autónomo, uniforme para todos los países miembros de la Comunidad, distinto del Derecho nacional a la vez que superior a éste, y cuyas disposiciones son, en gran parte, aplicables en todos los Estados miembros. Se trata de un Derecho supraestatal o supranacional. No es un Derecho estatal, ni tampoco internacional. Se añade a los Derechos nacionales internos, a los que sustituye en su aplicación en determinadas materias. No deroga el sistema de fuentes del Derecho que existe en cada Estado miembro, sino que se limita a modificarlo puntualmente y a insertarse dentro del sistema estatal, perturbándolo y rompiendo ocasionalmente su lógica interna.

#### B) *Las fuentes del Derecho comunitario.*

El ordenamiento comunitario está compuesto por una variedad de fuentes de alcance y naturaleza distinta, que se reconduce a dos grandes grupos:

a) El *Derecho original constitutivo o primario*, formado por los tratados constitutivos de la Comunidad (tratados CECA, de Roma, EURATOM, Unión Europea, Acta Única, Ámsterdam, Niza...), que actúan como una especie de "constitución" de la Unión y que organizan

la producción de normas jurídicas y las fuentes del Derecho, como suelen hacerlo las Constituciones estatales.

b) El *Derecho derivado*, formado por las normas comunitarias aprobadas por las instituciones de la Comunidad Europea. Los dos instrumentos normativos de carácter general más importantes se denominan Reglamentos y Directivas.

– El *Reglamento*, que no debe confundirse con las normas internas con la misma denominación, puesto que realmente, pese a su denominación, se acercan más a las leyes de la Unión. Posee alcance y efecto directo, inmediato y general. No precisa de ninguna norma interna de los Estados miembros para su integración, ni que se publique en un periódico o boletín oficial del Estado miembro. Su aplicabilidad inmediata y directa se produce desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, aunque caben también Reglamentos de desarrollo. Prevalece sobre cualquier norma estatal y cabe alegarlo ante los tribunales nacionales, los cuales, no obstante, pueden plantear la denominada “cuestión prejudicial” si consideran que son contrarios a los Tratados constitutivos. Pueden provenir del Consejo de la Unión Europea o de la Comisión, en este último caso quedan subordinados a los provenientes del Consejo. El Reglamento es un Derecho nuevo con un efecto rompedor y de desplazamiento del Derecho interno, cuya adopción se prevé expresamente para la viabilidad de algunas libertades básicas y políticas comunes, siendo también utilizado, aun en ausencia de previsiones expresas, sobre la base de los poderes implícitos.

– La *Directiva* es una norma de resultado y un instrumento para armonizar las legislaciones de los Estados miembros.

Es una norma de resultado porque deja a los estados la elección de la forma y de los medios para llegar a él. Por consiguiente, no tiene efecto directo, aunque sí carácter obligatorio. Precisa de su transposición o integración en el Derecho interno, lo que corresponderá hacer a quien en el interior de cada Estado y en función de su propio sistema constitucional de distribución de competencias sea responsable de legislar en la materia de que se trate: en el caso del Estado español, al Estado o a las Comunidades Autónomas, según sus respectivas competencias. La ausencia de efecto directo no es, sin embargo, total porque el Tribunal de Justicia ha señalado que si la Directiva es clara y detallada puede generar dere-

chos aunque no haya sido objeto de transposición al ordenamiento interno e incluso hace derivar la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor. El Tribunal ha señalado también que, durante el plazo de integración de una Directiva, los Estados miembros no pueden adoptar medidas que comprometan los objetivos de aquélla.

La Directiva puede ser general (que es lo más frecuente) o dirigirse a uno o varios Estados. En caso de incumplimiento, además de los efectos indirectos apuntados, la Comisión u otro Estado miembro pueden recurrir ante el Tribunal de Justicia. La emisión de Directivas está prevista como medida armonizadora en numerosos preceptos del Tratado en los ámbitos de: la libertad de establecimiento, prestación de servicios, libre circulación de mercancías y capitales, derecho de la competencia, sociedades, etcétera. Como en el caso de los Reglamentos, puede provenir tanto del Consejo, como de la Comisión.

Junto a estas dos normas principales, existen también la decisión, las recomendaciones y los dictámenes.

– La *decisión* es obligatoria en todos sus elementos, pero su destinatario (a diferencia del Reglamento, que es general) es individual, ya sea uno o varios Estados miembros o una o varias personas. Por ello, se notifican a los destinatarios y no requieren para su eficacia ser publicadas, bastando con ser notificadas. Proviene tanto del Consejo como de la Comisión. En muchos casos, contienen verdaderas disposiciones generales, por lo que se trata de verdaderas normas obligatorias para los estados miembros; éste es el caso de las decisiones que se dirigen a varios Estados o a todos, por lo que su valor normativo puede acentuarse de manera notable, no estando entonces clara su diferencia con el Reglamento.

– Las *recomendaciones* operan como invitación para actuar en un sentido determinado, careciendo de obligatoriedad. Se trata de actos administrativos de la Unión y no de normas jurídicas.

– Los *dictámenes*, que expresan únicamente la opinión de un órgano cualificado. Son, por tanto, actos administrativos y no disposiciones generales.

### C) *Los principios generales del ordenamiento comunitario.*

La existencia de un ordenamiento propio de la Unión Europea, que despliega sus efectos dentro de todos los Estados miembros, plantea nu-

merosos problemas de relación con los ordenamientos nacionales, generando, en ocasiones, conflictos de colisión y de interpretación entre las normas de uno y otros ordenamientos. Tres son los grandes principios que informan la articulación entre ambos ordenamientos: efecto directo, primacía del Derecho comunitario y autonomía institucional.

a) El *principio del efecto directo* del Derecho comunitario consiste en que amplias partes del mismo constituyen normas jurídicas generadoras de derechos y obligaciones, que, en consecuencia, deben ser aplicadas por todas las autoridades comunitarias y nacionales, incluidos jueces y tribunales. Las reglas de Derecho comunitario despliegan la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y a lo largo de toda la duración de su validez. De este modo, estas disposiciones constituyen una fuente inmediata de derechos y de obligaciones para todos los afectados por ellas, bien se trate de Estados miembros, bien de particulares que sean parte en relaciones jurídicas que incumben al Derecho comunitario.

Las disposiciones comunitarias tienen una directa, inmediata y –salvo excepciones regladas– simultánea aplicación en el conjunto del territorio de la Comunidad, sin necesidad de acto estatal alguno que haya de posibilitar su previa incorporación formal al Derecho interno o haya de autorizar o condicionar su plena eficacia en el espacio jurídico estatal (STC 45/2001, de 15 de febrero).

El efecto directo del Derecho comunitario no se predica sólo de los reglamentos, sino que el Tribunal de Justicia lo ha extendido a amplios sectores de los Tratados Constitutivos y a muchas directivas, así como a otras fuentes del Derecho comunitario. Corresponde al Tribunal de Justicia, en su caso, determinar si una norma de Derecho comunitario goza de efecto directo, para lo cual puede contar con la colaboración de los órganos judiciales estatales, que, si dudan, pueden dirigirse a él con tal fin a través de la denominada “cuestión prejudicial”. Esta posibilidad se convierte en obligación si el órgano judicial estatal agota la vía judicial interna en la materia.

b) La *primacía del Derecho comunitario*. Este principio significa que, ante un conflicto entre el Derecho estatal y el Derecho comunitario, debe aplicarse siempre de forma preferente la norma comunitaria.

ria, quedando desplazada la norma interna del Estado miembro, pero no derogada. Este principio no tiene formulación expresa en el ordenamiento comunitario, pero el Tribunal de Justicia lo ha ido configurando basándose en la propia naturaleza del Derecho comunitario. Una vez que los Estados miembros han cedido el ejercicio de parte de sus competencias a la Comunidad Europea, la actuación de ésta, que necesariamente ha de ser uniforme en todos los Estados miembros, no puede verse condicionada o limitada por una norma o decisión de uno de ellos.

Son consecuencias de este principio:

– Cualquier juez o tribunal nacional, ante un conflicto entre una norma comunitaria y una norma interna, debe aplicar la primera.

– Los particulares pueden alegar la invalidez de una disposición nacional por contraria al Derecho comunitario y solicitar del juez de su país la inaplicación del Derecho nacional opuesto al Derecho comunitario directamente aplicable.

– Los Estados miembros deben hacer desaparecer de su ordenamiento las normas internas que se opongan al Derecho comunitario.

– Ante una contradicción entre el Derecho comunitario y la ley estatal, debe prevalecer aquél sobre ésta, aunque la ley sea posterior. El juez o tribunal estatal ha de inaplicarla sin necesidad de “pedir o atender la remoción previa por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional”.

– Los jueces nacionales pueden plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Tratado o sobre la validez de la interpretación de las normas comunitarias que hayan de aplicar al caso.

c) El *principio de autonomía institucional*. Este principio presupone que al Estado le corresponde, según sus normas internas, determinar quién debe cumplir en su seno una obligación comunitaria y a través de cuáles medios. Es decir, no es la Comunidad Europea la encargada de determinar a quién o a través de qué medios deben cumplirse dentro del Estado las obligaciones que aquélla impone, sino que éste es el responsable de hacerlo.

La responsabilidad del Estado ante la Comunidad es única y objetiva. Corresponde, pues, a los poderes centrales garantizar que las obligaciones se cumplen. En el caso español, así se prevé en el art. 93 CE. Por ello, el Estado central, a través de las Cortes Generales o del Gobierno, puede establecer instrumentos de colaboración y de vigilancia para asegurarse de que efectivamente la obligación va a ser satisfecha por las Comunidades Autónomas.

Pero, como ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 45/2001, de 15 de febrero), es preciso distinguir entre la ejecución en sí misma de las obligaciones comunitarias y la garantía de la ejecución de éstas. La ejecución del Derecho comunitario corresponde a quién materialmente ostenta la competencia, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. En cambio, el art. 93 CE dota al Gobierno de la Nación de los instrumentos necesarios para desempeñar tal función garantista, articulándose la cláusula de responsabilidad por medio de una serie de poderes que permiten al Estado llevar a cabo los compromisos adoptados. Tal función de garantía puede obligar, en supuestos de concurrencia competencial, a articular el ejercicio de las competencias propias del Estado y de las Comunidades Autónomas de un modo que, sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los Estatutos les atribuye ni echen cargas innecesarias sobre los administrados. Sin embargo, ello no quiere decir que la previsión del art. 93 CE configure por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado que pueda desplazar o sustituir la competencia autonómica, ni por conexión a un supremo interés nacional, ni porque se apele a una expectativa de eficacia ni, en fin, por invocación de un simple motivo de utilidad o mera conveniencia.

Son también las normas internas las que regulan el modo en que han de adaptarse las medidas impuestas por la Unión Europea (a través de leyes, decretos-leyes, reglamentos...). La Comunidad Europea, a menudo, y en especial cuando usa la técnica normativa de la directiva, establece unos plazos para que los Estados miembros cumplan las obligaciones que se les imponen. Razones internas hacen, a veces, que el legislador interno no pueda ultimar las medidas de ejecución en el plazo

previsto. Ello ha conducido a que sea muy normal el uso de los Decretos-legislativos por el Gobierno para llevar a cabo dicho cumplimiento.

En el caso de un Estado descentralizado, como el español, tanto la integración de las Directivas que corresponda hacer en el ámbito interno, como la aplicación concreta del Derecho Comunitaria, por más que sea una responsabilidad global del Estado ante las instituciones europeas, no es necesariamente competencia estatal. La determinación de a quién compete tal integración depende del sistema constitucional de distribución de competencias, de forma que, según la materia de que se trate y de los títulos competenciales en que quepa ubicarla, la transposición de una Directiva será competencia estatal o autonómica, como también será autonómica o estatal, según los casos, la aplicación cotidiana, por ejemplo, de los Reglamentos comunitarios en la actividad de las distintas Administraciones Públicas competentes (SSTC 45/2001, de 15 de febrero, y 98/2001, de 5 de abril).

Otro problema que se plantea es el de la participación autonómica en las decisiones estatales en las instituciones comunitarias. La Ley 2/1997, de 13 de marzo, institucionalizó la Conferencia para Asuntos con las Comunidades Europeas, órgano de cooperación, consulta y deliberación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos comunitarios europeos. Tiene funciones de información, participación efectiva en la formación de la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas, la discusión sobre problemas de ejecución del Derecho comunitario, aspectos de técnica normativa, cooperación en cuestiones de carácter general, y otras funciones. Está presidida por el Ministro de Administraciones Públicas y constituida por un Consejero de cada Comunidad Autónoma y otros altos cargos del citado Ministerio. Se ha previsto, entre otros acuerdos, que en el caso de los recursos por incumplimiento que se le planteen al Reino de España, pero que afecten a competencias de las Comunidades Autónomas, éstas sean oídas, y que cuando una Comunidad Autónoma desee que una disposición o acto de las instituciones comunitarias, o su ausencia, sea impugnada por el Reino de España, se articule la petición a través de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas y de la Comisión de Seguimiento y Coordina-

ción de las Actuaciones relacionadas con la Defensa del Estado español ante el Tribunal de las Comunidades.

d) A partir del Tratado de Unión Europea de 1992, cobra especial importancia el denominado *principio de subsidiariedad*. Este principio recuerda que no es misión de la Unión Europea sustituir la actividad de los Estados miembros, sino hacer posible esa actividad estatal, ordenarla y suplirla sólo cuando sea menester. La Unión ha de actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado; en los demás ámbitos únicamente puede intervenir en la medida en que los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados miembros y puedan lograrse mejor en el nivel comunitario.

## 4. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

### 4.1. Elaboración.

El Consejo Europeo celebrado en Laeken (Bélgica) los días 14 y 15 de diciembre de 2001 acordó convocar una Convención Europea sobre el futuro de Europa y encomendarle que formulara propuestas sobre tres cuestiones: acercar a los ciudadanos al proyecto europeo y a las instituciones europeas, estructurar la vida política y el espacio político europeo en una Unión ampliada y hacer que la Unión se convirtiera en un factor de estabilidad y en un modelo en la nueva organización del mundo. Igualmente, y aquí se encuentra el principal motivo de la posterior propuesta constitucional, el Consejo Europeo acordó plantear a la Convención la cuestión de si la simplificación y la reorganización de los Tratados no deberían preparar el terreno para la adopción de un texto constitucional.

La Convención Europea se compuso de políticos provenientes de los Estados miembros, de representantes de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo, de los parlamentos y gobiernos nacionales de los quince Estados miembros, y de representantes de los parlamentos y gobiernos nacionales de los trece países candidatos. También hubo observadores del Comité Económico y Social, de los interlocutores sociales europeos y del Comité de las Regiones. La presidencia recayó en el ex-presidente de la República Francesa Valéry Giscard d'Estaing.

Tras dieciséis meses de trabajo, la Convención redactó un proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, texto que recabó un amplio consenso en las sesiones plenarias de los días 13 de junio y 10 de julio de 2003. Ese texto se presentó el 20 de junio de 2003 al Consejo Europeo reunido en Salónica y ha sido objeto de debate en posteriores reuniones del Consejo de Europa y de la Conferencia Intergubernamental (CIG). El proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa aparece publicado en el DOCE núm. C 169, de 18 de julio de 2003.

Varios estados mostraron sus reservas al texto en temas concretos. España y Polonia se opusieron a la modificación del sistema de votos en el Consejo de Europa, defendiendo el acuerdo contenido en el Tratado de Niza; los países menos poblados y del Este se manifestaron contrarios a la configuración de la Comisión, postulando una presencia efectiva de los estados pequeños; y Gran Bretaña y Dinamarca formularon divergencias en cuanto a la existencia de una política común de exterior y seguridad por encima de la política de los estados.

#### **4.2. Naturaleza jurídica.**

A pesar de su denominación, no puede hablarse en puridad jurídica de una Constitución Europea, por la sencilla razón de que no existe un Estado europeo preconstituido, ni un pueblo soberano que se constituya en un nuevo Estado soberano. La soberanía y la capacidad de imponer o de decidir una Constitución permanecen en los Estados miembros, que mantienen sus verdaderas Constituciones aprobadas por la voluntad expresa de sus respectivos pueblos. Aunque pueda parecer que nos acercamos a la idea de Constitución, formalmente la Constitución Europea no es más que un Tratado internacional, suscrito entre Estados miembros soberanos, por el cual éstos se obligan a comportarse con arreglo a una disposición jurídica de amplio contenido y complejidad que se configura como fuente de fuentes del Derecho y como primera fuente del Derecho de la Unión, pero cuya fuerza y legitimidad proviene de los estados miembros que integran la Unión y que, en última instancia, pueden imponer sus respectivas Constituciones nacionales a la Constitución europea. No deja de ser un elemento revelador de esta naturaleza de tratado internacional el mismo hecho

de que la Convención Europea presentó un “proyecto de Tratado” por el que se instituye una Constitución Europea. Por tanto, antes que Constitución, la norma constitutiva de la Unión es un tratado internacional de los estados europeos que se integran en la Unión.

Cierto es que el contenido del Tratado guarda similitudes con las partes de una constitución clásica, tales como la creación de una unidad política superior (la Unión), la parte dogmática de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos o la parte orgánica o institucional, pero ello no lo convierte en una Constitución en su concepción jurídica. Sólo un pueblo soberano que aprueba una norma con vocación de supremacía sobre todos y cada uno de los demás ordenamientos jurídicos internos (lo que no lo es en modo alguno la Constitución Europea, que ha de respetar las normas nacionales que dicten los estados miembros en sus respectivas competencias) y constituye un Estado nuevo, dispone de una verdadera Constitución. Y, como hemos dicho, ni existe un pueblo europeo soberano, ni el Tratado es la norma suprema del ordenamiento jurídico en cada Estado miembro, ni se “constituye” un nuevo y soberano Estado europeo (es significativo que el art. I-1 utilice la expresión “instituye” para referirse al acto de creación de la Unión, en lugar del de “constituye”), ni la Unión Europea aparece dotada de políticas propias, únicas y centralizadas en las principales materias que configuran un verdadero Estado: monopolio de la fuerza, ejército propio, seguridad interior, hacienda originaria, centralización de la administración de la justicia, etcétera.

Tampoco se configura un Parlamento Europeo como depositario de la soberanía del pueblo europeo, ni con un poder legislativo exclusivo. Su nuevo poder normativo, si se quiere incluso legislativo, está compartido con el Consejo de Ministros, formado a su vez por representantes de cada estado miembro, al punto de que si éste no da su conformidad a su aprobación, las leyes europeas no ven la luz.

Queda, por tanto, mucho trecho por recorrer para que tengamos delante de nuestros ojos una verdadera Constitución Europea que, adoptada por el pueblo europeo en su conjunto y no por los estados nacionales (pueblo dotado de un poder constituyente y revolucionario), otorgue la soberanía a un nuevo y único Estado europeo de corte federal, como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos de América y en

otros estados descentralizados políticamente. Ni la Constitución Europea es, en términos jurídicos, una constitución, ni la Unión Europea es un Estado y, mucho menos, soberano.

La naturaleza de tratado acordado entre los estados miembros de Europa se deduce también de la propia finalidad de la Constitución Europea: por un lado, refunde y simplifica los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y de la Unión Europea, así como sus modificaciones ulteriores, por lo que tales normas anteriores quedan derogadas expresamente (art. IV-2), y por otro, modifica el Tratado de la EURATOM (quinto protocolo anejo en su parte final). Es decir, se trata de un tratado que deroga y modifica otros tratados anteriores, pero no de una norma constitucional.

### 4.3. Estructura.

La denominada Constitución Europea consta de un preámbulo, cuatro partes y cinco protocolos anejos.

El preámbulo es un canto a tres grandes ideas del pensamiento político universal: a) el pluralismo, que se resume en la frase “por una Europa unida en la diversidad”; b) la democracia, hasta el punto de que el texto constitucional se inicia con una cita de Tucídides en referencia a que el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría; y c) el humanismo, en cuanto ideario que garantiza en un espacio propicio para la esperanza humana los valores siguientes: la libertad, la igualdad de las personas, el respeto a la razón, la justicia social, el progreso, la paz y la solidaridad en el mundo.

La parte I constituye una superación clara del Tratado de la Unión Europea, y es la parte más importante de la Constitución, dada su componente política. Sus cincuenta y nueve artículos sientan los principios generales de la nueva institución política: la creación de la Unión Europea, sus objetivos generales y valores superiores, sus instituciones, las competencias del nuevo ente y su relación con las competencias de los estados miembros, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, la ciudadanía europea, las fuentes del Derecho de la Unión, los recursos financieros, y las relaciones entre la

Unión y los estados miembros, tanto en su adhesión, como en su posible retirada voluntaria.

La parte II incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Cuenta con cincuenta y cuatro artículos, en donde se recogen los derechos y libertades fundamentales de carácter político propios de los ciudadanos de un Estado democrático y social de Derecho, ahora aplicables, con carácter de mínimo ampliable por cada estado miembro, a todos los ciudadanos de la Unión.

La parte III define las concretas políticas de la Unión, tanto las interiores como las exteriores, y, por tanto, sus competencias de todo orden, así como el detallado funcionamiento de sus instituciones básicas. Es la parte más extensa, ya que contiene 342 artículos, que vienen a sustituir al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en cuyo texto se inspira.

La parte IV es la más corta: tan sólo contiene diez artículos, que regulan aspectos tan variados como los símbolos de la Unión, la derogación de los tratados anteriores, la subrogación de la nueva Unión Europea en las obligaciones y derechos de la Comunidad Europea y de la anterior Unión nacida en Maastricht, el ámbito territorial de aplicación del Tratado, los protocolos, el procedimiento de revisión del Tratado, su entrada en vigor y su vigencia indefinida.

Al Tratado acompañan cinco protocolos, que son parte integrante del mismo (art. IV-6), referidos al cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, la aplicación más detallada de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la representación de los ciudadanos en el Parlamento Europeo y la polémica ponderación de votos en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros, el grupo del euro, y una modificación del Tratado EURATOM.

#### **4.4. La nueva Unión Europea.**

##### *A) Creación y definición.*

La Constitución Europea crea una nueva organización política, la Unión Europea (art. I-1), dotada de personalidad jurídica (art. I-6), que sustituye y sucede a la Comunidad Europea emanada del Tratado

de Roma y a la anterior Unión creada en el Tratado de Maastricht (art. IV-3).

La nueva Unión Europea mantiene básicamente las mismas notas características de la anterior Unión creada por el Tratado de 1992, por lo que puede definirse como:

a) Una comunidad internacional o supranacional, configurada por estados soberanos y no por pueblos o regiones. La Unión Europea se diseña, pues, como una comunidad de estados.

b) Formada voluntariamente por estados europeos democráticos (art. I-57). Ningún estado que no sea democrático o que no postule el Estado de Derecho puede pertenecer a la Unión. La Constitución, no conviene olvidarlo, persigue crear, en última instancia, un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia para sus ciudadanos, sin fronteras interiores, así como un mercado único en el que la competencia sea libre y no esté falseada (art. I-2.1), y esta finalidad esencial sólo puede alcanzarse si sus estados integrantes defienden un modelo de Estado democrático.

c) Una organización independiente de los estados que la integran, ya que cuenta con personalidad jurídica propia. La Unión no es sólo una suma de los estados que la integran. Es una entidad política con identidad y vida autónomas, cuyas decisiones se superponen, en las materias de su competencia, a la de los propios estados, que éstos no sólo no pueden desconocer, sino que se encargan de llevarlas a la práctica. Los estados miembros son, pues, instrumentos para la ejecución de la voluntad de la Unión.

d) Que persigue, más allá de objetivos económicos, finalidades políticas propias de los estados, como son promover la paz y el bienestar de sus pueblos, y defiende los valores propios de un Estado de Derecho, democrático y social (son los citados en el art. I-2: respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, respeto a los derechos humanos, pluralismo, tolerancia, justicia, solidaridad y no discriminación, y otros muchos que figuran a lo largo de la parte I).

e) Una organización titular de un amplio listado de competencias conferidas por los estados miembros y dotada de un amplio poder de

coordinación de las políticas nacionales, cuyo ejercicio realiza de modo comunitario (art. I-1).

f) Capaz de crear un Derecho propio, que prima sobre el Derecho de los estados miembros en todo lo relativo al ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas y que éstos tienen la obligación de acatar y cumplir (art. I-10).

g) Que mantiene relaciones directas con los estados miembros, basadas en el respeto a la identidad nacional y a las funciones esenciales del Estado (art. I-5), los estados vecinos (art. I-56) y el resto del mundo, a través de sus órganos e instituciones comunes, y

g) Dotada, no sólo de una vocación de permanencia, sino de ser un paso más en el camino iniciado por una mayoría de estados europeos hacia la creación de un gran Estado europeo de corte federal. Precisamente, la capacidad de –algunos de– los Estados miembros para reforzar el proceso de integración valiéndose de las instituciones comunes de la Unión, se reconoce en el art. I-43, en lo que se denomina la “cooperación reforzada”. Para que se dé la cooperación reforzada es suficiente con que lo quiera un tercio de los estados miembros que integran la Unión, si bien los efectos de la cooperación reforzada se limitarán a los estados que participen en ella. La cooperación reforzada constituye así la vía articulada por una gran mayoría de estados para acelerar el proceso de unión de Europa, aun con el riesgo de dar origen a una Unión Europea de dos o más velocidades, en la que, por el momento, Francia y Alemania se perfilan como el núcleo duro de la posible Europa federal.

## *B) Competencias de la Unión Europea.*

### *B. 1. Titularidad y principio de atribución.*

La Unión Europea será titular únicamente de las competencias que, en virtud de la Constitución, le atribuyan los estados miembros con el fin de lograr los objetivos que ésta determina (es el llamado *principio de atribución*, establecido en el art. I-9.2), de tal modo que aquellas competencias no atribuidas a la Unión en la Constitución continuarán en manos de los estados miembros. No obstante, la Unión dispondrá de un amplísimo listado de competencias tanto en materias

de índole económica, como de política social, política exterior y seguridad interior.

La Constitución clasifica las competencias de la nueva Unión en las siguientes cinco categorías (art. I-11):

1. Competencias exclusivas (arts. I-11.1 y I-12). Se refieren a materias de naturaleza económica, en aras a proseguir la unión económica. Sobre ellas, la Unión podrá establecer normas sobre la competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior o celebrar acuerdos internacionales con terceros estados. Tales materias son: la política monetaria de los estados que hayan adoptado el euro, la política comercial, la unión aduanera y la conservación de recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común.

En estas materias, la Unión será la única facultada para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los estados miembros únicamente podrán hacerlo si la Unión les autoriza a ello o para aplicar los actos adoptados por ésta (art. I-11.1).

2. Competencias compartidas (art. I-11-2 y I-13). Son competencias que la Unión tendrá en materias tanto económicas como de políticas, fundamentalmente de política social (mercado interior; espacio de libertad, seguridad y justicia; agricultura y pesca; transporte y redes transeuropeas; energía; política social; cohesión económica, social y territorial; medio ambiente; protección de los consumidores; aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública; investigación, desarrollo tecnológico y el espacio, sin que ello suponga impedir las competencias de los estados miembros; y cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria).

En estas materias, la Unión y los estados miembros tendrán potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los estados miembros podrán ejercer su competencia en la medida en que la Unión no ejerza la suya o decida dejar de ejercerla (art. I-11.2).

3. Competencias de coordinación de las políticas económicas y de empleo de los estados miembros (arts. I-11.3 y I-14). La Unión será titular de competencias que le obligarán a adoptar las medidas necesarias que garanticen la coordinación de las políticas económicas y de empleo de los estados miembros, en particular adoptando orientacio-

nes generales y directrices. Estas competencias se completarán con el deber de los estados miembros de coordinar sus políticas en el seno de la Unión. Las medidas serán específicas y más rigurosas para los estados miembros que hayan adoptado el euro. Asimismo, la Unión podrá adoptar las iniciativas que considere oportunas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los estados miembros.

4. Competencias en materia de política exterior y seguridad común (arts. I-11.4 y 15). La Unión dispondrá de competencia para definir y realizar una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política común de defensa. Esta competencia abarcará todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa, que podrá conducir a una defensa común. La competencia de la Unión se refuerza con el señalamiento por la Constitución de un deber de los estados miembros, por un lado, de apoyar sin reservas la política exterior y de seguridad común con espíritu de lealtad y solidaridad mutua (deber activo), y por otro, de abstenerse de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda mermar su eficacia (deber pasivo).

5. Competencias de apoyo, coordinación y complemento de la acción de los Estados miembros (arts. I-11.5 y I-16). Sólo en las materias y en las condiciones precisas que establece la Constitución, la Unión tendrá competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o completar la acción de los estados miembros, con una visión europea, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos. Tales materias son: la industria, la protección y mejora de la salud humana, la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte, la cultura y la protección civil. Para evitar la sustitución de la acción del estado miembro, la Constitución prohíbe que los actos jurídicos que adopte la Unión impongan la armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los estados miembros.

#### *B. 2. Ejercicio de las competencias.*

El ejercicio por la Unión de sus competencias se subordinará a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Art. I-9.1)

El *principio de subsidiariedad*, que ya se instauró en el Tratado de Maastricht, se aplicará en el caso de las materias que no sean compe-

tencia exclusiva de la Unión. Los órganos e instituciones de la Unión sólo podrán intervenir en tales materias en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros en sus esferas de actividad central, regional o local y pueden alcanzarse mejor en la dimensión europea (art. I-9.3).

El indeterminado y demasiado genérico *principio de proporcionalidad* requerirá que la acción de la Unión no se exceda en su contenido ni en su forma de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución. Esta ambigüedad en la configuración del principio puede provocar conflictos de interpretación y aplicación en el ejercicio por la Unión de sus competencias.

El segundo de los protocolos de que consta la Constitución define con mayor precisión la forma de aplicación de ambos principios.

#### **4.5. El Derecho de la Unión. Las nuevas fuentes normativas del Derecho europeo.**

##### *A) Definición de las fuentes del Derecho de la Unión.*

A partir de la aprobación de la Constitución Europea, el Derecho comunitario presentará una importante modificación en sus fuentes normativas. Estas quedarán articuladas de la siguiente forma:

– El Derecho originario: Configurado por la Constitución Europea, sus modificaciones, y los Tratados CECA y EURATOM.

– El Derecho derivado, conformado por disposiciones con rango de ley y por disposiciones de rango inferior a la ley.

Las nuevas fuentes del Derecho derivado de la Unión responderán a la siguiente prelación:

– La Ley europea, que podrá ser tanto la que recibe este mismo nombre como la ley marco europea, con igual nivel jerárquico, aunque con distintos grados de concreción y de efectos para los estados miembros.

– El reglamento europeo, que podrá ser ejecutivo o delegado.

– La decisión europea.

Como hemos señalado anteriormente, las recomendaciones y los dictámenes que también prevé la Constitución Europea no pueden considerarse fuentes normativas del Derecho de la Unión, pues se trata tan sólo de actos jurídicos y de normas jurídicas.

a) La Ley europea. Es un acto legislativo de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro. La ley europea sustituirá a los anteriores Reglamentos comunitarios del Consejo que prevé el Tratado de Roma.

b) La Ley marco europea. Es un acto legislativo que obliga al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse. Sin embargo, deja a las autoridades nacionales la competencia para elegir la forma y los medios. Se asemeja, por tanto, a las actuales Directivas del Derecho comunitario que aprueba el Consejo.

La aprobación de las leyes europeas, sean completas o marco, competirá al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo de forma conjunta. Es decir, para su aprobación se requerirá el acuerdo del Consejo de Ministros y del Parlamento Europeo; sin este acuerdo, no podrá aprobarse la ley. El procedimiento de aprobación de las leyes europeas y marco europeas es muy complejo. Se adoptará normalmente a propuesta de la Comisión, aunque la Constitución admite que, en determinados casos especiales, la propuesta venga de la iniciativa de un grupo de estados miembros, del Parlamento o del Consejo de Ministros.

c) El reglamento europeo ejecutivo. Es una disposición general de naturaleza no legislativa que pueden aprobar, con carácter general, tanto el Consejo de Ministros como la Comisión, y, cuando se lo autorice la Constitución, el Banco Central Europeo. Su finalidad es la ejecución de los actos legislativos y de determinadas disposiciones particulares de la Constitución, así como el establecimiento de condiciones uniformes de ejecución de los actos obligatorios de la Unión. Puede ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro, al igual que los anteriores reglamentos de la Comisión Europea, o, como ocurría con las directivas de la Comisión Europea, limitarse a obligar al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando en este caso a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios

d) El reglamento delegado. Es una disposición general de naturaleza no legislativa que puede aprobar la Comisión Europea con objeto de completar o modificar determinados elementos no esenciales de la ley o ley marco. Para su aprobación se requerirá que haya antes una delegación expresa de la ley o ley marco. Esta delegación deberá delimitar los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación. Asimismo, para la entrada en vigor del reglamento delegado será preceptivo que ni el Parlamento, por mayoría absoluta, ni el Consejo de Ministros, por mayoría cualificada, formulen objeciones en el plazo fijado en la ley. El Parlamento o el Consejo de Ministros podrán decidir la revocación de la delegación.

e) La decisión europea. Es un acto no legislativo obligatorio en todos sus elementos, al igual que ocurre con las decisiones que contempla el Tratado de Roma. Cuando en la decisión se designen los destinatarios de la misma, sólo será obligatoria para éstos. Podrán adoptar decisiones tanto el Consejo de Ministros, la Comisión Europea, el Consejo Europeo o el Banco Central Europeo, pero siempre en los casos previstos por la Constitución. Cuando se trate de decisiones que establezcan condiciones uniformes para la ejecución de actos obligatorios de la Unión, se llamarán decisiones europeas de ejecución.

f) La recomendación. Es un acto no legislativo, de naturaleza no normativa, que carece, por tanto, de efectos vinculantes. Podrá provenir del Consejo de Ministros, de la Comisión y, cuando la Constitución se lo autorice, del Banco Central Europeo.

g) El dictamen. Es un acto no legislativo que, al igual que la recomendación, carece de naturaleza normativa y de efectos vinculantes.

#### *B) Elementos generales de las fuentes del Derecho.*

La elección de cada tipo de fuente de Derecho derivado se realizará por la respectiva institución competente, quien habrá de tener en cuenta lo dispuesto en la Constitución, pero, si ésta no previera nada, deberá actuar conforme al principio de proporcionalidad.

Las leyes, los reglamentos y las decisiones habrán de estar motivados en cada caso.

La ratificación de las leyes adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario mediante su firma, competirá al presidente del Parla-

mento Europeo y al presidente del Consejo de Ministros. En los demás casos, corresponderá la firma al presidente del Parlamento o del Consejo de Ministros. La firma de los reglamentos y de las decisiones corresponderá al presidente de la institución que los adopte.

Las leyes europeas, las leyes marco europeas, los reglamentos europeos y las decisiones europeas que no indiquen destinatario o que tengan como destinatario a todos los estados miembros, se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y entrarán en vigor en la fecha que cada disposición fije o, a falta de fecha, a los veinte días de su publicación. En los demás casos, la decisión deberá notificarse a cada estado destinatario, surtiendo efectos a partir de tal notificación.

#### **4.6. Los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión. La ciudadanía de la Unión.**

##### *A) Derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión.*

Como hemos señalado *supra*, la parte II de la Constitución Europea recoge una Carta Europea de Derechos Fundamentales que los predica, curiosamente, respecto de la Unión, cuando lo más lógico es que fueran reconocidos directamente en favor de los ciudadanos de la Unión. Atendiendo a su vinculación con la forma de Estado que se preocupa de reconocerlos y garantizarlos y con los valores superiores del ordenamiento europeo a los que sirve, podemos establecer la siguiente clasificación de los derechos y libertades que la Carta reconoce:

##### a) Derechos y libertades propios del Estado de Derecho:

– Relacionados con la *dignidad humana*: Derecho a la vida, integridad de las personas, prohibición de torturas y penas inhumanas, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

– Relacionados con la *libertad*: Derecho a la libertad y la seguridad, protección de datos de carácter personal, derecho al matrimonio y a la familia, libertad de pensamiento y conciencia, libertad de expresión e información, libertad de reunión y de asociación, libertad de las artes y las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo,

prohibición de expulsiones colectivas y protección en caso de devolución y extradición.

– Relacionados con la *igualdad*: Igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, e integración de las personas discapacitadas.

– Relacionados con la *justicia*: derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derecho a la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, y derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*).

b) Derechos y libertades propios del Estado social:

Aparecen relacionados con el *principio de solidaridad*. Son: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva, incluida la huelga, derecho de acceso a un servicio gratuito de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, protección del trabajo infantil y de los jóvenes en el trabajo, protección de la familia, derecho a la vida profesional relacionada con la familia, derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a una ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico y general, protección del medio ambiente con arreglo al principio del desarrollo sostenible, y protección de los consumidores.

c) Derechos y libertades propios del Estado democrático:

Aparecen relacionados con la *ciudadanía de la Unión*: Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, derecho a una buena administración por parte de cualquier institución de la Unión, derecho de acceso a los documentos, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular, y acceso al Defensor del Pueblo Europeo.

Toda limitación de estos derechos y libertades debe obedecer a objetivos de interés general, ser establecida por ley, y respetar el contenido esencial del derecho, así como el principio de proporcionalidad. Los derechos de la Carta que coinciden con los garantizados por el Conve-

nio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, tienen igual sentido y alcance que estos últimos, sin perjuicio de una protección más extensa por la Unión (art. II-52).

Las disposiciones de la Carta que hacen mención a principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos de la Unión y de los Estados miembros, pero sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en los aspectos referidos a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

*B) La ciudadanía de la Unión.*

Siguiendo la senda que iniciara el Tratado de Maastricht, la Constitución Europea mantiene el otorgamiento de una ciudadanía de la Unión a todas las personas que ostentan la nacionalidad de un estado miembro. Es esta una ciudadanía limitada, que se añade a la nacional de cada estado miembro sin sustituirla. De este modo, cada ciudadano gozará de una doble nacionalidad: la propia de su estado miembro y la de la Unión.

La ciudadanía de la Unión da derecho a lo siguiente:

- Circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros.
- Ejercer el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho estado.
- Acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho estado.
- Formular peticiones al Parlamento Europeo, recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como dirigirse a las instituciones y organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y recibir una contestación en la misma lengua.
- Gozar de todos los demás derechos que establece la Constitución.

#### 4.7. Las instituciones de la Unión.

La Constitución Europea diferencia entre, por un lado, las entidades que pertenecen al marco institucional que podemos definir como “básico”, y, por otro, las demás instituciones y organismos.

El marco institucional básico persigue los objetivos de la Unión, promueve los valores de la Unión y favorece los intereses de ésta, de sus ciudadanos y de sus estados miembros (art. I-18.1). Forman parte de este marco básico las siguientes cinco instituciones, todas ellas existentes en la anterior organización comunitaria: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia (art. I-18.2). Cada una de estas cinco instituciones actúa dentro de los límites de las competencias que la Constitución les atribuye, con sujeción a los procedimientos y condiciones previstos en la misma y con arreglo al procedimiento de cooperación leal interinstitucional (art. I-18.3).

Junto a estas instituciones, podemos encontrar otras también provenientes del Derecho comunitario anterior: el Defensor del Pueblo Europeo, el Banco Central Europeo, el Tribunal de Cuentas, y los organismos consultivos, tales como el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social.

A continuación describimos las principales previsiones que la parte I de la Constitución dedica a cada una de estas instituciones.

##### *A) El Parlamento Europeo.*

Funciones: Cada vez más próximo a un verdadero parlamento de un Estado democrático y de Derecho, ejercerá, junto con el Consejo de Ministros, las funciones legislativa y presupuestaria, así como las de control político sobre los restantes órganos políticos y administrativos y otras funciones consultivas. Además, elegirá al presidente de la Comisión Europea y, dentro de su organización interna, a su presidente y a la Mesa del Parlamento, en estos dos últimos casos, entre sus miembros. También nombrará al Defensor del Pueblo Europeo.

Sus funciones se han visto muy reforzadas al dotársele de una participación esencial en la elaboración y aprobación de las leyes europeas, si bien junto con el Consejo de Ministros.

Composición: Estará formado por no más de 730 parlamentarios, provenientes de todos los estados miembros en proporción a su población respectiva, con un número mínimo de cuatro miembros por estado. Los parlamentarios europeos se elegirán por los ciudadanos europeos mediante sufragio universal, directo, en votación libre y secreta, por un período de cinco años.

*B) El Consejo Europeo.*

Funciones: Órgano político superior por excelencia y situado en la cúspide de la organización de la Unión, dará a ésta los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. Continuará siendo el motor del avance hacia la Unión federal.

Composición: Está formado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los estados miembros, así como por su presidente y por el presidente de la Comisión. También participará en sus trabajos el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión.

Funcionamiento: Se reunirá trimestralmente por convocatoria de su presidente. Cuando el orden del día así lo exija, los miembros del Consejo Europeo podrán decidir contar con la asistencia de un ministro y, en el caso del presidente de la Comisión, con la de un Comisario Europeo. Cuando la situación así lo exija, el presidente convocará una reunión extraordinaria del Consejo Europeo. El Consejo se pronunciará por consenso, excepto en los casos en que la Constitución disponga otra cosa.

*C) El Presidente del Consejo Europeo.*

Elección: Se elegirá por el Consejo Europeo mediante mayoría absoluta por un mandato de dos años y medio, que podrá renovarse por una sola vez. Siguiendo el mismo procedimiento, el Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato en caso de serio impedimento o falta grave. No podrá ejercer ningún mandato nacional. Lo más lógico es que lo desempeñe un ex-jefe de estado o de gobierno de uno de los estados miembros.

Funciones: Presidirá y dinamizará los trabajos del mismo; se encargará de la preparación del Consejo y velará por su continuidad, en

colaboración con el presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales; se esforzará por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo; y, al término de cada reunión, presentará un informe al Parlamento Europeo. Asumirá la máxima representación exterior de la Unión en los asuntos de la política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las competencias del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión.

*D) El Consejo de Ministros.*

Funciones: Institución colegisladora y de impulso político, ejercerá, juntamente con el Parlamento Europeo, las funciones legislativa y presupuestaria, así como, por su cuenta, las funciones de formulación de políticas y de coordinación. A estos efectos, podrá actuar representando alguno de estos papeles: Como Consejo Legislativo, con funciones legislativas; como Consejo de Asuntos Generales, con funciones preparatorias de las reuniones del Consejo Europeo; como Consejo de Asuntos Exteriores, con funciones de elaboración de políticas exteriores, presidido por el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión; y como otras formaciones en las que pueda reunirse.

Composición: Estará compuesto, en cada una de sus formaciones sectoriales, por un ministro de cada estado miembro. Este representante estatal será el único facultado para comprometer al estado miembro al que represente y para ejercer el derecho al voto. Salvo en el caso del Consejo de Asuntos Exteriores, en los demás casos, su presidencia se desempeñará por rotación, en condiciones de igualdad, entre los representantes de los estados miembros durante, al menos, un año.

Funcionamiento: Sus decisiones se adoptarán por mayoría cualificada de sus miembros, excepto en los casos en que la Constitución disponga otra cosa. Las complejas reglas de la mayoría cualificada, aplicables tanto al Consejo Europeo como al Consejo de Ministros, se definen en el art. I-24. Como regla general, se entiende por “mayoría cualificada” la formada por una mayoría de estados miembros que represente, al menos, tres quintas partes de la población de la Unión. ¿Esta mayoría de estados es simple o absoluta? En nuestra opinión, por ser materia propia de un Tratado internacional, se trataría de una mayoría absoluta de los estados que componen oficialmente la Unión,

esto es, la mitad más uno de tal número. Ahora bien, la mayoría cualificada requerida consistirá en dos tercios de los estados miembros que representen al menos las tres quintas partes de la población de la Unión, en los dos siguientes casos: a) Cuando la Constitución no exija la actuación del Consejo Europeo o del Consejo de Ministros a partir de la propuesta de la Comisión, o b) cuando la actuación de estos dos no se deba a la iniciativa del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión.

*E) La Comisión Europea.*

Funciones: Es la verdadera Administración pública de la Unión Europea. Aparece dotada del mayor número de funciones: a) Promoverá el interés general europeo y tomará las iniciativas adecuadas para ello; b) velará por la aplicación de las disposiciones de la Constitución, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de ésta; c) ejercerá, con carácter general, la iniciativa legislativa; d) supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia; e) ejecutará el presupuesto y gestionará los programas; f) ejercerá funciones de coordinación, ejecución y gestión; g) asumirá la representación exterior de la Unión, con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos en la Constitución; y h) adoptará las iniciativas de programación anual y plurianual de la Unión con miras a lograr acuerdos internacionales.

Composición: Se configura como un órgano colegiado compuesto por su presidente, el vicepresidente, el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión y trece comisarios “europeos” seleccionados por un sistema de rotación en condiciones de igualdad entre los estados miembros. El presidente de la Comisión nombrará, además, a los comisarios sin derecho a voto procedentes de los demás estados miembros, que se elegirán igual que los que tengan derecho a voto.

Para la elección de los comisarios europeos, cada estado miembro con opción según el sistema de rotación deberá presentar una terna de los candidatos –con representación de ambos sexos– que considere idóneos para desempeñar el cargo. El presidente de la Comisión electo designará los trece comisarios europeos, eligiendo a una persona de cada

terna, en razón de su competencia, compromiso europeo y plenas garantías de independencia.

Tanto el presidente y los demás cargos de la Comisión, incluidos los comisarios sin voto y el Ministro de Asuntos Exteriores, se someterán colectivamente a la aprobación del Parlamento Europeo.

Funcionamiento: El mandato de la Comisión será de cinco años. Ejercerá sus responsabilidades con absoluta independencia, por lo que los comisarios no podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno nacional, ni de ningún otro órgano. Los comisarios son, a pesar del método de elección, únicamente miembros de la Comisión; en modo alguno, son representantes del estado miembro al que pertenecen ante o en la Comisión. La Comisión asume una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo, por lo que éste puede adoptar una moción de censura contra la Comisión, que, de prosperar, obliga a dimitir colectivamente a todos sus miembros.

*F) El Presidente de la Comisión Europea.*

Funciones: El presidente de la Comisión definirá las orientaciones con arreglo a las cuales la Comisión ejerce sus funciones; determinará su organización interna en aras de la coherencia, la eficacia y el carácter colegiado de su actuación; nombrará vicepresidentes de entre los miembros del colegio; y podrá exigir la dimisión de todo comisario europeo o comisario.

Elección: Se elegirá por el Parlamento Europeo por mayoría simple, previa propuesta del Consejo Europeo por mayoría absoluta. Para realizar la propuesta, el Consejo debe tener en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo. Si éste rechaza al candidato, el Consejo Europeo deberá proponer un nuevo candidato en el plazo de un mes, por el mismo procedimiento.

*G) El Ministro de Asuntos Exteriores.*

Funciones: Sustituirá al actualmente conocido como “Mr. PESC”, pero saliendo mucho más reforzado en sus funciones. Por un lado, será presidente y mandatario del Consejo de Ministros, al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión, y contribuirá con sus propuestas a la formulación de las políticas comunes de exterior, segu-

ridad y defensa. Por otro lado, será uno de los vicepresidentes de la Comisión Europea, encargado de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión.

Elección: Su nombramiento y cese corresponderán al Consejo Europeo, por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión.

*H) El Tribunal de Justicia.*

Composición: Comprenderá el Tribunal de Justicia Europeo, el Tribunal de Gran Instancia (hoy Tribunal de Primera Instancia) y los tribunales especializados que se constituyan.

El Tribunal de Justicia Europeo estará compuesto por un juez por estado miembro y estará asistido por abogados generales. El Tribunal de Gran Instancia dispondrá, como mínimo, de un juez por estado miembro, aunque el número definitivo de sus jueces se deja a lo que establezca el futuro estatuto del Tribunal de Justicia.

Los jueces y abogados generales del Tribunal Superior de Justicia y los jueces del Tribunal de Gran Instancia se elegirán entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas en la Constitución. Su designación se realizará de común acuerdo por los gobiernos de los estados miembros para un mandato, renovable, de seis años.

Funciones: Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución. Para ello, a) resolverá los recursos interpuestos por un estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas; b) se pronunciará con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones (cuestión prejudicial); y c) resolverá en los demás casos contemplados en la Constitución.

*I) El Defensor del Pueblo Europeo.*

Nombrado por el Parlamento Europeo, se encargará de recibir, investigar y dar cuenta de las reclamaciones presentadas por los ciudadanos de la Unión, relativas a casos de mala administración en las institu-

ciones, organismos o agencias de la Unión. Ejercerá estas funciones con total independencia.

*J) El Banco Central Europeo.*

Es una institución con personalidad jurídica, dotada de independencia en el ejercicio de sus competencias y en la gestión de sus finanzas.

Sus funciones serán varias: a) Junto con los bancos centrales nacionales, formará y dirigirá el Sistema Europeo de Bancos Centrales. El objetivo principal de este Sistema es mantener la estabilidad de precios, al que se suman otros objetivos no menos importantes, como prestar apoyo a las políticas económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos de ésta. b) En el caso del euro, autorizará la emisión de la moneda y llevará a cabo la política monetaria de la Unión en colaboración con los bancos centrales nacionales de los estados que hayan adoptado dicha moneda; y c) realizará todas las demás misiones de un banco central con arreglo a la Constitución y a los Estatutos del Sistema.

*K) El Tribunal de Cuentas.*

Es la institución que efectúa la fiscalización o control de las cuentas públicas de la Unión. Para ello, examinará la totalidad de los ingresos y gastos y garantizará una buena gestión financiera. Estará compuesto por un nacional de cada Estado miembro y sus miembros ejercerán sus funciones con plena independencia.

*L) El Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social.*

Funciones: Son los dos organismos consultivos de la Unión en las materias que les fija la Constitución. Asistirán al Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión Europea.

Composición: El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral de un ente regional o local, o que ostenten responsabilidad política ante una asamblea elegida.

El Comité Económico y Social se compondrá de representantes de organizaciones de empresarios, trabajadores y otros sectores represen-

tativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómicos, cívico, profesional y cultural.

Los miembros de estos dos organismos consultivos no estarán vinculados por ningún mandato imperativo y ejercerán sus funciones con plena independencia en pro del interés general de la Unión. Las normas que rigen su composición, designación de sus miembros, sus competencias y funcionamiento se definen en la parte III de la Constitución. No obstante, el Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión, estará facultado para revisar periódicamente las normas relativas a su composición en función de la evolución económica, social y demográfica de la Unión.

## CAPÍTULO XX

### LA LEY

*SUMARIO: 1. Concepto de Ley.- 2. Posición de la Ley en el ordenamiento jurídico.- 3. El procedimiento de elaboración de la Ley.- 4. Tipología de las leyes en la Constitución española. Leyes orgánicas y leyes ordinarias.*

#### 1. CONCEPTO DE LEY.

El vocablo “Ley” puede tener tres significaciones jurídicas diferentes:

a) En un sentido amplio y genérico, “ley” equivale a regla o mandato jurídico, con independencia de su forma y origen. En este significado queda comprendida cualquier norma jurídica: las leyes positivas, la costumbre, los principios generales del Derecho, los tratados...

Para que se pueda hablar de “ley” con este alcance, la regla o mandato ha de cumplir dos importantes requisitos:

– Ha de ser general, es decir, ha de estar destinada a una pluralidad indeterminada de destinatarios; lo cual no quiere decir que no pueda limitarse a determinados sectores de personas o grupos. Así, cuando se establece que “se prohíbe fumar”, la norma tiene por destinataria a cualquier persona.

– Ha de ser abstracta, esto es, no referirse a un concreto supuesto de hecho, a un momento preciso o a una persona individualizada. Ha de referirse a situaciones genéricas que se repiten en el tiempo. En el mismo ejemplo citado de “se prohíbe fumar”, el mandato no se agota en un día o en una persona.

b) En una acepción más restringida, la “ley” es aquella regla jurídica general y abstracta que ha sido dictada por el Estado y que figura por escrito. Aquí quedan comprendidas tanto las leyes de los Parlamentos como las normas escritas que aprueba la Administración (los reglamentos), pero no así la costumbre, ni los principios generales del Derecho.

c) Todavía en un sentido más estricto y formal, la “ley” es aquel acto o aquella disposición (puede ser cualquiera de las dos) dictada por el Estado que figura por escrito con todas las formalidades, pero que, además, proviene del órgano al que se la ha asignado el poder legislativo, es decir, la facultad de dictar esta clase de normas legales. En este concepto lo importante no es que la norma sea general y abstracta, sino que se apruebe por las Cortes Generales o las asambleas legislativas de cada Comunidad Autónoma. De esa manera, no son leyes los reglamentos de la Administración pública y sí lo son, en cambio, los actos singulares del Parlamento. En esta concepción, lo importante es que la ley provenga del órgano competente y se haya aprobado conforme al procedimiento preestablecido con todas las formalidades, sin que sea preciso que la ley constituya un mandato general y abstracto.

La Constitución española no define la Ley. Simplemente, se limita a establecer en su art. 66.2 que “las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”, y a dedicar el Capítulo II del Título III a la “elaboración de las leyes”, refiriéndose en el mismo tanto a algunos tipos especiales de leyes como a disposiciones o actos con fuerza de ley. Ahora bien, esto no quiere decir que no exista un concepto de ley en la Constitución. Lo que ocurre es que es un concepto exclusivamente formal: *La ley es el acto de las Cortes Generales emanado de forma solemne siguiendo el procedimiento legislativo*. La Ley no tiene por que ser, como se ha dicho, una norma general y abstracta, aunque en la mayoría de los casos lo sea, ni tiene por qué tener un contenido determinado que haga referencia a la libertad o a la propiedad de los ciudadanos, aun-

que también lo tenga habitualmente de manera más o menos directa. Lo determinante para la definición de la ley en el Derecho constitucional español es, en primer lugar, el órgano competente para aprobarlas (las Cortes Generales o las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas) y, en segundo término, el procedimiento a través del cual se manifiesta la voluntad de éstos, en parte regulado por la propia Constitución y en parte por los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado. De este modo, la Ley es el acto elaborado por el Parlamento conforme al procedimiento constitucionalmente prescrito.

Por lo que al órgano se refiere, el art. 66.1 de la Constitución señala que “las Cortes Generales... están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado”. Y el art. 66.1 atribuye a ambas Cámaras el ejercicio conjunto de la potestad legislativa del Estado. Aquí, la expresión “Estado” ha de interpretarse como “Estado central”, sujeto diferente e incluso opuesto al más amplio concepto de Estado, formado, además de por el poder central, por las Comunidades Autónomas y otros entes públicos, puesto que las Comunidades también pueden aprobar sus “leyes” autonómicas por medio de sus asambleas legislativas respectivas o Parlamentos.

Efectivamente, en un Estado territorial y políticamente descentralizado como el español, la función legislativa no corresponde únicamente a las Cortes Generales. La existencia de Comunidades Autónomas dotadas de autonomía política y con Parlamentos propios, hace que la Constitución atribuya también la potestad legislativa a los Parlamentos autonómicos.

Las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas poseen el mismo rango y fuerza, pero con un campo material de juego distinto, delimitado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes distributivas de competencias. Este criterio de separación entre ámbitos propios se denomina, como ya hemos indicado al hablar de las fuentes del Derecho en el Capítulo XVIII, “principio de competencia”.

Las leyes autonómicas son controlables también por el Tribunal Constitucional y se subordinan, como hemos señalado, al denominado “bloque de constitucionalidad”, formado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes que el Estado dicte en las materias de su competencia exclusiva que relaciona el art. 149.1 CE.

## 2. POSICIÓN DE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Desde una perspectiva política, la ley es, en el Estado de Derecho, la expresión de la voluntad popular. Se aprueba por el Poder Legislativo, que ostenta, en un Estado democrático, la representación del pueblo en virtud del procedimiento electoral.

Por tanto, la ley es, junto con la Constitución, la única norma del ordenamiento jurídico que goza de una directa legitimidad democrática, al provenir del órgano estatal que representa al pueblo. Sus mandatos vinculan al resto de las instituciones del Estado pertenecientes al Poder Ejecutivo o al Judicial y a los ciudadanos. Este significado político ha supuesto la tradicional resistencia del Estado democrático al control de la ley en el Derecho europeo. Sólo en el siglo XX se ha admitido la implantación de un control de constitucionalidad de las leyes por un órgano específico (el Tribunal Constitucional), pero sin olvidar que, por su proveniencia de un órgano soberano, gozan de la presunción de legitimidad y constitucionalidad y su examen ha de ser rigurosamente serio y conforme a parámetros jurídicos y de ningún modo políticos.

Ya desde una perspectiva estrictamente jurídica, la Ley es la fuente básica del ordenamiento. Es la categoría normativa inmediatamente subordinada a la Constitución. Su relación con la norma suprema no es, sin embargo, de ejecución o desarrollo de la misma, ya que el legislador goza de amplia libertad dentro de la Constitución para establecer las distintas modalidades u opciones que considere más convenientes en cada momento.

La Constitución reserva un determinado haz de materias para su regulación por ley. Es lo que se denomina *reserva de Ley*. Se trata de una garantía institucional, constitucionalmente prevista, destinada a asegurar que determinadas materias de especial importancia se tratan directa y solamente por una norma con rango de ley. Esta reserva no tiene un carácter absoluto y cada vez aparece interpretada de una manera más flexible por el Tribunal Constitucional. Puede tener una intensidad variable, según se requiera que la intervención de la ley sobre el núcleo duro de la materia sea más o menos exclusiva, pudiendo el resto de esa materia ser regulado por reglamentos administrativos.

El constituyente español rechazó la posibilidad de una reserva reglamentaria, esto es, la existencia de un ámbito material que deba necesariamente regularse por reglamento y que impida a la ley cualquier incidencia en él. Esta reserva reglamentaria hubiera supuesto, a imitación de la Constitución francesa de 1958, una inversión del papel hegemónico de la ley en beneficio del Gobierno, titular de la potestad reglamentaria, ya que hubiera creado un conjunto de materias en donde no podría incidir el Poder Legislativo, órgano que representa la voluntad popular.

La ley prevalece en el ordenamiento español sobre otras fuentes del Derecho: el reglamento, la costumbre, los principios generales del Derecho, los estatutos de las entidades institucionales, los convenios colectivos... Pero se subordina a la Constitución, así como a los tratados internacionales incorporados al Derecho interno y al Derecho comunitario, a los que no puede contradecir.

### **3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA LEY.**

El Derecho constitucional español diferencia tres fases típicas en el procedimiento de elaboración de la ley: a) iniciativa, b) discusión y aprobación por las Cámaras, y c) integración de la eficacia. A estas fases responden los arts. 87 a 91 CE.

#### **3.1. Fase de iniciativa.**

Esta fase se encuentra regulada con un alto grado de detalle en la Constitución. El art. 87 CE determina quiénes son los titulares exclusivos de la iniciativa legislativa:

– El Gobierno, que es el titular ordinario de la iniciativa por su posición central en la actividad política y por su mayor capacidad técnica. Los textos articulados que somete a las Cortes Generales se denominan “proyectos de leyes”, que los aprueba para su remisión el Consejo de Ministros (art. 88 CE) y gozan de prioridad en la tramitación parlamentaria (art. 89.1 CE). Se acompañan de una exposición de motivos y de cuantos antecedentes se estimen necesarios.

– El Congreso de los Diputados o el Senado, de acuerdo con la Constitución y sus respectivos reglamentos parlamentarios. El texto recibe ahora el nombre de “proposición de ley”. La prioridad debida a los proyectos de ley no debe impedir el ejercicio de la iniciativa legislativa.

– Las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Estas pueden bien solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley, bien remitir directamente a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

– La iniciativa legislativa popular, consistente en 500.000 ciudadanos con derecho a voto (art. 87.3 CE). Se regula en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo. La iniciativa está exceptuada para determinados tipos de leyes: orgánicas, tributarias, de carácter internacional, prerrogativas de gracia y reforma de la Constitución.

La fase de iniciativa legislativa comienza en el Congreso de los Diputados, incluso cuando parte del Senado, ya que, en este caso, después de tomarla en consideración tiene que remitirla a la Cámara Baja para su tramitación en éste como tal proposición.

Como especialidad, debe advertirse que la Constitución únicamente reserva al Gobierno la iniciativa de un proyecto de ley: el proyecto de ley de los presupuestos generales del Estado (art. 134).

### **3.2. Fase de discusión y aprobación.**

Se contempla de manera especial en los reglamentos de la Cámara. De forma general, los pasos que se dan son los siguientes:

a) Los proyectos o proposiciones de ley se presentan ante la Mesa del Congreso de los Diputados. La Mesa ordena su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío del texto a la Comisión correspondiente.

b) El plazo de presentación de enmiendas es de quince días. Las enmiendas pueden ser a la totalidad o parciales. En el primer caso, se produce un debate de totalidad en el Pleno para tomar una decisión acerca de la aceptación o rechazo del proyecto o proposición.

c) Una vez finalizado el debate de totalidad, si lo ha habido, y en todo caso el de presentación de las enmiendas, la Cámara nombra una ponencia con objeto de que redacte un informe en el plazo de quince días.

d) Concluido el informe, comienza el debate en Comisión, artículo por artículo. El debate finaliza con la aprobación de un dictamen, que luego se eleva al presidente del Congreso para su remisión al Pleno.

e) El Pleno delibera sobre el dictamen y sobre las enmiendas que se han mantenido, y procede a la aprobación definitiva del texto por el Congreso.

f) El texto aprobado por el Congreso de los Diputados se remite por su presidente al presidente del Senado. Aquí, con la limitación del plazo de dos meses, se vuelve a repetir prácticamente el mismo procedimiento que el seguido en el Congreso: publicación, presentación de enmiendas, deliberación en Comisión y deliberación y aprobación por el Pleno.

g) El Senado puede adoptar una de estas tres decisiones: aprobar el proyecto o proposición de ley en los mismos términos en que se aprobó por el Congreso de los Diputados, introducir enmiendas o vetarlo. En el primer supuesto, el proyecto o proposición no vuelve al Congreso, sino que su texto queda definitivamente fijado con la votación en el Pleno del Senado. En el segundo, el Pleno del Senado debate y vota las enmiendas, quedando incorporadas las que obtienen mayoría simple de los votos emitidos. En el tercer supuesto, se somete a debate y votación por el Pleno el texto aprobado por el Congreso y sólo puede acordarse el veto si así lo acuerda la mayoría absoluta; no obstante, el Congreso puede levantar el veto si la mayoría absoluta del Pleno ratifica el texto inicial o si, transcurridos dos meses desde la interposición del veto, la ratificación se efectúa por mayoría simple. El plazo de dos meses de que dispone el Senado para vetar o enmendar el proyecto se reduce al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.

### **3.3. Fase de integración de la eficacia de la norma.**

Toda ley válidamente aprobada por las Cortes Generales requiere, para ser plenamente eficaz, que se produzcan los tres actos que cita el

art. 91 CE: la sanción de la ley por el Jefe del Estado o “sanción regia” en el plazo de quince días, la promulgación, y la publicación. Sin cualquiera de estos requisitos, la ley no puede entrar en vigor y no puede ser aplicada.

a) *La sanción regia.*

Consiste en la firma por el Rey del texto de la ley aprobada. La sanción aparece en las leyes tanto con la referencia a la firma del Rey (“Juan Carlos R”), como con la siguiente fórmula: “Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley”.

El requisito de la sanción real es hoy un acto formal, carente de contenido, derivado de la etapa en que el Rey compartía con el Parlamento la tarea de aprobar leyes (monarquía limitada). En esta etapa el Parlamento elaboraba las leyes, pero era el Rey quien convertía, con su firma, la ley en mandato jurídico aplicable y vinculante.

En la historia española, desde las Constituciones de 1812 a las de 1876, la sanción ha obedecido a la concepción de que “la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey”. Será la Constitución de 1931 la primera en dar un carácter puramente formal y simbólico a la sanción de las leyes.

La Constitución de 1978 otorga la soberanía al pueblo español, faculta sólo a las Cortes Generales para ejercer la potestad legislativa del Estado y limita los poderes del Rey hasta convertirlos en un atributo meramente histórico y simbólico. En este marco es donde ha de interpretarse el alcance de la sanción real.

Sobre la sanción regia prevista en la Constitución actual la doctrina ha llegado a afirmar que es un requisito tan necesario como innecesario. Y es que una ley no sancionada por el Rey carece de un requisito esencial para que produzca sus efectos jurídicos, es decir, para que entre en vigor. Esta obligación constitucional del Rey de sancionar las leyes plantea el problema de qué ocurre si el Rey se niega a firmarla. Ante esta hipótesis sólo cabe una de estas tres soluciones: a) que finalmente el Rey firme, b) que abdique, o c) que las Cortes Generales le inhabiliten para el ejercicio de su autoridad.

*b) La promulgación.*

La promulgación puede definirse como el acto solemne por el cual el Jefe del Estado atestigua la existencia de la ley y ordena a las autoridades que la cumplan y la hagan cumplir en todas sus partes.

Suele aparecer en todas las leyes con la siguiente fórmula: “por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley”, que no es sino una fórmula arcaica que ha entrado en la práctica legislativa como un simbólico homenaje a la Corona, sin que haya que darle más trascendencia jurídica.

Si la sanción responde a la forma monárquica del Estado, la promulgación es una adaptación de la sanción a la forma republicana. Esta fórmula nace en Francia durante la elaboración del art. 1 del Código de Napoleón, según el cual las leyes serán ejecutivas “en virtud de la promulgación”. Restaurada la monarquía francesa, el art. 22 de la Carta Otorgada de 1814 terminó por acumular las dos instituciones al declarar que “sólo el Rey sanciona y promulga las leyes”, precepto que se reitera en las ulteriores constituciones monárquicas del siglo XIX.

El art. 91 CE asume también este criterio de acumular la sanción y la promulgación. Mientras la sanción es la participación del Jefe del Estado en el proceso legislativo, la promulgación consiste esencialmente en la solemne proclamación del contenido de la ley para conocimiento de cuantos (autoridades y ciudadanos) tienen la obligación de aplicarla y de obedecerla. Su explicación cierta obedece a los momentos históricos en que no se disponía de los medios de difusión suficientes para garantizar el conocimiento actual de las leyes, difusión que comienza a generalizarse a partir de la mitad del siglo XIX.

*c) La publicación.*

La Constitución, en su art. 9.3, fija como uno de los principios básicos del Estado de Derecho el principio de publicidad de las normas.

Este principio ya estaba recogido en el art. 2.1 del Código Civil, según el cual “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”.

La publicación es el acto por el cual se da a conocer la norma a los ciudadanos. Con este fin se concede un período de veinte días, deno-

minado *vacatio legis*, que se inicia en el momento de la publicación de la ley. Ahora bien, el mismo artículo permite que la propia ley (o reglamento) establezca el plazo de vacación que crea más conveniente, e incluso que llegue a suprimirlo.

Dado que la publicación posibilita a los ciudadanos el conocimiento de la ley, se les puede exigir su cumplimiento desde el momento de su entrada en vigor, no pudiendo alegarse como excusa el desconocimiento. De ahí la previsión legal contenida en el art. 6.1 del Código Civil: “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”.

### **3.4. Diferentes modalidades de tramitación de las leyes.**

En el ámbito interno de la elaboración de las leyes, las Cámaras pueden acordar que los proyectos o proposiciones de ley se tramiten de forma ordinaria, urgente o en lectura única.

La tramitación urgente opera una reducción de los plazos en el procedimiento legislativo. Se acuerda por la Cámara normalmente a petición del Gobierno.

La tramitación en lectura única se acuerda por la Cámara cuando lo aconseje la naturaleza del proyecto o proposición de ley o su simplicidad de formulación. En este caso, se somete la aprobación del conjunto del texto a una sola votación.

## **4. TIPOLOGÍA DE LAS LEYES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LEYES ORGÁNICAS Y LEYES ORDINARIAS.**

Atendiendo a su posible contenido material, la Constitución menciona, a lo largo de su texto, cuatro tipos generales de leyes: Leyes orgánicas (art. 81), leyes de bases (art. 82.2), leyes ordinarias (art. 82.2), leyes de delegación (art. 82.6). Pero también menciona hasta otros seis tipos de leyes específicas: las leyes de presupuestos generales del Estado (art. 134), los Estatutos de Autonomía (arts. 146 y 147), las leyes básicas (art. 149.1 CE), las leyes-marco (art. 150.1), las leyes de transferencia o delegación de facultades en las Comunidades Autónomas (art. 150.2) y las leyes de armonización (art. 150.3).

Por otro lado, si se observan las diferentes posibilidades de aprobación de las leyes, podrá verse que la Constitución distingue, en su art. 75, entre las leyes aprobadas por el Pleno de las Cámaras y las leyes de Comisión. Las leyes de Comisión se aprueban únicamente por las Comisiones Legislativas Permanentes, previa delegación al efecto del Pleno. No obstante, el Pleno puede recabar en cualquier momento la tramitación y consiguiente aprobación del proyecto o proposición. No pueden ser objeto de delegación en la Comisión la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas, las leyes de bases, ni los presupuestos generales del Estado.

En todos los casos, y esto es lo más relevante, se trata de “leyes” porque, cualquiera que sea su denominación, su contenido material o las especialidades de su elaboración, no hay más que *una* ley sustantiva, expresión de la voluntad de las Cortes Generales en cuanto encarnan la representación de la soberanía popular. Podrá variar el nombre, su contenido o su procedimiento de aprobación, pero, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, no existirá más que la ley, subordinada a la Constitución y a los tratados internacionales, y superior a las demás fuentes del Derecho.

En este punto, abordaremos las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, así como la relación entre ambas, dejando para otros capítulos el tratamiento de los demás tipos de leyes.

#### **4.1. Las leyes orgánicas.**

Dentro de las numerosas novedades introducidas por la Constitución en el sistema de fuentes del Derecho, destacan las leyes orgánicas. Estas leyes ocupan una posición central en el desarrollo de la Constitución, hasta el punto de que la norma suprema prevé un considerable número de ellas para regular distintas materias. Su importancia ha llevado al Tribunal Constitucional a manifestar que convierten a las Cortes Generales en un poder constituyente permanente (STC 173/1998, de 23 de julio).

La denominación “ley orgánica” aparece tanto en el sistema español de fuentes, como en el francés, aunque en ambos tiene un significado y alcance muy diferentes. Con anterioridad a la Constitución de

1978, la expresión “ley orgánica” se utilizaba tradicionalmente en el ordenamiento jurídico español para referirse a las leyes básicas reguladoras de determinadas instituciones o poderes del Estado, tales como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, o la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1945.

Sin embargo, la Constitución de 1978 no le da ese sentido y se inspira en el art. 46 de la vigente Constitución francesa, en el que se establece un procedimiento especial para aprobar o modificar leyes a las que se da el carácter de leyes orgánicas: *Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques son votées et modifiées dans les conditions suivantes (...). Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée Nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres...* Ahora, en el caso español, las leyes orgánicas son aquéllas que, por un lado, versan sobre determinadas materias prefijadas por la propia Constitución (requisito material) y, por otro, tienen un procedimiento especial de aprobación por las Cortes Generales (requisito formal o procedimental).

La Constitución establece una enumeración cerrada de las materias sobre las que puede recaer la ley orgánica; y, al mismo tiempo que prohíbe que tales materias se vean afectadas por una ley ordinaria, impide que las leyes orgánicas desborden su limitado campo de juego y entren en materias no reservadas a ellas. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha justificado la necesidad de una interpretación restrictiva del ámbito material en que operan las leyes orgánicas y el rechazo a toda ampliación por vía analógica, en el riesgo de la “petrificación” a que se llevaría el ordenamiento jurídico si se admitiera la posibilidad de que todo es regulable por una ley orgánica (STC 173/1998, de 23 de julio).

De acuerdo con el art. 81.1 CE, son leyes orgánicas las siguientes:

a) Las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. El precepto se está refiriendo única y exclusivamente a la Sección 1ª del Capítulo 2 del Título primero, cuyo contenido es el que ha de desarrollarse por ley orgánica. La reserva de ley orgánica no se extiende al art. 14 CE, que establece el principio de igualdad ante la ley. Para los derechos y deberes de los ciudadanos de la Sección 2ª basta la ley ordinaria, según se desprende del art. 53.

b) Las que aprueban los Estatutos de Autonomía. Una de las objeciones que se ha formulado a este punto es que se deja la aprobación definitiva del Estatuto en manos del Congreso y se restringe la intervención del Senado, que es la Cámara de representación territorial del Estado. Algunos estatutos, los de las Comunidades Autónomas de mayor contenido competencial, una vez sancionados y promulgados, sólo pueden modificarse mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes (art. 152.2 de la Constitución). Este procedimiento rígido y especial de los Estatutos de Autonomía, así como la especialidad de su contenido, impiden que puedan ser modificados unilateralmente por el Estado a través de leyes orgánicas. De este modo, los estatutos de autonomía se convierten en leyes orgánicas especiales, dotadas de una gran rigidez para su reforma.

c) Las que regulen el régimen electoral general. Por tal régimen ha de entenderse el conjunto de normas electorales válidas para las elecciones europeas, generales y locales. Hoy, esta regulación se contiene en la LOREG.

d) Las demás leyes previstas en la Constitución. Aquí entra un elevado número de materias: las bases de la organización militar (art. 8), el Defensor del Pueblo (art. 54), la suspensión individual de los derechos fundamentales (art. 55.2), el orden sucesorio de la Corona (art. 57.5), la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley (art. 87.3), las modalidades de referéndum (art. 92.3), la autorización para la celebración de tratados internacionales en los que se atribuya el ejercicio de competencias estatales a una organización o institución internacional (art. 93), las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 104.2), el Consejo de Estado (art. 107), los estados de alarma, excepción y sitio (art. 116), los juzgados y tribunales de justicia, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 122), el Tribunal de Cuentas (art. 136), la alteración de términos provinciales (art. 141.1), los supuestos especiales de constitución de Comunidades Autónomas (art. 144), la policía de las Comunidades Autónomas (arts. 148.1.22<sup>a</sup> y 149.1.29<sup>a</sup>), el referéndum para la aprobación de los estatutos de autonomía (art.

151.1), la financiación de las Comunidades Autónomas (art. 157.3), y el Tribunal Constitucional (art. 165).

De la existencia de las leyes orgánicas se deducen importantes consecuencias:

1<sup>a</sup>. Es inconstitucional una ley ordinaria que regule materias reservadas a una ley orgánica.

2<sup>a</sup>. Es igualmente inconstitucional una ley orgánica que regule materias no reservadas a la ley ordinaria. Se trata de impedir que una mayoría política coyuntural en el Parlamento convierta en ley orgánica (por consiguiente, de difícil modificación en posteriores legislaturas) materias que no están especialmente protegidas por el art. 81.1 CE.

3<sup>a</sup>. Es constitucionalmente posible la existencia de leyes orgánicas con “incrustaciones” de materias no reservadas a ella. Se trata de casos en que el núcleo fundamental de la ley está constituido por materias reservadas a la ley orgánica, y se abordan instrumentalmente aspectos ajenos a las materias del art. 81.1 CE.

4<sup>a</sup>. En el supuesto de conflicto entre una ley orgánica y una ley ordinaria que afecten a una misma materia, prevalece la ley orgánica.

5<sup>a</sup>. Si la competencia para su aprobación corresponde a las Cortes Generales, las materias que entren en su ámbito de regulación competarán a este órgano y, por tanto, al Estado. Las Comunidades Autónomas no pueden, pues, regular dichas materias, salvo en aquéllos extremos que lo prevean la Constitución o las propias leyes orgánicas. Una excepción parcial a esto se da en el caso del desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, en el que, finalmente, el Tribunal Constitucional ha resuelto dejar en manos del Estado central la regulación de los aspectos esenciales y permitir la entrada de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas siempre que respeten el contenido de las leyes orgánicas.

En cuanto a la especialidad del procedimiento de elaboración, las leyes orgánicas no se diferencian de las ordinarias ni en cuanto a la iniciativa del Gobierno y de las Cámaras, ni en cuanto a la intervención del Senado, ni en cuanto a la sanción real y su publicación en el BOE. La peculiaridad se encuentra precisamente, al igual que en la Constitución francesa, “en una votación final sobre el conjunto del proyecto”,

que exige mayoría absoluta del Congreso. No cabe, tampoco, la iniciativa popular para su promoción (art. 87.3 CE). Como tampoco cabe la delegación de su aprobación en las Comisiones Legislativas Permanentes (art. 75.3 CE). Todas estas especialidades procedimentales convierten la ley orgánica en una fuente extraordinaria del Derecho, porque es excepción al principio democrático habitual de la mayoría parlamentaria simple que inspira la formación de la voluntad ordinaria del Estado (en tal sentido, la citada STC 173/1998, de 23 de julio)

Se ha discutido mucho acerca de si las leyes ordinarias se subordinan jerárquicamente a las leyes orgánicas. La Constitución no afirma nada al respecto. Las discrepancias existen en el seno de la doctrina: mientras unos afirman la superioridad jerárquica de la ley orgánica sobre la ley ordinaria en razón de la mayoría cualificada que se requiere para su aprobación, otros no ven razones suficientes para apoyar esta postura y defienden que, en ambos casos, son leyes iguales, dotadas de especialidades en cuanto al procedimiento, pero cada una de ellas competente para regular las materias que les reserva la ley, por lo que sólo se trataría de leyes iguales, si bien cada una de ellas juega en su propio campo. Este último es el criterio seguido por el art. 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, con algunas matizaciones y vacilaciones iniciales, por la doctrina del mismo Tribunal (STC 213/1996, de 19 de diciembre). De esta manera, si una ley ordinaria regulara materias que corresponden a la ley orgánica, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad por incompetencia material. Nuevamente, hay que acudir al principio de competencia para explicar las relaciones entre una y otra ley y descartar el principio de jerarquía.

#### **4.2. Las leyes ordinarias.**

La Constitución no regula directamente todas las cuestiones que menciona y, para ello, se remite a ulteriores leyes de desarrollo. En esta remisión, si no se menciona un tipo determinado de ley (orgánica, de bases...), la norma procedente es la ley “ordinaria”.

No existe ningún límite a la potestad de las Cortes Generales para regular una cuestión, esté mencionada o no en la Constitución, mediante ley ordinaria, salvo el respeto a la Norma Suprema. Precisa-

mente, este respeto a la Constitución es el que ha llevado al arrinconamiento el famoso y expresivo aforismo de Delolme: “La Ley lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer”. Hoy, la ley sólo puede abordar aquello que le permite la Constitución (STC 104/2001, de 13 abril), si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad para actuar que deriva, en última instancia, de su legitimidad democrática (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, y 88/1996, de 23 de mayo).

Ahora bien, existen casos en que la Constitución impone la regulación de determinadas materias por ley con el propósito de evitar el intervencionismo de la Administración y de garantizar los derechos de los ciudadanos. Este es el denominado *principio de reserva de ley*, elemento nuclear del Estado de Derecho, que se recoge en el art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2º del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a)”, es decir, mediante el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad.

¿Qué debe entenderse por “contenido esencial” de los derechos y libertades constitucionales? El Tribunal Constitucional ha reconocido que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que, sin embargo, tiene un arraigo en la cultura jurídica en que la Constitución se circunscribe. Se forma a partir de las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas en Derecho; ideas y convicciones que contribuyen en cada momento a delimitar una imagen del derecho y de los conceptos que lo perfilan, que resulta indispensable para reconocerlo o no subsistente en las regulaciones de las que pueda ser objeto (STC 341/1993, de 18 de noviembre). El mismo Tribunal ha definido esta expresión como una técnica cuyo objeto consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular (STC 61/1997, de 20 de marzo). Su desconocimiento se produce cuando se deja el derecho de forma irreconocible.

## INSTITUCIONES BÁSICAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Son, por ejemplo, derechos reservados a la ley ordinaria: las obligaciones militares (art. 30), las obligaciones tributarias y fiscales (art. 31.1, conocido como “principio de reserva de ley tributaria”), las prestaciones personales y patrimoniales (art. 31.3), la regulación de las normas de matrimonio y su disolución (art. 32.2), la expropiación forzosa (art. 33.3), los colegios profesionales (art. 36) o la libertad de empresa (art. 38).



## CAPÍTULO XXI

### LA POTESTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO

*SUMARIO: 1. La potestad normativa del Poder Ejecutivo. Las disposiciones normativas con fuerza de ley.- 2. La potestad reglamentaria.*

#### **1. LA POTESTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO. LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS CON FUERZA DE LEY.**

##### *A) Introducción.*

Como ya hemos señalado reiteradamente, el Estado de Derecho se fundamenta en el principio de la división de poderes, conforme al cual el Poder Legislativo dicta las leyes y el Ejecutivo las ejecuta. Sin embargo, el Derecho de la mayor parte de los países europeos conoce una serie de supuestos en los que el Poder Ejecutivo aprueba disposiciones normativas con el valor y la fuerza vinculante de una ley formal. Al mismo tiempo, este mismo Poder dicta disposiciones generales con rango inferior a la ley que la completan y permiten su ejecución: es la conocida como potestad reglamentaria de la Administración pública.

Por tanto, podemos ver cómo el Ejecutivo es titular de una capacidad normativa, en unos casos, los menos, de naturaleza legislativa, y en

otros, los más, de naturaleza reglamentaria. Ahora bien, esta posibilidad de que dicte disposiciones con el valor o la fuerza de una ley debe interpretarse restrictivamente, pues siempre será una excepción al principio general de que la función legislativa corresponde al Poder Legislativo y, como tal excepción, su aplicación deberá producirse cumpliendo todos los requisitos que el Derecho establece.

En este epígrafe estudiaremos las disposiciones normativas que gozan de fuerza de ley y en el siguiente nos ocuparemos de la citada potestad reglamentaria.

*B) Las disposiciones del Poder Ejecutivo con fuerza de Ley.*

El ejercicio por el Poder Ejecutivo de una función legislativa se ha dado con frecuencia desde los tiempos de la I Guerra Mundial. Son varios los supuestos en que esto ocurre:

a) Cuando los textos constitucionales prevén la posibilidad de una delegación de la competencia legislativa en el Poder Ejecutivo.

b) Cuando la Constitución prevé circunstancias de urgencia y necesidad que exigen la adopción de medidas generales sobre determinadas materias, sin que sea posible esperar a la intervención del Poder Legislativo.

c) Cuando, no habiendo previsto nada la Constitución, el Gobierno se encuentra en la necesidad de adoptar medidas legales.

d) En los casos en que un Gobierno “de facto” concentra en sus manos todos los poderes.

La Constitución española prevé dos categorías de disposiciones dictadas por el Ejecutivo con fuerza de ley:

– Las dictadas en virtud de una delegación expresa que ha realizado previamente el Poder Legislativo.

– Las dictadas por razones de urgencia o necesidad que no permitan esperar a la intervención del Poder Legislativo.

Las primeras se conocen con el nombre de *Decretos-legislativos*. Las segundas, con el de *Decretos-leyes*. Ambas tienen dos notas en común: Se trata de normas que emanan del Poder Ejecutivo, y tanto unas como otras tienen el mismo valor que las leyes dictadas por el Poder Legislativo ordinario.

Pero se dan también otras dos notas que sirven para diferenciarlas:

1.<sup>a</sup> Mientras que en los Decretos legislativos el Poder Legislativo interviene *a priori*, dictando precisamente el acto de delegación que legitima la actuación legislativa del Ejecutivo, en cambio, en los Decretos-leyes la intervención del Poder Legislativo se realiza *a posteriori* con la finalidad de convalidar lo realizado por el Ejecutivo.

2.<sup>a</sup> El fundamento en uno y otro caso también suele ser distinto: en el supuesto de los Decretos legislativos se actúa por razones eminentemente técnicas, pues la delegación se realiza para que la Administración precise y desarrolle debidamente unas bases o principios generales sentados por el Poder Legislativo ordinario o lleve a cabo una refundición de las disposiciones legales existentes. En el segundo caso, en cambio, el fundamento es eminentemente político: la necesidad o urgencia con que el problema a resolver se ha planteado.

### C) *Los Decretos-leyes.*

Este tipo de disposiciones se regulan en el art. 86 CE, del que se desprenden estas notas:

a) El Decreto-ley es una disposición provisional. Es decir, requiere su convalidación posterior por las Cortes Generales en un breve plazo, pues de lo contrario pierde su eficacia y se convierte en un reglamento más de la Administración, sujeto a la Constitución y a las leyes, y controlable por los jueces y tribunales de justicia.

b) Hay una serie de “materias prohibidas” para el Decreto-ley que éste no puede afectar:

– El ordenamiento de las instituciones básicas del Estado.

– Los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución. En este caso, el Tribunal Constitucional viene admitiendo una utilización extensiva del Decreto-ley, únicamente limitada por las materias reservadas a una ley orgánica.

– El régimen de las Comunidades Autónomas.

– La legislación electoral general.

c) Los Decretos-leyes requieren, para su permanente validez e incorporación al ordenamiento jurídico, la convalidación ulterior por el

Congreso de los Diputados. Para esta convalidación existe un doble procedimiento de ratificación legislativa:

– El procedimiento normal, en el que el Congreso de los Diputados se reúne en el plazo de los treinta días siguientes a la promulgación del Decreto-ley. Dentro de ese plazo se pronuncia expresamente sobre su convalidación o derogación, sin que sea posible su modificación (art. 86.2 CE). La convalidación del Decreto-ley se realiza mediante una resolución del Pleno del Congreso, que se publica como tal en el BOE.

– El procedimiento de conversión legislativa, en el que se establece que, durante el mismo plazo de treinta días, las Cortes Generales podrán tramitar los Decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE). Realmente, lo que se hace es aprobar el Decreto-ley como tal, para, más tarde, tramitar un proyecto de ley por dicha vía de urgencia.

d) Tanto el Decreto-ley como la ley en que éste se convierte pueden ser impugnados ante el Tribunal Constitucional. En su control, el Tribunal puede analizar si concurre el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad y, si no aprecia tal concurrencia, anular la disposición.

#### *D) La legislación delegada y los Decretos legislativos.*

La delegación del Poder Legislativo en el Ejecutivo para que dicte determinadas disposiciones generales con fuerza de ley, puede ser general o especial.

– La *delegación general* tiene lugar cuando el Parlamento o Cámara legislativa concede al Gobierno, en atención a las circunstancias por las que atraviesa el país, los llamados plenos poderes para que resuelva la difícil situación. Es una delegación total.

– La *delegación especial* otorga facultades legislativas al Gobierno, pero sólo respecto de determinadas materias y señalando las bases o criterios que han de servir de límite a la disposición del Poder Ejecutivo, que recibe el nombre de “Decreto legislativo”. Esta delegación es la que contempla el art. 82 CE:

La delegación especial en la Constitución se emplea únicamente en dos casos:

– Cuando las Cortes Generales dictan una *ley de bases* sobre una determinada materia y el Gobierno la desarrolla minuciosamente mediante un texto articulado que, una vez dictado, tiene valor de ley formal. Las leyes de bases no pueden, en ningún caso, autorizar la modificación de las propias bases o facultar para dictar normas con carácter retroactivo (art. 83).

– Cuando las Cortes Generales, mediante una *ley ordinaria*, autorizan al Gobierno para realizar refundiciones de textos legales dispersos sobre una concreta materia en un texto único, que en adelante será el único aplicable y que tendrá valor de ley.

El mencionado art. 82 CE fija las siguientes limitaciones a la delegación:

a) La delegación ha de versar sobre materias determinadas no incluidas en la reserva a las leyes orgánicas (art. 82.1).

b) La delegación legislativa ha de otorgarse de forma expresa, para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. No puede entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indefinido. La delegación legislativa se agota por el uso de que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente (art. 82.3).

c) La delegación sólo puede realizarse a favor del Gobierno. Este no puede, a su vez, realizar una subdelegación en otras autoridades (art. 82.3).

d) Las leyes de bases deben delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (art. 82.4).

e) La autorización para refundir textos legales debe determinar el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos (art. 82.5).

En todos los casos, el texto dictado por el Gobierno se aprueba mediante un “Decreto legislativo” (art. 85 CE). Una vez dictado el Decreto legislativo, éste constituye el texto legal aplicable por la Administra-

ción y los tribunales. Sin embargo, la ley de bases o la ley de autorización de la refundición no desaparecen del ordenamiento jurídico, sino que conservan su vigencia con una doble finalidad: en primer lugar, para integrar la interpretación de cualquier precepto del Decreto legislativo; y en segundo lugar, para verificar la legalidad del Decreto legislativo. A tal efecto, el art. 86.2 CE sujeta los Decretos legislativos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se dé infracción de la ley de bases o de la ley de autorización de la refundición.

## 2. LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

### *A) Concepto.*

La potestad reglamentaria es la facultad de la Administración pública de aprobar reglamentos.

Un reglamento es toda disposición jurídica de carácter general y abstracto dictada por la Administración pública y con valor subordinado a la ley.

Son disposiciones que provienen directamente de la Administración, por concederle el ordenamiento jurídico competencias propias para aprobar, de modo ordinario, normas sometidas a la ley. Los reglamentos se diferencian de los Decretos-leyes y de los Decretos legislativos en que estos son disposiciones del Gobierno con fuerza de ley que se dictan en casos excepcionales y tasados y suponen una verdadera sustitución del Poder Legislativo ordinario.

Los reglamentos están subordinados a la ley (de este modo, se habla de que están sometidos al principio de legalidad) y el control de su adecuación a la ley corresponde, en última instancia, a los órganos judiciales a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

### *B) Justificación.*

Podemos citar, aun cuando existan también otras, cuatro grandes razones explicativas de por qué la Administración pública es titular de esta potestad reglamentaria:

1.<sup>a</sup> La razón puramente histórica, que se asienta en el carácter residual del poder ejecutivo del monarca. La división de los poderes concen-

trados en el rey absoluto no se lleva hasta sus últimas consecuencias, sino que deja en manos de éste y, más concretamente, de la Administración de que se rodea, un residuo de funciones legislativas y jurisdiccionales. Con el devenir del tiempo, esta función del monarca pasará al Gobierno.

2.<sup>a</sup> La razón técnica, ya que la composición política de las cámaras legislativas determina que no sean las más idóneas técnicamente, por su carencia de conocimientos o su falta de especialidad, para la confección de los reglamentos.

3.<sup>a</sup> La gran movilidad de las normas administrativas exige que éstas no tengan el rango formal que la ley comporta, lo que facilita su constante modificación, derogación o sustitución por otras.

4.<sup>a</sup> La oportunidad de atribuir determinadas materias al Poder Ejecutivo para que las reglamente, ya que el legislador no puede prever todas las contingencias que puedan darse.

### C) *Fundamento.*

Por “fundamento” hay que entender el título jurídico por el cual la Administración puede dictar reglamentos.

Los ordenamientos positivos acuden en última instancia a una de estas dos teorías para explicar el fundamento jurídico de la potestad reglamentaria:

La tesis de la delegación por el Poder Legislativo en el Ejecutivo. En esta tesis, la potestad reglamentaria se concibe como una verdadera legislación, por lo que, en principio, debe estar atribuida al Poder Legislativo. Sólo una delegación de éste al Ejecutivo puede explicar que aparezca en manos de la Administración.

La tesis de la potestad reglamentaria como un poder propio de la Administración. En esta tesis, la potestad reglamentaria supone el ejercicio por la Administración de poderes propios, atribuidos directa y originariamente por el ordenamiento jurídico. Esta es la tesis que adopta la Constitución española de 1978 en su art. 97, al atribuir directamente al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. Tal atribución supone que la Administración puede dictar disposiciones generales sin necesidad de una previa y expresa habilitación legislativa, pero respetando en todo caso lo que digan la Constitución y las leyes.

Por otra parte, la Constitución reconoce implícitamente, en sus arts. 153 c) y 161.2, la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas, que también tiene carácter originario en el ámbito de sus competencias. En cambio, la potestad reglamentaria de los restantes entes públicos es derivada y sólo la ostentan cuando la ley se la atribuye y en la medida y para las funciones con que se efectúa la atribución.

La atribución directa de la potestad reglamentaria al Gobierno por la Constitución ha planteado la pregunta de si los órganos inferiores al Gobierno pueden dictar reglamentos, como ocurría en la legislación preconstitucional. La mayor parte de la doctrina considera que, tras la entrada en vigor de la Constitución, los ministros han perdido la facultad de dictar los llamados “reglamentos independientes”, por lo que sólo pueden aprobar reglamentos que se ciñan a las cuestiones internas del ministerio de que se trate, sin que puedan interferir en el ejercicio de los derechos de los particulares. Esto es, al Gobierno corresponde, de forma originaria, la titularidad de la potestad reglamentaria. Cualquier otro órgano o entidad pública –con la excepción de las Comunidades Autónomas– necesita la previa habilitación legal para el ejercicio de esta potestad. También los ministros han perdido la facultad de delegar su potestad normativa en una autoridad inferior (*delegata potestas non delegatur*).

#### D) Clases de reglamentos.

Podemos clasificar los reglamentos por razón de su contenido y por razón de la autoridad de la que provienen.

Desde el punto de vista de su contenido, los reglamentos administrativos pueden ser ejecutivos o independientes.

Son reglamentos *ejecutivos* los que se dictan para desarrollar y aplicar preceptos de una ley anterior. Tal desarrollo puede ser parcial –de determinados preceptos de la ley– o total, apareciendo entonces como reglamento general para la ejecución de la ley. Los reglamentos ejecutivos han de dictarse previa audiencia de la comisión permanente del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma que realice las mismas funciones.

Los reglamentos *independientes* son aquéllos que se dictan prescindiendo de cualquier ley anterior y, precisamente por su ausencia, para regular relaciones o situaciones que a la Administración interesa configurar. Estos reglamentos norman las relaciones de la Administración con los administrados, pero no los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos de carácter general. A esta categoría pertenecen los reglamentos de organización administrativa (o reglamentos organizativos), que agotan su eficacia en el ámbito de la propia Administración, sin que puedan regular las relaciones entre aquélla y los particulares o entre los entes públicos.

Desde el punto de vista de la autoridad que los dicta, los reglamentos pueden ser estatales, de los gobiernos de las Comunidades Autónomas, de las Diputaciones Provinciales y, ya en el ámbito municipal, de los Alcaldes y de los Ayuntamientos en Pleno. A su vez, los reglamentos estatales obedecen a la siguiente jerarquía:

- Real Decreto, aprobado por el Consejo de Ministros.
- Orden de una de las Comisiones Delegadas del Gobierno o que afectan a varios Departamentos ministeriales.
- Orden Ministerial, dictadas por el Ministro correspondiente.

En el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, los reglamentos adoptan la forma de Decreto Foral si provienen del Gobierno de Navarra, o de Orden Foral si emanan del Consejero correspondiente.

Especial mención merecen las llamadas “instrucciones y órdenes de servicio” y las “circulares”, reguladas en el art. 21 LRJAP y PAC. Son simples directivas de actuación que los órganos administrativos superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la jerarquía. No son una especial manifestación de la potestad reglamentaria, sino una consecuencia derivada de la jerarquía. De su naturaleza podemos extraer tres consecuencias:

1.<sup>a</sup> El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí sólo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos. No obstante, la infracción de estas normas puede dar lugar a la iniciación de un expediente disciplinario contra el desobediente.

2.<sup>a</sup> Los efectos jurídicos se producen sin necesidad de que la instrucción o circular sea publicada. Basta con que la circular haya sido conocida por el inferior jerárquico al que se dirige. Sin embargo, cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, se publicará en el diario oficial que corresponda.

3.<sup>a</sup> Las instrucciones y las circulares no modifican situaciones jurídicas individuales, ni vinculan al ciudadano, ni a los jueces o magistrados, ni a funcionarios que no sean estrictamente los inferiores jerárquicos de la autoridad que las dicta.

Tampoco deben confundirse los reglamentos que dictan las Administraciones públicas españolas en el Derecho interno con los Reglamentos comunitarios. Estos pueden provenir tanto del Consejo, formado por los ministros competentes de una determinada materia de los estados miembros de la Unión Europea, como de la Comisión Europea en desarrollo de los anteriores. En cualquiera de los dos casos, el rango de los Reglamentos comunitarios es superior al de los reglamentos del Derecho interno, por lo que éstos no pueden establecer disposiciones que los vulneren o desconozcan.

*E) Límites de la potestad reglamentaria.*

El ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido jurídicamente a límites que no deben ser violados. Estos límites derivan indistintamente:

- Del principio constitucional de la reserva de la ley.
- De la propia naturaleza de los reglamentos administrativos en cuanto disposiciones subordinadas a la ley y, por tanto, sujetas a los principios de legalidad y de jerarquía normativa.
- Del principio constitucional de publicidad de las normas.

Como consecuencia del principio de la reserva de la ley, la Administración no puede por vía reglamentaria:

1. Reglamentar las materias que citan los arts. 81.1 y 53.1 CE y los demás preceptos constitucionales que atribuyen materias a la ley formal.
2. Establecer ni imponer penas.

3. Establecer prestaciones personales obligatorias
4. Establecer tributos, ni ningún otro tipo de exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda, ni otras cargas similares.
5. Regular aquellas otras materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 51.1 LRJAP y PAC).

Como límites que derivan de la propia naturaleza de los reglamentos, sujeta a la ley, deben señalarse los siguientes:

1. Los reglamentos no pueden derogar ni modificar el contenido de leyes formales, Decretos-leyes o Decretos legislativos, ni de otros reglamentos dictados por una autoridad de mayor jerarquía (art. 51.2 LRJAP y PAC).
2. Los reglamentos independientes no deben limitar derechos subjetivos, ni situaciones jurídicas adquiridas de los particulares.
3. Los reglamentos ejecutivos de una ley que autorice la limitación reglamentaria de derechos a particulares no deben extenderse a materias distintas de la ley de autorización.
4. Los reglamentos no deben regular cuestiones que, por su naturaleza, pertenezcan al campo jurídico-privado.
5. Los reglamentos no pueden establecer la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

El efecto que produce la vulneración de estos límites es la nulidad de pleno derecho del reglamento. Así lo dispone el art. 62.2 LRJA y PAC: “También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas por ésta a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

El principio constitucional de publicidad de las normas se traduce en el mandato recogido en el art. 52.1 LRJAP y PAC: Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas han de publicarse en el diario oficial que corresponda.

*F) La defensa jurídica contra los reglamentos ilegales.*

El ordenamiento jurídico vigente comprende un conjunto de medios de defensa a disposición de quienes resulten afectados por un reglamento ilegal. Estos medios pueden ejercitarse a través de tres vías:

– La vía penal. El Código Penal configura el delito de usurpación de atribuciones en su art. 506: “La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años”.

– La vía de excepción. Se recoge en el art. 6 LOPJ, en cuya virtud los jueces y tribunales no deben aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

– La vía contencioso-administrativa, que es la más usual. Corresponde a los tribunales controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo, contempla la posibilidad de impugnar las disposiciones de carácter general de la Administración pública (art. 25.1). La impugnación puede dirigirse contra la misma disposición o contra los actos que se produzcan en aplicación de ésta, fundada en que la disposición no es conforme a Derecho (art. 26.1). Cuando un órgano judicial dicte sentencia estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la denominada “cuestión de ilegalidad” ante el tribunal competente para conocer del recurso contencioso-administrativo directo contra la disposición (art. 27.1). No obstante, si el tribunal es el competente para conocer del recurso directo, la sentencia declarará la invalidez o nulidad de la disposición general (art. 27.2). No es necesario plantear la cuestión de ilegalidad cuando el Tribunal Supremo anula la disposición por vía directa o indirecta (art. 27.3). Las sentencias firmes que anulan una disposición general tienen efectos generales desde el día en que se publica su fallo y los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada (art. 72.2). Estas sentencias firmes no afectan a la eficacia de las sentencias o

actos administrativos firmes que hayan aplicado la disposición anulada antes de que la anulación alcance efectos generales, salvo en el caso de que la anulación suponga la exclusión o la reducción de sanciones aún no ejecutadas completamente (art. 73).



## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Con independencia de la bibliografía específica, se indican a continuación algunas obras generales sobre el Derecho constitucional. Omitimos deliberadamente el año de edición con el fin de que quién esté interesado, pueda encontrar la edición más reciente:

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional, dos volúmenes*, Editorial Tecnos, Madrid.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, Editorial Tecnos, Madrid.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ediciones El Foro, Madrid.

Autores Varios, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, varios tomos, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

Autores varios, *Constitución Española. Edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Autores Varios, *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, tres volúmenes, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, TROPER, Michel, *Manuel du Droit Constitutionnel*, LGDJ, París.

DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P, *Curso de Derecho Constitucional Español*, varios volúmenes, Universidad Complutense, Madrid.

DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P, *El régimen constitucional español*, Editorial Labor, Barcelona.

FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Madrid.

GARRIDO FALLA, Fernando, y otros autores, *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid.

GARRORENA MORALES, Angel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid.

LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCIA MORILLO, Joaquín, PÉREZ TREMP, Pablo, SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional*, dos volúmenes, Editorial Tirant lo blanch, Valencia.

- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, dos volúmenes, Editorial Tecnos, Madrid.
- MARTIN RETORTILLO, Luis, *Leyes Administrativas*, en la colección de Códigos Básicos, Ed. Aranzadi-A Thompson Company.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*, en la colección “Temas clave de la Constitución Española”, Editorial Tecnos, Madrid.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Editorial Civitas, Madrid.
- PREDIERI, Alberto, GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, y otros, *La Constitución Española de 1978. Un estudio sistemático*, Editorial Civitas, Madrid.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, Editorial Nacional, Madrid.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, MELLADO PRADO, Pilar, y GOIG MARTÍN, Juan Manuel, *La democracia constitucional española*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, y MELLADO PRADO, Pilar, *Principios de Derecho Político*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, y MELLADO PRADO, Pilar, *Sistemas políticos actuales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, Atomo Ediciones SA, Madrid.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, dos volúmenes, Atomo Ediciones SA, Madrid.