

SEGUNDA PARTE

TÍTULO II, LA CORONA

25-02-02

ARTÍCULO 56

Artículo 56:

- 1. 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.*
- 2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.*
- 3. La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65,2.*

En el artículo 56 se desarrolla una parte fundamental de todas las doctrinas vistas hasta ahora, pues recoge las funciones del Rey, convirtiéndose en un artículo clave, porque en él, se fusionan los problemas de los artículos 1, 2 y 9:

· Artículo 1, problemas:

1.1 soberanía, Estado Social y Democrático de Derecho.

1.2 soberanía nacional en el pueblo.

1.3 forma política del Estado español: Monarquía parlamentaria.

· Artículo 2, problema: la unidad de la nación española.

· Artículo 9, problemas: son dos y vienen expuestos en la primera parte.

La clave para interpretar este artículo, se basa en la relación entre el problema de la unidad de la nación –sujeto político preexistente que se dota de una Constitución– y el de la soberanía –el Rey es el soberano en las Monarquías Absolutas, pero con el cambio de legitimidad, el titular del poder constituyente, es el pueblo, articulándose la supervivencia de la Monarquía a través de la representación: el Rey es el representante supremo del Estado–. Pero, ¿qué es el Estado?. Estado como unidad política, identificado con el pueblo como unidad política que, consciente de su ser, se dota de una Constitución –concepto de Constitución Absoluta de Schmitt–. El Rey como símbolo de la unidad, la reconduce a la pluralidad de los propios actos estatales. Su papel, interviniendo en todos los actos supremos del estado, es dar unidad a todas las voluntades de los diferentes poderes.

ARTÍCULO 56.1: *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.*

El Rey es el Jefe del Estado:

En primer lugar, la Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico. Como Norma Suprema, significa que todos los preceptos de la Constitución, tienen validez normativa. Esta es la Teoría comúnmente aceptada por la doctrina. Pero sin embargo, esta misma Teoría, cuando analiza la Corona, habla de un contenido, simbólico e ideológico –algo incompatible, por así decirlo, con lo que implica la validez normativa–. Al analizar este artículo, vemos que no estamos ante un símbolo formal –Corona–, sin competencias reales, sino que el Rey, es un poder efectivo, u además, el poder supremo, el Jefe del Estado.

La constitucionalidad de la Corona, convierte e tradicional órgano de la soberanía –el Rey–, en un órgano constitucional, el principal, pues tiene una posición preeminente, tanto formal como materialmente, es decir, que puede ejercer de forma autónoma e independiente el ejercicio de su potestad. Pero por otro lado, sus actos tienen que estar refrendados, lo que no elimina la capacidad efectiva del propio Rey, pues estamos haciendo referencia a distintas voluntades.

En el constitucionalismo histórico, el Jefe del Estado es el jefe del poder ejecutivo. En el constitucionalismo actual, el Rey, como Jefe del Estado, está al margen de los poderes del Estado, no participando del poder ejecutivo –tal y como haría en el constitucionalismo histórico–, ejerciendo un poder preeminente como poder arbitral y moderador –fuera de los poderes del Estado, pero por encima de ellos, debido a su poder arbitral y moderador–.

Funcionalmente, en la Jefatura del Estado, hay que distinguir entre Rey y Presidente de la República. La diferencia es que el Rey no es elegido, su elección, se basa en criterios hereditarios. Además, frente a la responsabilidad del Presidente de la República, el Rey es irresponsable. Este carácter hereditario, se recoge en el artículo 57 de la Constitución de 1978. Pero el legítimo heredero al que tendría que haberse referido este artículo, sería el Conde de Barcelona, Don Juan.

Símbolo de la unidad y permanencia del Estado:

· Unidad: este tema hace referencia al concepto de unidad, al problema del mismo y a su resolución. Hay dos resoluciones para el problema de la unidad, basadas en dos suposiciones, una de Schmitt –ontológico-existencial– y otra de Kelsen –lógico-formal: la Grundnorm–. El Rey es el símbolo de la unidad del Estado, representa esta unidad frente a la distinción funcional/ división orgánica de poderes. Esta unidad del Estado se construye a través de estas dos suposiciones: unidad del Estado como unidad política o unidad del Estado como unidad jurídica. Podemos recoger ambas propuestas, pero la referencia nos la daría el fundamento de la Constitución, recogido en el artículo 2 –Schmitt–, pues unidad del Estado, hace referencia a un sujeto político previo a la Constitución (es el caso de la Corona). Esta representación simbólica de la unidad, se personifica en el sujeto preexistente a la Constitución: en la persona física del Rey, por lo que éste, no sería sólo Jefe del estado, sino algo más, un símbolo de esa unidad, pero en realidad, de esa suposición de unidad. Esta suposición existencial, se simboliza en la persona del Rey, objetivando la ficción en este individuo –que representaría los sentimientos de unidad del poder político que conllevaría la integración–. El Rey condensa las ideas de pertenencia a un grupo homogéneo, compacto e integrado. Por ello, participa en los actos estatales más importantes.

En la titularidad suprema que tiene el Rey de estos actos, se posibilita la transformación de la voluntad de los actos estatales en una voluntad unitaria, ya que el Rey, participa en todos los actos más importantes del Estado. Esta voluntad dispersa –pluralidad horizontal– de cada órgano, gracias a la participación del Rey, se convierte en una unidad como un todo, como una unidad. El papel simbólico del Rey es plasmar esta ficción de la voluntad como unidad. Igualmente, el Rey transforma la pluralidad territorial –pluralidad vertical del Estado, distribución vertical del poder–, en unidad.

En esta distribución vertical del poder –Estado de las Autonomías–, se recoge una función tradicional de la

Corona: unificar las diferentes personalidades jurídico-políticas en las que se dividía el Estado, distintas entre ellas.

Actualmente, el papel del Rey, sería el supremo eslabón del Estado de las Autonomías, porque a través de él, el derecho de las autonomías, se integra en el principio de la unidad de la nación española.

En el proceso constituyente, este carácter simbólico se vio desde dos puntos de vista:

a) Desde el punto de vista positivo: aumento de la relevancia de los poderes regios. El Rey como símbolo, excedería la función de mero Jefe del Estado.

b) Desde el punto de vista negativo: el símbolo se ve como limitación de los poderes regios –propuesta que no prosperó, la del PCE-. El Rey como símbolo, supondría por tanto, limitar al máximo su intervención como poder efectivo.

Los constituyentes, optaron por la primera, o por una solución intermedia, en el sentido en que el Rey como símbolo, significa que la representación del Estado, no es exclusiva del Rey, existiendo otros órganos. Pero al tiempo, el Rey como símbolo, también significaría que no es una magistratura formal, sino que tiene competencias. Lo que ocurre es que estas competencias, estaría reguladas y determinadas exhaustivamente por la Constitución –artículo 68-. Esta exhaustividad no implica que el carácter del Rey como poder arbitral y moderador, trasciende estas competencias.

26-02-02

El Título II, de la Corona, entra dentro del procedimiento de reforma agravado: reforma total. Mal llamado así porque cuando la Constitución se reforma de forma total, no es a través del procedimiento de reforma ordinario, sino a través de una ruptura o quiebra con el régimen anterior. Por ello, se criticó la denominación reforma total para este Título. Éste, hace referencia a un procedimiento que trata de evitar la reforma, de ahí, su complejidad. Afecta a todos los artículos de la Corona, en definitiva, para mantener así la Monarquía.

El Título II, según Garrido Falla, entra dentro del consenso mayoritario. Pero en realidad, no había consenso, sino imposición. No hubo diálogo república vs. monarquía, pues se impuso directamente ésta última.

· El Rey como permanencia del Estado: se refiere a una visión estática del Estado, que se realiza a través de la visión de la figura del Rey como símbolo de un Estado permanente. Es la reproducción biológica lo que da permanencia a la Monarquía y por tanto, al Estado como tal, pues su forma es monárquica.

La clave es el análisis de la polémica sobre el Defensor de la Constitución –artículo 66 relacionado con el artículo 61-:

Artículo 66:

1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

3. Las Cortes Generales son inviolables.

Artículo 61:

1. El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará 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.

2. El Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de fidelidad al Rey.

Además, aparece el artículo 5 de la Constitución Francesa de 1958, referente al Presidente de la República, pues se asemeja al artículo 66 español y, él mismo, a nuestro artículo 61. El Presidente de la República, es el defensor de la Constitución, y el árbitro y moderador del funcionamiento de los poderes públicos –no institucionales como en nuestro caso–. La conversión del modelo burgués, se muestra en la Constitución francesa al hablar de los poderes públicos, mientras que en la nuestra, se habla de instituciones.

Artículo 5: *El Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados.*

La correlación de un artículo con otro, es clara, pero se omite porque se pretende ocultar cómo el Rey podría ejercer la misma función que el Presidente de la República Francesa –podría hacerlo, pero no lo hace porque no es necesario–. Esta polémica surge a raíz de la solución que da Kelsen al problema del Defensor de la Constitución. Elabora para ello un artículo, criticado después por Schmitt. En el fondo de esta controversia, late el propio Estado liberal de derecho, que está en crisis. Esto hace que se requiera un defensor de la Constitución –si no existiera la crisis, esta figura no sería necesaria–. La transformación del Estado liberal al Estado total, no se hace a través de un Estado pasivo, pues éste, está identificado con la sociedad, regulando toda actividad. Ese Estado se convierte en un Estado activo, pues es intervencionista.

Paralelamente, hay un cambio de las fuentes del derecho. La ley no es sinónimo de derecho, no es fuente primera. En el Estado legal de derecho, la ley se identificaba con el derecho, ahora no. La Constitución aparece con valor normativo. Por ello, se necesita un defensor, para que las leyes no se contradigan con los preceptos de la Constitución.

Pedro de Vega habla de tres situaciones históricas sobre la defensa de la Constitución:

a) Época de la Revolución burguesa: los primeros textos de la Constitución daban al pueblo la soberanía, convirtiéndose en el único guardián de la Constitución.

b) Siglo XIX en Francia –Monarquía Constitucional–: se habla de un nuevo titular, el Rey, que a su vez, encarna un poder neutral. Nos encontramos al pueblo como el titular de la soberanía, pero al Rey, como defensor de la Constitución.

c) Siglo XX: la solución es la de Kelsen, siguiendo al Tribunal Constitucional, creado para la defensa de la justicia constitucional. Frente al modelo americano donde todos los jueces velan por la Constitución, Kelsen propone un Tribunal específico: el Tribunal Constitucional –figura recogida en la Constitución de Austria–. Este modelo lo recoge la Constitución de 1931 de la II República en lo que respecta al tribunal de Garantías Constitucionales.

La polémica se circunscribe en la República de Weimar, cuyo modelo no recoge la solución de Kelsen. Se plantea entonces quién debe velar por la salvaguarda de la Constitución y la respuesta, viene de Schmitt, criticando a Kelsen. Schmitt afirma que el Tribunal Constitucional no puede velar por la Constitución porque es un Tribunal y como tal, en el modelo del Estado liberal de derecho, la justicia aplica la ley, no crea derecho. Schmitt no habla de las contradicciones manifiestas entre ley y Constitución, para él, ese no es el problema, sino el litigio. La defensa aparece en los supuestos donde hay una contradicción no manifiesta,

insertada en el propio texto constitucional. Es la propia Constitución la que establece el conflicto. Ahora bien, ¿quién soluciona este litigio? Se trata de un conflicto político, por lo que debe ser un órgano político el que se ocupe de resolverlo, es decir, el que se ocupe de esa salvaguardia.

Schmitt utiliza una visión ideal del liberalismo para demolerlo. Hay que suprimirlo. Para criticar a Kelsen, dice que su solución es incompatible con la separación de poderes que, en el sistema liberal, se traduce en: política –legislación– y justicia –aplicación de la ley–. Afirma que el modelo de Kelsen no es compatible con esta separación, puesto que el Tribunal Constitucional crea derecho e innova. No realiza justicia en el sentido de aplicar la ley –sentido liberal–. Pero Schmitt es consciente de que esa separación realmente, no existe.

Kelsen, en su modelo, ya había dicho que toda actuación del Estado, realiza a la vez, una doble función, que en el sistema liberal estaba separada: creación y aplicación de la ley– Por ello, aunque se diga que el modelo de justicia de Kelsen refuerza el Estado liberal de derecho, más bien, induce a su transformación. Se rechaza el modelo liberal, que se supera con una nueva forma de Estado.

El Tribunal Constitucional, en este orden de cosas, realiza esa doble función. Sus sentencias son acto legislativo y legislador a la vez. Ahora, la función legislativa, la realizan el Parlamento, como legislador positivo y el Tribunal, como legislador negativo. Esto se entiende si se traslada la idea a todos los órganos constitucionales, pero el Tribunal Constitucional, aparece como la mejor solución para desarrollar esa función de salvaguarda –pues goza de más libertad que los Tribunales ordinarios–.

4-03-02

Esta polémica podría haberse introducido en el Título IX, del Tribunal Constitucional, pues de ella, sale un tema clave: quién debe ser el defensor de la Constitución. Esta cuestión se plantea en una situación de crisis, que hace necesaria la definición de esa figura. Esta situación corresponde a la República de Weimar y su superación se lleva a cabo a través del comunismo y del fascismo.

Schmitt planteaba un modelo ideal de Estado legislativo parlamentario –modelo ideal de Constitución liberal–, criticando a Kelsen. Este modelo se corresponde con el concepto ideal de Constitución del Liberalismo –sublimación, distribución/ división del poder y neutralización del mismo–. Pero el concepto de Constitución de Schmitt no se corresponde con este ideal pues aparecen:

- Concepto Absoluto: identificación de Constitución y Estado –unidad política–.
- Concepto Positivo: que esta unidad política, adopta una decisión, lo que implica un concepto decisionista de Constitución.

Aunque Schmitt, años antes de *La Defensa de la Constitución* de 1931, define su concepto de Constitución, critica la solución de Kelsen, afirmando que quiebra el modelo liberal burgués, quebrantándolo, porque no es una solución válida. Se apoya en la distinción entre política –actividad del legislativo que crea leyes como normas generales– y justicia –deducción automática y artificial de la decisión del juez (sentencia) de la norma general–. Entre ambos, se plantea un diálogo de sordos porque la polémica no puede ser confluyente entre autores antagónicos, puesto que sus soluciones son radicalmente opuestas. Schmitt pone trampas: distinción entre política y justicia, pues él, reiteraba que toda decisión, incluida la judicial, no puede subsumirse de forma automática al contenido de la norma, porque es discrecional. Por tanto, su crítica a Kelsen, se viene abajo, ya que no hay posibilidad de separar justicia y política de forma tan tajante. De ahí, su artificio.

Kelsen, cuando habla del ordenamiento jurídico como sistema escalonado de normas, observa toda la actuación de los órganos estatales, independientemente de su nombre. Es al tiempo, aplicación de la norma superior y creación de Derecho. Esto, también lo decía Schmitt, pero idealizando de nuevo el modelo

subliminal y utópico del Liberalismo a través de la separación anterior. Decía que el Tribunal Constitucional, no puede ser un órgano político, sino un órgano que ajuste al modelo ideal porque éste, se quebraría. Pero este modelo, ya estaba quebrado, por lo que había que darle una salida, la cual, hace referencia a una distinción entre un precepto legal y la Constitución, y un litigio verdaderamente considerado. En precepto legal/Constitución, Schmitt es partidario de que se siga el modelo de justicia constitucional difuso –que el juez aplique la Constitución y no el principio contradictorio de la ley–. Pero el problema se presenta cuando aparece el litigio constitucional –situación crítica y excepcional–. No es una manifiesta contradicción, pues habla de una ambigüedad inserta en la propia Constitución. Estas contradicciones o ambigüedades, aparecen por actos apócrifos de la soberanía –compromisos dilatorios–. En el proceso constituyente que se dicta de una Constitución escrita, no hay consenso entre las fuerzas para plasmar un modelo. Esto se pospone al recoger una fórmula dilatoria que aplaza la decisión. Esta fórmula diluye la propia razón de ser de la decisión constituyente, pues ésta, no se toma, se pospone. Esto es un litigio constitucional porque precisará en un futuro, de una determinación o decisión.

Schmitt define el soberano como el que decide en el caso excepcional, pues el litigio constitucional, es una situación excepcional y como tal, es un acto del soberano o representante del mismo. Por esto, Schmitt se pliega, en su modelo, a la solución del Presidente del Reich, del Presidente de la República, pues, como representante que se vincula directamente con el pueblo, actúa como soberano, como si su voluntad fuera la voluntad de la unidad política del pueblo. Es el único con legitimidad para resolver el litigio constitucional, por lo que éste, es una situación política.

En el modelo de Schmitt de entreguerras, frente al anterior –burgués–, la homogeneidad trasladada al Parlamento, donde los intereses no eran contrapuestos, pues eran los de la burguesía, que se identificaba con la nación, el Parlamento, desde la homogeneidad burguesa, actúa como defensor de la Constitución. Pero con la sociedad de masas, en la lucha interpartidista de clases, el Parlamento no plasma homogeneidad, sino la lucha de los partidos de clase. No puede mostrar ninguna unidad política, ni puede adoptar ninguna voluntad homogénea, pues sólo muestra la heterogeneidad de intereses contrapuestos. Es un Estado total pluralista de partidos. Esta lucha es lo que critica Schmitt, pues hace que el Parlamento sea incapaz de resolver el litigio constitucional o adoptar una decisión. Por eso, la respuesta de Schmitt, será un representante directo entre el pueblo y el Presidente. Es el Jefe del Estado como poder neutral por encima de los poderes y como tal, es el encargado de velar por la Constitución.

Pero para Kelsen, la pluralidad de partidos, no es un aspecto negativo del Estado, sino positivo, porque muestra la diversidad de intereses que hay en la sociedad. Pero Kelsen, no habla de voluntad de una unidad nacional, sino de una voluntad estrictamente jurídica, estatal, por lo que esta pluralidad, se ve como compromisos entre intereses antagónicos. De ahí, la unión del principio de mayoría y del de minoría, pues implica compromiso. Según Schmitt, este modelo no es posible. Para Schmitt, la resolución de la controversia –litigio constitucional– que puede ofrecer el texto constitucional, sólo tiene dos respuestas:

- La decisión sobre el litigio constitucional –determina lo ambiguo–, es el titular del poder constituyente –el soberano, el pueblo–.
- El representante del pueblo soberano.

Pero aquí, hay otra trampa, pues esa doble respuesta, se plasma en una sola, porque el pueblo, al no tener forma, no puede dar la solución. Precisa de organización –porque el pueblo es algo inorgánico– y forma, que son dadas por los representantes. El pueblo sólo puede decir sí o no. No puede adoptar la decisión, a no ser que sea a través de una pregunta. El representante de la totalidad –Presidente de la República– adoptará esta decisión, pues es el único que puede plasmar la homogeneidad. Esto es lo que se achaca a Schmitt como uno de los valedores de ascenso del nazismo al poder, pues la Constitución de Weimar posibilitó este ascenso y el cambio de orden sin quebrantar la legalidad anterior.

La respuesta de Kelsen a Schmitt es contundente. Se la da en el ensayo de 1931 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Kelsen dice que él no está profundizando ni racionalizando el modelo liberal de derecho, sino construyendo una solución para otro modelo que ha aparecido en la realidad. Es una solución técnica. Para Kelsen, la Constitución tiene un contenido político y con su función política, delimita el ejercicio del poder, estableciendo límites jurídicos a este ejercicio. La garantía constitucional busca que estos límites no sean traspasados. Aunque hay otros modelos de garantía constitucional, Kelsen afirma que el técnico –ad hoc–, es el más perfecto. En cambio, la solución de Schmitt, concede a un órgano estrictamente político –no técnico– el carácter de defensor de la Constitución. Estos órganos estrictamente políticos, son los menos indicados para esta función pues son los que en la práctica, son los más propensos a transgredir los límites al ejercicio del poder establecidos en la Constitución. Además, para Kelsen, nadie puede ser juez y parte en una controversia, y el litigio constitucional se plantea en la lucha entre poderes –Presidente y Parlamento–, por lo que uno de ellos, no puede resolver el litigio.

En cambio, en la solución de Kelsen, no se dice que la decisión del Tribunal Constitucional no sea política, pues es un órgano político, pero situado fuera del juego de confrontación entre el resto de poderes políticos, siendo el más capacitado para dar una solución de forma neutral, puesto que sus sentencias tienen mayor grado de discrecionalidad que las de los Tribunales Ordinarios, ya que éstos, concretan la norma general que aplican. No son legisladores como el Tribunal Constitucional. Sus sentencias aplican los preceptos constitucionales y crean Derecho –actúan como legislador negativo, pues derogan–. El Tribunal Constitucional, en el modelo kelseniano, invalida una ley anteriormente válida, pues su sentencia es constitutiva, no es un acto aclarativo, ya que determina constitutivamente la invalidez. La ley, hasta que no se declara inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional, es ley constitucional. Hablar de leyes inconstitucionales antes de la declaración del Tribunal Constitucional, es un contrasentido, pues es una ley válida.

Kelsen admite la crítica que le hace Schmitt sobre la politización del Tribunal Constitucional. Éste, está politizado, pues es un órgano político. Schmitt le critica porque en su distinción entre política y justicia, el Tribunal Constitucional actúa como órgano político quebrantando el modelo liberal. Para Kelsen, esta crítica es correcta, pero como busca limitar el espacio a la libre discrecionalidad de las leyes y la Constitución, hay que limitar toda discrecionalidad de los órganos estatales. Esta discrecionalidad –actuación politizada– del Tribunal Constitucional, se resuelve a través de una Constitución sencilla –reducida en extensión y perfecta–. Los preceptos de la Constitución que determinan al legislador, tienen que ser meridianos, pues no pueden admitir diferentes interpretaciones para que el Tribunal Constitucional desarrolle su labor correctamente, sin convertirse en sustituto del Parlamento. La Constitución no puede contener terminología confusa, valores ideológicos, principios sin contenido –justicia, igualdad, libertad–, porque no se sabe qué son estos principios. Si se introducen, el Tribunal Constitucional puede entender que una ley no se ajusta a ellos, por lo que la Constitución debe evitar conceptos jurídicos –cláusulas programáticas sin desarrollo– en su texto, para sortear así, contradicciones y ambigüedades.

Pedro de Vega, en su prólogo a la obra de Schmitt *Sobre la Defensa de la Constitución*, trata esta controversia, hablando más del modelo kelseniano. El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, aunque formalmente se plegó al modelo kelseniano, no se pliega a las recomendaciones que hace Kelsen. Para que no se politice en grado sumo el Tribunal Constitucional –que se convierta en supremo señor de la Constitución, árbitro y amo del poder político–, las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial introducen conceptos indeterminados, declaraciones pragmáticas y una función transformadora de la sociedad, lo que permitiría al Tribunal Constitucional convertirse en legislador activo y positivo. Si no lo hace es porque normalmente, se pliega al que ejerce el poder en cada momento, ya que sus miembros son nombrados por dicho poder.

En estas fórmulas dilatorias, la Constitución recogería un proceso abierto en la organización territorial del Estado. Aquí, el Tribunal Constitucional fue clave, porque cerró el modelo, fue, según Schmitt, algo dilatorio.

Parte de la doctrina considera que el artículo 56 sobre arbitrar y moderar, no tiene contenido jurídico, no significa competencias diferentes a las enumeradas en el artículo 62, es decir, el arbitrio y moderación serían un enunciado genérico e indeterminado al que hace referencia la Constitución. Otra parte de la doctrina dice que todo el texto de la Constitución tiene valor normativo y aplicabilidad directa, por lo que, según Herrero de Miñón, no se puede negar el carácter competencial del Rey como árbitro y moderador –sería una función específica y efectiva–. De hecho, para ver el sentido de las normas, según el Código Civil, hay que acudir a la literalidad del lenguaje, por lo que hay que definir árbitro y moderador. Según María Moliner:

- Arbitrar: es adoptar una decisión ante un conflicto o litigio.
- Moderar: es templar y evitar las decisiones extremas y radicales de las instituciones.

Se habla así de un funcionamiento regulador de las instituciones en la función de moderación y una situación de litigio –excepcionalidad– en la que podría aparecer la función de arbitrariedad. El Rey realiza la primera función cuando recaba información de los diferentes líderes políticos. Cuando hace esto, no se limita a hacer el papel de disco duro, sino que la procesa y opina sobre ella –aquí esta la función moderadora–. La segunda función, tiene el sentido schmittiano de soberano de aquel que decide en el supuesto excepcional –el Rey es decisor en esta situación como soberano–. Esto se ve en la actuación del Rey en el 23-F.

Asume la más alta representación del Estado en las Relaciones Internacionales:

Según el artículo 56, el Rey asume la más alta representación del Estado en las Relaciones Internacionales. Si las Cortes Generales representan al pueblo español –artículo 66–, el Rey asume la máxima representación del Estado, proyectándose en el artículo 63 –acreditación de embajadores, declarar la guerra y la paz, etc.–, que es el desarrollo de la función representativa del Monarca.

Artículo 63:

- 1. El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.*
- 2. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.*
- 3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.*

La Convención de Viena de 1969 habla de que el Rey es la máxima representación del Estado en Relaciones Internacionales, capaz de obligarle. Pero hay límites:

- El refrendo de todos los actos del Rey
- Límites específicos:
 - a) Artículo 63.3: sobre la declaración de la guerra y la paz, pues ésta, ha de hacerse previa autorización de las Cortes.
 - b) Artículo 94: autorización de las Cortes a celebrar ciertos Tratados Internacionales.

Independientemente de estas actuaciones, el Rey realiza una labor efectiva al más alto nivel en las Relaciones Internacionales como sujeto formal y actor sustancial de la política exterior del Estado.

ARTÍCULO 56.2: Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.

Su Título es el de Rey de España: refuerza de nuevo la unidad de la nación española y el carácter integrador del Rey como símbolo de dicha unidad.

Que correspondan a la Corona: hace una remisión al carácter histórico de la Corona, de la relación con el resto de reinos que integraban el Estado. Esta remisión, lleva a Herrero de Miñón y al artículo 57 –la Corona de España es hereditaria–, a hablar de la Corona en un sentido análogo del que se hace de la nación española. Ésta es el sujeto existencial que fundamenta la Constitución, al igual que la Corona y ambos, son preexistentes a la misma. Para Herrero de Miñón, la Constitución no podía agotar/ limitar así, todas las potencialidades de la Corona, pues el Rey es un sujeto preconstitucional.

ARTÍCULO 56.3: La persona del Rey es inviolable y no esta sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64 careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.

Este artículo recoge los tres caracteres fundamentales de la persona del Rey:

· Inviolable: el Rey no puede ser objeto de violencia. Pero esta inviolabilidad le protege como persona física, impidiéndole cualquier juicio civil o penal.

· Irresponsabilidad: se refiere a los actos regios, a los actos institucionales del Rey como tal. Protege su actuación como supremo órgano estatal, impidiendo cualquier juicio sobre la oportunidad o legalidad de sus actos, pues traslada esto a la persona que refrenda sus actos.

· Necesidad de refrendo –artículo 64–: según el estudio de Herrero de Miñón de este artículo, la irresponsabilidad del Rey a través del refrendo, traslada a su vez la decisión efectiva –el que asume la responsabilidad es el que ha decidido materialmente–. Esta visión simplista vendría a decir que por un lado estaría el acto formal del Rey y por otro, el acto material del refrendante. Esta visión simplista no es compartida por una sentencia de 1987 del Tribunal Constitucional, donde se dice que el refrendo es una institución autónoma y como tal, no significa que el refrendante haya participado activamente en el contenido de ese acto. Determina la responsabilidad del refrendante, pero no lo acredita como actor efectivo de ese acto. Acredita que:

- Estamos ante un acto institucional.
- Desaparece la responsabilidad real.

El refrendo, en realidad, debe ser visto como un acto complejo de voluntades concurrentes. Como tal, significa que existe concurrencia de dos voluntades que requiere su unión. Hay pluralidad de actores con voluntad propia, pero tienen una finalidad común –que se produzca ese acto–. Los sujetos legitimados exclusivos son el Presidente del Gobierno y los ministros –recogidos por la Constitución–. También hay otro supuesto: el del Presidente del Congreso. Además, no pueden delegar esta función que se les atribuye. Todos los actos/ atribuciones institucionales del Rey, precisan del refrendo, aunque siempre hay excepciones –artículo 65.2– y/o dudas –artículo 57, abdicaciones, artículo 60–:

· Artículo 65.2: elección libre y discrecional de los miembros de la Casa Real.

Artículo 65:

1. El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma.

2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

· Artículo 57: personas que tienen derecho en la sucesión en el trono y que contrajeran matrimonio con la expresa prohibición del Rey. Se duda que esta prohibición sea la que precise refrendo.

Artículo 57:

1. La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. 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 y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.

2. El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

3. 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.

4. Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes.

5. Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica.

· Abdicaciones: se duda de que la abdicación de un Rey precise refrendo.

· Artículo 60: nombrar un tutor para el Rey menor en el testamento por el Rey difunto.

Artículo 60:

1. Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiere 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 directos del Rey.

2. El ejercicio de la tutela es también incompatible con el de todo cargo o representación política.

En el acto de voluntades concurrentes que conlleva el refrendo, hay que distinguir cuál es la voluntad prevalente: puede ser del refrendado o del refrendante. En una actuación formal/ debida del Rey, estaríamos en el segundo caso; la expedición de los Reales decretos gubernamentales. En una intervención formal de ambos, el que refrenda puede no haber tomado la decisión, por ejemplo, en el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, sanción y promulgación de las leyes... Una intervención regia prevalente sería por ejemplo, la concesión de honores y distinciones, la designación de candidato a la Presidencia del Gobierno –artículo 99–, etc. Aquí, el Presidente del Congreso de los Diputados interviene de manera formal y accesoria, teniendo el Rey la discrecionalidad.

La forma de refrendo puede ser:

A. Expresa: es ante los documentos escritos de los actos institucionales del Rey –BOE–. Es la firma del refrendante junto a la del Rey.

B. Tácita: actuaciones verbales del Rey en Relaciones Internacionales, en discursos, etc. Significa que la presencia física de uno de los órganos refrendantes –Presidente del Gobierno o ministros–, refrenda lo dicho o hecho por el Rey.

Ahora bien, si no quieren asumir esa responsabilidad o refrendar tácitamente la actuación del Rey, cabe una posibilidad de carácter extremo: tienen que presentar su dimisión al no querer refrendar tácitamente la actuación del Monarca.

11-03-02

ARTÍCULO 62

Artículo 62:

Corresponde al Rey:

- a) Sancionar y promulgar las leyes.*
- b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución.*
- c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución.*
- d) 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.*
- e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.*
- f) 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.*
- g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno.*
- h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.*
- i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.*
- j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias.*

Las funciones regias quedarían así:

1. ARTÍCULO 62.a): Sancionar y promulgar las leyes

Sin perjuicio del poder arbitral del Monarca, el artículo 62 recoge las competencias del Rey. Al Rey le corresponde promulgar y sancionar las leyes. Éstas, son aprobadas por las Cortes. El Presidente del Gobierno y el Rey, se limitan a firmar. El artículo 91 habla de esta función regia: *El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.* La sanción y la promulgación, son etapas finales del proceso legislativo, previas a la publicación en el BOE.

Históricamente, sanción significaba la aceptación de las leyes por el Rey, concretándose con la firma de éste. La promulgación certifica la existencia de ese texto legal. Con ello, también se está diciendo que se obliga al cumplimiento de la ley.

En la Segunda República, la sanción la realizaba el Parlamento y la promulgación, el Presidente de la República. Con la Constitución de 1978, estas funciones pertenecen al Rey, pero éste, no puede vetar, pues las leyes aprobadas previamente por las Cortes, tienen carácter obligatorio. El Rey aporta aquí el valor formal y declarativo de la ley, no su contenido. Esto se observa en el artículo 91 en el Rey sancionará y promulgará, pues nos encontramos con una obligatoriedad para con el Monarca a la que no puede negarse. Sancionará y Promulgará, son imperativos.

Si el Rey se negara a ello, puede ser declarado incapaz en ese momento –por ejemplo, en el caso belga–. El Rey belga se negó a aprobar la ley del aborto y ese mismo día, se le declaró incapaz.

La sanción aparece al principio del texto del articulado de la Constitución, antes que el Preámbulo (*Don Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren, Sabed: Que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución*). La promulgación, aparece al final del articulado (*POR TANTO, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado. Palacio de las Cortes, a veintisiete de diciembre de mil novecientos setenta y ocho*), junto a la firma del Monarca para concluir.

2. ARTÍCULO 62.b): Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución

A. Convocar y disolver las Cortes Generales: las Cortes se convocan tras las elecciones y siguiendo los márgenes constitucionales –establecidos en el artículo 68–.

Artículo 68:

- 1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley.*
- 2. La circunscripción electoral es la provincia. las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.*
- 3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.*
- 4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.*
- 5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.*
- 6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones.*

Para la disolución de las Cortes hay tres supuestos:

- Artículo 99: nombramiento del Presidente del Gobierno.

Artículo 99:

- 1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.*
- 2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.*
- 3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.*
- 4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.*
- 5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.*

· Título X, artículo 168: procedimiento de reforma agravada, siendo la discrecionalidad del Rey mínima.

Artículo 168:

- 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*
- 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.*
- 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.*

· Disolución anticipada, artículo 115: disolución como facultad discrecional en manos del Presidente del Gobierno, para lograr el equilibrio entre gobierno y ejecutivo, bajo su exclusiva responsabilidad –lo que indica que es facultad exclusiva del Presidente–. El Rey, como árbitro y moderador, podría aconsejar al Presidente, disuadirle o no.

Artículo 115:

- 1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.*
- 2. La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura.*
- 3. No procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5.*

B. Convocar elecciones –artículo 68.6–: aparece la nula discrecionalidad del Rey.

Artículo 68.6: *Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones.*

3. ARTÍCULO 62.c): Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución

Aquí aparecen el artículo 92 –referéndum consultivo–, el Título X y el referéndum para la articulación, construcción del modelo de las autonomías e, incluso, la Disposición Transitoria 4ª –referéndum para la incorporación de Navarra en el proceso autonómico–. En estos dos casos no hay ningún margen de discrecionalidad del Rey.

Artículo 92:

- 1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.*
- 2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.*
- 3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.*

Título X, artículo 168:

- 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*
- 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.*
- 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.*

Disposición Transitoria 4ª:

- 1. En el caso de Navarra, y a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, en lugar de lo que establece el artículo 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Órgano Foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa será precisa, además, que la decisión del órgano Foral competente sea ratificada por referéndum expresamente convocado al efecto, y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos.*
- 2. Si la iniciativa no prosperase, solamente se podrá reproducir la misma en distinto periodo del mandato del órgano Foral competente, y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo mínimo que establece el artículo 143.*

En cuanto al referéndum facultativo –artículo 92.2: *El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados*–, el papel relevante es el del Presidente, pero con la autorización del Congreso. Esta autorización tiene que darse con mayoría absoluta. Hay una parte de la doctrina que piensa que el Rey como árbitro y moderador, podía presentar a referéndum cuestiones políticas, pero lo fundamental es que el Rey, puede o no disuadir al Presidente para que no presente un referéndum o para que sí lo haga.

4. ARTÍCULO 62.d): 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

Esta proposición, está desarrollada en el artículo 99:

Artículo 99:

- 1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.*
- 2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.*
- 3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.*
- 4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.*
- 5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.*

Aquí, el Rey tiene un alto grado de discrecionalidad que se ve limitada por el propio resultado de las elecciones. Su potestad discrecional, será mayor cuando estemos ante un marco parlamentario con mayoría débil. Cuando hay mayoría absoluta, la discrecionalidad del Monarca será menor, porque pondría en juego su propio papel al proponer una persona que esté fuera del ámbito parlamentario. Por ello, en el caso de que esto ocurriese, el Congreso podría negarse a refrendar el acto. El Rey, propone candidato previa entrevista con los representantes de los grupos parlamentarios que han obtenido representación. En el artículo 101, tampoco aquí hay margen de discrecionalidad regia, salvo dimisión voluntaria del Presidente del Gobierno, pues el Rey puede pedirle que recapacite en su decisión.

Artículo 101:

- 1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.*
- 2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.*

5. ARTÍCULO 62.e): Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente

El Rey se limita en ese caso a firmar. Presenta, nombra y cesa, pero su función es sólo formal.

6. ARTÍCULO 62.f): 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

Esta función se subdivide:

- Conceder honores y distinciones: es un acto de gracia, por lo que la discrecionalidad regia es grande.
- Expedir decretos: antes, el Rey tenía la potestad reglamentaria, pero ahora, se limita a hacer un acto formal. Pero hay parte de la doctrina que cree que el Monarca podría negarse a firmar decretos cuando éstos, no sean Reales decretos presentados por el Consejo de Ministros.

· Conferir empleos civiles y militares: por conferir se entiende conceder. Se ha propuesto cambiar conceder por nombrar, para dar mayor discrecionalidad al Rey. Pero esto no podría ser porque por ejemplo, los diputados no son nombrados sino elegidos.

7. ARTÍCULO 62.g): Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno

El Rey decide de los asuntos de Estado de los que quiere estar informado. Para este derecho no hay limitaciones. El Monarca puede entrevistarse con cualquier persona para ser informado –líderes de todo tipo–. Para la información por parte del Gobierno, se establece la posibilidad de que presida las sesiones del Consejo de Ministros, aparte de las reuniones correspondientes. En este mismo apartado se dice que se hará cuando él lo considere oportuno y a petición del Presidente del Gobierno. Esto resulta contradictorio pues no queda claro si es el Rey el que quiere o si es el Presidente quien se lo pide. La solución es que lo primero, es si quiere el Rey y si no, si el Presidente se lo pide. Por tanto, cuando el Rey quiera estar informado de algo, el Presidente se tiene que pedirle que asista a esas reuniones, pero si el Presidente se lo pide sin que el Rey halla dicho nada, el Monarca no puede negarse a asistir. El Rey, en esas presidencias de las sesiones, no actúa como mero Presidente, es decir, que aunque no sepamos cómo son los acuerdos del Consejo, está claro que el Rey no tiene derecho de voto, pero sí de voz –puede dar su opinión, la cual, se tiene muy en cuenta–.

8. ARTÍCULO 62.h): El mando supremo de las Fuerzas Armadas

La doctrina cree que esta atribución es de carácter simbólico. Otra parte, considera que esta atribución tiene carácter efectivo, por el propio valor normativo de los preceptos constitucionales.

Enterría dice que el Rey tiene una reserva última de poder, es decir, en esa reserva, ejerce de soberano. Ignacio de Otto, por su parte, afirma que no se puede negar la potestad del Rey de dar órdenes a los militares de rango menor, es decir, a todos, pues un Real Decreto le nombra Capitán General. El Monarca tiene una posición activa y de iniciativa.

En caso de choque entre el Rey y el Gobierno en cuanto a temas militares, la doctrina se encuentra dividida. Una parte piensa que predomina el Rey, por lo que el Gobierno debe dimitir. Otra parte afirma que el Gobierno es el que prevalece, pues es un acto formal del Rey. Estos choques se pueden dar porque hay un artículo que dice que el Gobierno se ocupa de la Administración Militar y el que acabamos de analizar, dice que el Rey es el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

9. ARTÍCULO 62.i): Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales

No hay voluntad personal del Rey, sino que se exime por el Gobierno. Esto se ha criticado porque entra en contradicción con el artículo 117, donde se establece la exclusividad del poder judicial, porque esta exclusividad que puede ser burlada por el derecho de gracia. La prerrogativa de gracia se refrenda por el Ministro de Justicia, aunque en realidad, le correspondería al Gobierno.

10. ARTÍCULO 62.j): El Alto Patronazgo de las Reales Academias

ARTÍCULO 63

Artículo 63:

1. *El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.*

2. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.

Este artículo recoge otras competencias regias en el ámbito de las Relaciones Internacionales. El Monarca es el máximo representante, lo que se concreta en:

- Envía y recibe diplomáticos.
- Consentimiento del Estado por obligarse mediante Tratados. Se necesita la firma del Rey para los acabados de forma solemne.
- Colaborar en el fortalecimiento de las relaciones pacíficas.

12-03-02

TÍTULO III, DE LAS CORTES GENERALES

La colocación de las Cortes después de la Corona significa, para una buena parte de la doctrina, la función del Rey como mera figura simbólica, por ello, aparece antes el Título I, De los Derechos y Libertades Fundamentales.

Las Constituciones Monárquicas del siglo XIX, incluían al Rey dentro del Título correspondiente al Gobierno, pues aparecía como la cabeza del ejecutivo. Pero en el artículo 1.3, aparece la forma política del Estado: Monarquía Parlamentaria. Pero además, en el artículo 56, se habla del Rey como árbitro y moderador de las instituciones, como un poder diferente del resto, neutral, por encima de los restantes poderes. Esa función del Rey, y no su carácter simbólico, sería la clave para colocarlo después de los derechos fundamentales.

El concepto Cortes Generales no se ha utilizado en el constitucionalismo histórico. Aquí, el parlamento se denominaba Corte, sin el calificativo generales. Este apelativo se incluye a raíz de la introducción en la Constitución de las Asambleas Legislativas Autonómicas, para diferenciar la asamblea general de las autonómicas particulares.

ARTÍCULO 66

Artículo 66:

1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

3. Las Cortes Generales son inviolables.

ARTÍCULO 66.1: Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado

Según este artículo, las Cortes representan al pueblo español y están formadas por el Congreso y el Senado pero, la más alta representación del Estado es el Rey. Por otro lado, nos encontramos con la representación popular: las Cortes. La clave está en distinguir Estado –Rey– y pueblo –Cortes–. El Estado es la forma

política que se da el pueblo, por ello, esta distinción, no sería tal, ya que estamos hablando de una dualidad de representantes.

Según el artículo 1.2, la soberanía reside en el pueblo. Por ello, las Cortes representan al titular de la soberanía, expresando su voluntad, a través del mecanismo que comportan las elecciones.

La distinción Cortes Generales, pueblo como titular de la soberanía, establece la distinción entre poder constituyente –pueblo como titular– y poder constituido –Cortes–. Sin embargo, las Cortes pueden actuar también como poder constituyente, por ejemplo, cuando aprobaron la Constitución, que fue consentida después por referéndum.

Las Cortes Generales están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. Aparece aquí, un bicameralismo asimétrico, aunque se podría hablar más de una superioridad del Congreso. En determinadas actuaciones no habría asimetría, sino la clara no participación del Senado. Esta superioridad del Congreso, se establece en:

- Artículo 99, para la investidura del Presidente del Gobierno: Ésta, sólo se hace en el Congreso, el Senado no participa.

- Relaciones Gobierno–Cortes, hay que decir que el control del primero, puede realizarse en ambas Cámaras. Sin embargo, la exigencia de responsabilidad política, sólo se da en el Congreso, como lo demuestra el artículo 108 – *El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados*–.

- Creación de normas: la iniciativa le corresponde a esta Cámara. En la aprobación de las leyes, el veto del Senado, puede ser levantado por el Congreso y las enmiendas presentadas en el primero, se convalidan con mayoría simple del segundo.

- Artículo 116, para los Estados de alarma, sitio y excepción: el procedimiento de Estado de alarma y excepción, corresponde al Gobierno y al Congreso. El Senado sólo se define como Cámara de representación territorial –concretamente, provincial–. Fruto de ello, tiene determinadas atribuciones, establecidas en el artículo 155. Cuando las Comunidades Autónomas incumplan sus obligaciones, el Gobierno puede exigirlos hacerlo, previa aprobación del Senado. Los convenios de las Comunidades Autónomas y lo relativo a la distribución de fondos de compensación interterritorial, se inician en el Senado.

Artículo 116:

1. Una ley orgánica regulará los Estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El Estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto aprobado en 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 podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración.

3. El Estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del Estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial al que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El Estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los Estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos Estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que den lugar a cualquiera de dichos Estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los Estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

Artículo 155:

1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas

Ambas Cámaras representan a todo el pueblo español, no a los electores ni al territorio que las eligen. En el artículo 66, el concepto de representación, hace referencia a la totalidad, a la representación en sentido liberal. Se recoge en la Constitución el mandato representativo, libre y del pueblo como conjunto total y unificado.

La Teoría de la representación en Kelsen y Schmitt tiene presupuestos diferentes. La representación tendría que ver con su posición respecto a lo que se entiende por Democracia y pueblo.

- Pueblo: para Schmitt, pueblo es una voluntad, para Kelsen, el conjunto de individuos cuyas conductas están sujetas a un ordenamiento coercitivo. El pueblo no tiene voluntad.

- Democracia: para Schmitt, la Democracia es de igualdad sustancial, homogeneidad del pueblo consigo mismo. Una igualdad material. En cambio, la Democracia en Kelsen, parte de la libertad en el sentido de autodeterminación del individuo aislado que se transforma a través del ordenamiento. Esa libertad se modifica a través de la participación indirecta –eligen al Parlamento–, para establecer dicho ordenamiento.

Ambos autores se posicionan al definir la crisis del parlamentarismo:

- Schmitt: considera la representación como una totalidad –modelo liberal–. El Parlamentarismo, sólo aparece en el Parlamento, en la lucha entre partidos, por lo que el Parlamento, no puede tener una única voluntad, pues sólo muestra la heterogeneidad de la lucha interpartidista. El Parlamento sólo ratifica las decisiones ya adoptadas en las sociedades modernas.

- Kelsen: la salvación del Parlamento va unida a la salvación de la Democracia, porque el Parlamento es el único medio que hay en la sociedad moderna para plasmar esa Democracia posible.

Para solucionar la crisis, Schmitt propone la Democracia plebiscitaria. Dice que hay que dar una salida a esa voluntad única. Como el Parlamento no puede darla, tiene que hacerlo el Presidente de la República. Por su parte, Kelsen propone la reconstrucción del propio Parlamento, la Democracia indirecta. Aboga por una reconstrucción del Parlamento que rompa con la ficción de la representación.

Para Kelsen, en su modelo parlamentario, la función del Parlamento es formar no toda, sino una parte de la

voluntad estatal. El Parlamento, sin embargo, transforma la idea de libertad natural a través de los principios de mayoría y de división del trabajo. Como no es posible unir a toda la población, hay que crear un juego que equilibre mayorías y minorías. Con respecto a la división del trabajo, la política se convierte en una profesión.

A pesar de este vínculo Parlamento–Democracia, se intenta reconstruir el Parlamentarismo rompiendo con la ficción de la representación. Esta ficción, según Kelsen, busca ocultar el ideal democrático –el pueblo forma la voluntad popular–. Se oculta diciendo que la ley expresa la voluntad popular. Para Kelsen, esto es contradictorio con su concepto de representación. Él afirma que la representación es de derecho civil, donde hay una adecuación de la voluntad del representante con respecto a la del representado. Con el modelo liberal esto se quiebra.

La voluntad del Estado, formada en el Parlamento, no puede identificarse con la del pueblo, porque éste es sólo unidad normativa, no tiene voluntad. El pueblo se transforma en titular que participa en la elección del Parlamento.

Kelsen reconstruye el modelo parlamentario a través de la dependencia del electo respecto de sus electores. Ahora, estos representantes, respecto de sus electores. Este vínculo se logra gracias a los partidos políticos, convirtiéndose el Estado en un Estado de Partidos.

Kelsen busca vincular, hacer depender a los electos de los electores. Pretende volver a la idea de la institución privada de la representación. La verdadera representación, enlaza dos voluntades: la de los electores y la de los electos, a través de los partidos. Para asegurar este enlace, en caso de incumplimiento, hay mecanismos que posibilitan la exigencia de responsabilidad: la disciplina de partido. Kelsen, renuncia así a la ficción de la representación y crea otra ficción: la de esa vinculación.

18-03-02

Kelsen crea la ficción del vínculo de la dependencia a través de la mediación de los partidos políticos. Se posibilita la participación ciudadana a través del modelo electoral, que cuanto más proporcional sea, más beneficios aporta. Nuestra Constitución, de manera ideológico–liberal recoge el principio de la representación en su totalidad, sin embargo, en el artículo 2.3, se dice que la participación ciudadana es en las elecciones. El derecho de voto es también un deber, por lo que, para evitar la no participación, se debería forzar a los ciudadanos.

Schmitt utiliza la representación liberal, pero la cambia. La clave del Estado de Derecho es limitar el poder para controlarlo. Habla así de una totalización del poder. Hay que distinguir el elemento normativo, jurídico propio del Estado de Derecho –limitación– porque aparecen los derechos fundamentales con la división de poderes frente al poder jurídico.

El Liberalismo busca diluir el elemento político, pero siempre aparece, sobre todo, en los momentos críticos. Es la necesidad. El elemento político se ve a través del principio de identidad mas el principio de representación. Aparecen contrapuestos en sus extremos pero combinados, producen diversidad de formas políticas.

Schmitt habla del ser político para el concepto de Estado, para la forma política y para el pueblo:

- Estatus de la unidad política del pueblo.
- Concreción.
- Ser político: sujeto de toda determinación política del Estado. Puede analizarse así como identidad inmediata del pueblo consigo mismo. Como ser político es realidad presente y actuante. Concentra y ejerce su poder. Es

una posibilidad teórica que no se da en la práctica, debido al componente orgánico que el pueblo tiene. Lo inorgánico se materializa.

Teóricamente, podemos observar dos extremos de principios políticos: por un lado, identidad absoluta –por ejemplo, el contrato social de Rousseau–, donde la voluntad general, o es ella misma o no puede ser. Por otro lado, la representación absoluta, donde se representa a toda la unidad política del Estado en una sola persona –por ejemplo, Monarquía Absoluta de Luis XIV, El Estado soy yo–. En la realidad los dos extremos se combinan. No hay Estados sin representación, pues el pueblo precisa de forma y ésta, es la representación. Tampoco hay Estado si no hay representación, sin lo representado.

Para Schmitt es fundamental el agregado plural, pues la realidad natural se convierte en una realización total mediante la representación, apareciendo el pueblo como representado y los representantes como forma. El ámbito donde se realiza esto es el público, por lo que debemos unir el pueblo a la publicidad de las acciones. De ahí que para Schmitt, el Parlamento se muestre inservible en el período de entreguerras, pues pierde su naturaleza, ya que se basaba en la discusión pública. En la sociedad de masas, el Parlamento no discute, ratifica las decisiones que se han tomado. No representa una unidad homogénea, sino sus intereses particulares o partidistas.

Schmitt usa la doctrina liberal para rechazar la propia ideología burguesa –representar es actualizar un ser imperceptible mediante un ser con presencia pública–. El pueblo aparece como ser imperceptible que necesita que le hagan perceptible, pues es inorgánico. El ser de presencia pública son los representantes. Gracias a ellos el pueblo se hace perceptible –que es lo que tiene que ser–. Como el Parlamento ha entrado en crisis porque no hay representación verdadera, hay que dar salida al pueblo. Se necesitan otras vías de representación como la representación directa –por ejemplo, el Presidente de la República–. Su solución es la reconsideración de qué será la representación. Para Schmitt, las características de la representación serían:

- Es una representación pública, se da en el marco de lo público. El pueblo se manifiesta en lo público a través de los representantes.
- Es existencial, no normativa. El pueblo es un ser político existente, como un conjunto y/o totalidad. De ahí que los representantes sean independientes, porque representan a la totalidad. La solución a la crisis del parlamentarismo, para Schmitt, sería una Democracia plebiscitaria, de identidad, pues mostraría la igualdad entre gobernantes y gobernados; la igualdad entre el pueblo y sus representantes; entre la cantidad y la cualidad; la mayoría y la unanimidad se igualan así a la calidad, lo cualitativo, la justicia. Lo que dice el pueblo es lo justo.

Schmitt es consciente de que el pueblo siempre existirá entre esas igualaciones y el resultado de esas igualdades. Por eso, en la Democracia de identidad, el problema será quién establece esa igualdad, esa identidad. A quien le corresponde es al representante, al poder político. Éste, da forma. No forma la voluntad estatal, que debería ser la del pueblo, sino que forma otra a través de su morfología como representante. Para concluir, Schmitt parece demócrata pero posibilita una Democracia dictatorial, un modelo cesarista.

ARTÍCULO 66.2: Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución

Este artículo establece las funciones constitucionales de las Cortes Generales:

1. Potestad legislativa del Estado: esto significa que ese ejercicio se concentra en el Estado. Hay otros órganos con capacidad legislativa, pero las Cortes, ejercen las competencias legislativas del Estado Central. La potestad legislativa no le ejerce el Parlamento en exclusividad, pues participan de ella otros órganos. Así, aparece el gobierno como colaborador prevalente en el ejercicio de la potestad legislativa del Parlamento. El

Gobierno es el actor principal de esa potestad, tanto en la iniciativa de las leyes, que se aprueban en las Cortes, como en las distintas fases de las mismas. Además, el Gobierno tiene capacidad para crear leyes –Decretos–ley–. Otros órganos tienen también potestad legislativa, como es el caso del Tribunal Constitucional, que crea jurisdicción para la defensa de la Constitución. Al poder declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ejerce un poder legislativo en sentido negativo. Desde este punto de vista, el poder legislativo se comprende de forma dual: Cortes como legislador positivo y Tribunal Constitucional como legislador negativo. Pero, el Tribunal Constitucional también ejerce como legislador positivo, porque las Cortes, en su producción legal, deben plegarse a la interpretación del Tribunal Constitucional de la Constitución.

Junto al Gobierno y al Tribunal Constitucional, aparecen las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, que también tienen potestad legislativa. Éstas, no aparecen de forma clara en la Constitución como órganos con potestad legislativa, pero aunque no hable de Estado Central, habla de Parlamento Autonómico, por lo que le está otorgando dicha potestad.

Aparecen otros órganos e instituciones claves como por ejemplo, las propias instituciones del ámbito de la Unión Europea, cuya potestad legislativa es reconocida en el artículo 93. Más del 50% de los reglamentos estatales aprobados, vienen determinados por los dictámenes de las instituciones de la Unión.

Artículo 93: *Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. 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.*

2. Las Cortes aprueban los Presupuestos Generales del Estado: el artículo 134 desarrolla estos presupuestos, que, aunque formalmente sean una ley ordinaria, sirven para controlar las Cámaras. Además, no se rigen por las vías ordinarias de aprobación de las leyes, sino que su tramitación, tiene una determinada regulación que limita la potestad de las Cortes . Todo esto explica por qué no se incluyen los Presupuestos Generales del Estado en la anterior función, dedicándoles un apartado para ellos.

Artículo 134:

1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación.

2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.

4. Si la ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

7. *La ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.*

Según el artículo 134.1, el Gobierno elabora los presupuestos y las Cortes examinan y enmiendan. Pero en ese examen y enmienda, están limitadas, pues toda propuesta o enmienda que aumente los créditos o disminuya los ingresos, debe ser aprobada por el Gobierno, por tanto, la limitación es absoluta. Así pues, no se salvaguarda, sino que se pone en evidencia el reforzamiento del papel del Gobierno en detrimento del Parlamento.

3. Controlar la acción del Gobierno: frente al control jurisdiccional, existe otro, de tipo político que es al que nos referimos aquí. El control de legalidad lo ejercen los Tribunales contenciosos-administrativos; el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional y el político, las Cortes –ambas Cámaras–. Aunque sean ambas, la exigencia de responsabilidad sólo la ejerce el Congreso. Por el cambio de importancia, del papel político principal del Parlamento, ahora del Gobierno, las Cortes Generales se definen por la capacidad para controlar al ejecutivo. El control es de la oposición, en minoría.

4. Demás competencias que les atribuya la Constitución: también las leyes han dado competencias a las Cortes. Ellas mismas, vía ley, se las otorgan, como lo demuestra por ejemplo, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Sin embargo, vía ley, no pueden darse competencias que tengan otros órganos constitucionales. Las competencias que la Constitución otorga a las Cortes son:

- La función conjunta en las Cortes que se establece en el Título II:

* Artículo 57.3, *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.*

* Artículo 57.4, *Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes.*

* Artículo 59.2, *Si el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia el Príncipe heredero de la Corona, si fuere mayor de edad. Si no lo fuere, se procederá de la manera prevista en el apartado anterior, hasta que el Príncipe heredero alcance la mayoría de edad.*

* Artículo 59.3, *Si no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas.*

* Artículo 60.1, *Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiere 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 directos del Rey.*

– Ratificación de Tratados Internacionales:

Artículo 93: *Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. 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.*

Artículo 94:

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- *Tratados de carácter político.*
- *Tratados o convenios de carácter militar.*
- *Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.*
- *Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.*
- *Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.*

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

– La declaración de guerra o paz: artículo 63.3. *Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.*

5. Competencias en la función constituyente: el Título X, de la Reforma Constitucional, otorga a las Cortes funciones de poder constituyente, no constituido. Esto se articula porque pueden reformar la Constitución sin acudir al referéndum del pueblo.

6. Competencias en relación al modelo de las autonomías: las Cortes participan en la formación de las Comunidades Autónomas y son las que aprueban, por Ley Orgánica, la modificación de los estatutos autonómicos.

ARTÍCULO 67

Artículo 67:

1. Nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso.

2. Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo.

3. Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios.

Las prohibiciones que establecen los dos primeros apartados de este artículo, se obtienen de la relación entre el artículo 66.1, pues se impone en ellos el mandato representativo, contrario al imperativo. Para evitar dudas, el artículo 67.2, lo establece de nuevo.

En el mandato imperativo, los representantes están ligados a las órdenes de las personas de los estamentos a los que pertenecían. Había así posibilidad de revocar el cargo al representante que no cumpliera las órdenes de su estamento. Esto se sustituyó por el mandato representativo, en el que el representante es libre. Aunque no se puede con ello ocultar la ficción de la representación, se habla de dos voluntades: la de los representantes y la de los representados. Con el mandato representativo se supone que sólo hay una voluntad popular, y que sólo puede manifestarse a través de los representantes. Así, éstos recogen esa voluntad popular y la crean. El Parlamento entró en crisis porque los partidos buscaban salvaguardar los intereses de sus afiliados. De ahí que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, los partidos se constitucionalicen, siendo el cauce fundamental de participación ciudadana. La vía de esa participación, son las elecciones.

Lo que ha ocurrido es que se ha dado una mutación constitucional, pues, aunque la Constitución recoja el mandato representativo, en la práctica, hay un mandato imperativo, apareciendo los partidos políticos en el

lugar de los estamentos. Esto se demuestra viendo que los parlamentarios deben seguir unas normas establecidas por los partidos. Éstos, pueden incluso castigarles si no las cumplen.

Hay por tanto, una dualidad, pero ¿qué ocurre cuando colisionan?, ¿quién es el titular del escaño?. Según el Tribunal Constitucional, en caso de colisión entre partido y electo, prima el mandato del representante, siendo el cargo del propio electo. Él es el titular. Jurídicamente, no cabe la renuncia del parlamentario de su cargo, aunque haya sido expulsado, pues puede ocuparlo, porque es suyo, no del partido. Esto nos acerca al problema que planteó Kelsen cuando por la necesidad de vincular electores y electos, propuso una mediación a través de los partidos políticos. Pero en este sentido, se puede establecer la eliminación del mandato imperativo. Para salvar la debilidad técnica de los parlamentarios, Kelsen propuso que el escaño perteneciera al partido. Pero en nuestra Constitución, el problema es la contraposición entre lo recogido en el texto constitucional y la práctica de los partidos en el Parlamento.

8-04-02

En los artículos 68 –Congreso– y 69 –Senado–, aparece la referencia de las Cámaras desde un punto de vista electoral. Éste, desde el punto de vista constitucional, refrenda el modelo que aparecía en la Ley Para la Reforma Política –modelo transitorio–. Consolida constitucionalmente esta transitoriedad.

Artículo 68:

- 1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley.*
- 2. La circunscripción electoral es la provincia. las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.*
- 3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.*
- 4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.*
- 5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.*
- 6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones.*

Artículo 69:

- 1. El Senado es la Cámara de representación territorial.*
- 2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica.*
- 3. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores Gran Canaria, Mallorca y Tenerife y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza –Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.*
- 4. Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores.*

5. Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá 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 asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.
6. El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

En ese modelo se observa que aunque formalmente se siga hablando de la representación de la totalidad, aparece un régimen de participación ciudadana, cuyas modalidades se encuentran en el artículo 23 –1. los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes– y en la participación indirecta en las elecciones. Los ciudadanos configuran el cuerpo electoral –individuos que cumplen todos los requisitos para tener derecho al voto y que están incluidos en el censo–. En el Régimen Parlamentario dual –parlamentarismo asimétrico–, aunque el sistema electoral diferencie un modelo proporcional para el Congreso y otro mayoritario para el Senado, la desproporcionalidad que existe en el Congreso, hace que éste funcione de forma más mayoritaria que proporcional, lo que significa que sólo entran en el Congreso, en determinadas circunscripciones, las mayorías.

Trasladando la reconstrucción del parlamentarismo de Kelsen al modelo actual, se opta por el sistema proporcional, ya que es el único que aproxima, según este autor, la Democracia real a la Democracia ideal, pues es un modelo lo más universal posible –que vote el mayor número de ciudadanos, convirtiendo el derecho a votar en un deber cívico–, y en el que es lo mejor que haya mayor número de elegidos, sin discutir el modelo de la gobernabilidad. Se discute, puesto que estamos hablando de régimen electoral, si se quiere aproximación a la Democracia ideal –la cual, conlleva riesgos: mayor inestabilidad–.

Nuestro modelo está fuertemente distorsionado y esta distorsión, se produce más por la circunscripción electoral que por la fórmula electoral. Las provincias se igualan, aunque sean diferentes según población y extensión territorial, pues todas eligen el mismo número de senadores.

TÍTULO IV, DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

La propia denominación de este Título muestra otro modelo de Estado. Frente al modelo liberal o legislativo parlamentario con su separación de poderes, donde aparecía el poder ejecutivo, la Constitución no recoge ni este término ni la propia separación de poderes, aunque el texto constitucional que más ha influido en ella, sí los recoja –Ley Fundamental de Bonn–. La Constitución española habla del complejo Gobierno y Administración. El primero, dirige la política, frente al modelo anterior, donde era función del Parlamento, que desempeñaba así el papel central de las instituciones. Por esto, no se puede hablar de poder ejecutivo cuando nos referimos al Gobierno, pues la función gubernamental que ejerce, es superior a la propia función ejecutiva. El modelo actual combina los distintos modelos de Estado: legal, jurisdiccional, administrativo y gubernamental.

Para entender esta cuestión y antes de entrar en detalles, es conveniente recoger un fragmento de la obra Legalidad y Legitimidad de 1932 de Schmitt:

Por Estado Legislativo se entiende aquí un determinado tipo de comunidad política, cuya peculiaridad consiste en que ve la expresión suprema y decisiva de la voluntad común en la proclamación de una especie cualificada de normas que pretenden ser Derecho, y a las que, en consecuencia, son reducibles todas las demás funciones, competencias y esferas de actividad del dominio público. Lo que, desde el siglo XIX, se ha

entendido entre los Estados de Europa continental como Estado de Derecho era, en realidad, el Estado legislativo y, concretamente, el Estado legislativo parlamentario. El lugar preeminente y central que en ese Estado ocupa el Parlamento se debe a que este constituye el cuerpo legislativo, que tiene a su cargo la elaboración de estas normas, con toda la dignidad que corresponde al legislador, al *législateur*.

El Estado legislativo es un Estado dominado por normas impersonales –es decir, generales– y predeterminadas –es decir, concebidas como duraderas–, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada de su aplicación al caso concreto y en el que el legislador está separado de los órganos de aplicación de la ley. En este Estado imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Más exactamente: las leyes no imperan, se limitan a regir como normas. Ya no hay poder soberano ni mero poder. Quien ejerce uno y otro, actúa sobre la base de una ley o en nombre de la ley. Se limita a hacer valer en forma competente una norma vigente. Las leyes las hace una instancia legislativa, que no ejerce el poder soberano y que ni siquiera hace valer ni aplica por sí sus propias leyes, sino que tan sólo elabora las normas vigentes, en cuyo nombre y bajo cuyo sometimiento deben ejercer el poder estatal las autoridades encargadas de la aplicación de la ley. La implantación práctica de la organización del Estado legislativo lleva siempre consigo la separación entre la ley y su aplicación, entre el legislativo y el ejecutivo. Lo anterior no es simple consecuencia de una división teórica o de una precaución de orden psicológico. Concebidas como freno contra la apetencia de poder de los hombres; es el principio fundamental sobre el que se levanta necesariamente el Estado legislativo, en el cual no imperan hombres ni personas, sino que rigen las leyes. El sentido último y propio del principio fundamental de legalidad de toda la vida estatal radica en que, en definitiva, ya no se domina ni se manda, porque las normas vigentes sólo se hacen valer de una manera impersonal. La justificación de este Estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidos por un sistema de legalidad cerrado. La forma específica en que se manifiesta aquí el Derecho es la ley, y la justificación específica del poder coercitivo del Estado es la legalidad.

Existen otras comunidades en las que la voluntad política decisoria se manifiesta en otras formas y a través de otros procedimientos. Existen Estados jurisdiccionales, en los cuales la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas; existen también otras formaciones políticas, los Estados gubernativos o administrativos, en los que, según denota su adjetivo correspondiente, la decisión final se expresa para casos concretos, manifestándose en ella la última instancia, *le dernier ressort*. Expresión típica del Estado jurisdiccional es la decisión de casos concretos, en la que el Derecho justo, la justicia y la razón se manifiesta de manera inmediata, sin la mediatización de normas generales previamente elaboradas y sin caer, por tanto, en el normativismo de la mera legalidad. Expresión típica del Estado legislativo la constituye la elaboración anticipada de normas mensurables y determinables en su contenido, duraderas y generales, apareciendo la decisión judicial como una mera aplicación de tales normas, del mismo modo que toda la vida estatal, en general, debe ser abarcada por un sistema de legalidad cerrado que permita ser subsumido con arreglo a las circunstancias de los hechos. El Estado jurisdiccional parece, pues, que es el que está más cerca del Estado de Derecho, si bien aquí el propio juez pronuncia el Derecho inmediatamente, prevaleciendo incluso este Derecho frente al legislador normativo y frente a sus leyes. En el polo opuesto del Estado legislativo está el Estado gubernativo, que encuentra su expresión característica en la voluntad personal soberana y el mando autoritario de un Jefe de Estado que ejerce personalmente el Gobierno. Pero es todavía concebible otro tipo de Estado, en el que el mando y la voluntad no sean autoritarios ni personales y, a pesar de todo, no sean meras aplicaciones de normas soberanas, sino tan solo ordenanzas de carácter objetivo: el Estado administrativo, en el que ni el Gobierno de los hombres ni el imperio de las normas es soberano, sino en el cual, y según la célebre fórmula, las cosas se administran por sí mismas. Aun cuando constituya una utopía, es perfectamente concebible un Estado administrativo, cuya expresión específica la constituye la adopción de medidas tan solo en atención a la naturaleza de las cosas, a la vista de una situación concreta y con puntos de vista puramente objetivos y prácticos.

En la realidad histórica se encuentran continuamente combinaciones y mezclas de estos tipos, porque de cada comunidad política forman parte tanto la legislación como la jurisdicción, el Gobierno y la Administración.

En todo Estado no solo se ordena y se manda, sino que también se establecen legalmente normas y se administra legalmente con medidas para atender a la gestión de los negocios.

Schmitt recoge la distinción tipológica de Estados, superando la distinción tradicional de Aristóteles –Monarquía, Aristocracia y Democracia–. Dice que un Estado siempre es de Derecho, pues siempre tiene un orden jurídico, planteando una nueva tipología y enfrentando el modelo parlamentario con el administrativo–gubernamental –hoy, estamos ante la combinación de ambos–. Habla de la Constitución de Weimar como una Constitución en la que aparecía el nuevo modelo de Estado, pero en una dualidad antagónica, pues en ella, aparece el Estado legislativo parlamentario –ley de carácter general y el Parlamento como centro de dirección de la política; imperio de la ley y un modelo de Estado en el que la clave está en la separación de poderes, pues los otros dos, deducen sus decisiones de la norma general–. Pero aparece superado pues nos encontramos con tres legisladores ordinarios. La crisis de la República de Weimar, consolida un nuevo modelo de Estado a partir de la Segunda Guerra Mundial, con la subida al poder del partido nacionalsocialista alemán.

En la tipología de modelos de Estado aparecen:

- Estado jurisdiccional: Estado en el que ya no hay posibilidad de deducción, porque la figura central es el juez, que realiza una función constitutiva/ creativa –al interpretar las leyes, crea Derecho–.
- Estado gubernamental: la clave está en la efectividad del mandato personal y su aplicación directa y no en la validez de las normas.
- Estado administrativo: la clave está en las normas unipersonales de una burocracia jerarquizada que busca cumplir las necesidades de la sociedad de masas.

Aunque Schmitt recoja esta tipología, hay más tipos de Estado de los que hablar –artículo 4 de la Constitución española de 1978; Estado de las Autonomías–. Nos referimos al cambio de modelo del Estado neutral –siglo XIX– al total –siglo XX–. Presenta el enfrentamiento de la política frente a su intento de neutralización, diferenciando así al estado Absoluto –siglo XVIII–, del Estado liberal de Derecho –siglo XIX– y del total –que no totalitario, del siglo XX–. Aquí, para Schmitt, los dos modelos del XVIII y XIX, realizan uno de los principios del elemento político, que se bifurca a través del principio de representación y/o del de identidad, desarrollando, el Estado absoluto, el primero –el Rey lo es todo, es el representante del Estado–, apareciendo un Estado total desde el punto de vista representativo. El Estado total del siglo XX desarrolla el segundo principio, el principio de identidad; el poder, consciente de su existencia, se dota de una Constitución. Por ello, se habla del Estado total, porque el pueblo se fusiona, identificándose con el Estado, frente al enfrentamiento sociedad/ Estado del modelo liberal.

Frente a esto, aparece un Estado intermedio que no busca la plasmación del elemento político, sino controlarlo: en el Estado liberal de Derecho del siglo XIX, donde la sociedad se enfrenta al Estado, se busca que la actividad económica esté en manos de la sociedad. El fin del Estado sería la salvaguarda de los derechos fundamentales –económicos principalmente–, por lo que es un Estado pasivo, ya que sólo los garantiza.

En la realidad de la sociedad de masas del siglo XX, no hay posibilidad de seguir enfrentando sociedad y Estado, por lo que su apoyo será el segundo principio, el de identidad. Es un Estado total, aunque funcionalmente sea un Estado administrativo, de Administración, dirigido por el Gobierno. La Administración puede llegar a toda la sociedad. Materialmente, es un Estado económico, pues es activo, es el principal agente

económico. El Estado total tiene dos formas de plasmación en la realidad:

A. A través de la monopolización del poder con el partido único. El Estado es total porque existe identificación del pueblo con el Estado a través del partido –que monopoliza el poder–, y a través del principio del Führer. Para Schmitt, este Estado es normalizado, pues el poder está concentrado en el Führer, que se identifica con el pueblo. Al tiempo, es legislador, ejecutor y juez.

B. A través de la crisis de Weimar, pues es una totalización –identificación sociedad y Estado–, anclada en la pluralización antagónica de partidos de clase. Este modelo, para Schmitt, problemático, hace que cada partido de clase, totaliza –o busca hacerlo– a todo el pueblo. La totalidad se realiza en el seno de cada partido, pues cada uno, tiene una visión omnicomprensiva de la realidad y son, antagónicas entre sí. Por ello, es un modelo problemático, ya que es en el Parlamento donde se busca que el poder esté monopolizado por una única visión de la sociedad.

Así, nos encontramos ante la primera plasmación, con un modelo positivo, cualitativo de la realidad y en la segunda, con un modelo negativo y cuantitativo –pluralidad de partidos antagónicos, enfrentados entre sí–. La segunda plasmación, es la del Presidente, pero ya no es problemático, pues todos los partidos son interclasistas –apareciendo la homogeneidad del sistema en la propia pluralidad de partidos–.

Desde otro punto de vista, también recogido por Schmitt, aunque de forma indirecta, la clave para el análisis del Gobierno y la Administración, está en Weber, donde aparece la legitimidad burocrática–administrativa legal. Es la Administración burocrática la que nace coincidiendo con el Estado moderno y su desarrollo, es imprescindible en la sociedad de masas del siglo XX. En este tipo de legitimidad, la propia legalidad, se identifica con la legitimidad, el Estado se convierte en una empresa racionalizada y como tal, su legalidad, es la del funcionamiento profesionalizado, del cumplimiento del deber, de la jerarquía, de las normas impersonales como instrumento funcional de la Administración. En este modelo, el Parlamento se convierte si quiere seguir jugando una función política, en un elemento más de la Administración, cumpliendo así las necesidades que demanda la sociedad de masas. O se convierte en una formalidad vacía –sin ningún papel– o en un Parlamento de trabajo –vinculado a la Administración– a través de la selección de los líderes –no del Parlamento, sino como directores de la política a desarrollar por la Administración, dejando de ser un órgano distinto a la Administración–.

Sea en Schmitt o en Weber, toda esta exposición, necesita relacionarse con la internacionalización de las Relaciones Internacionales. Acaba la estatalidad, pues ahora, hay otras relaciones políticas en las que el Estado tiene que redefinir su papel. No se puede seguir hablando de Estado total, porque la sociedad ya no se identifica con el Estado, puesto que éste se inserta en otras organizaciones superiores a él.

ARTÍCULO 97

Artículo 97: *El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.*

En este artículo, hay que diferenciar el Gobierno dirige la política y la Administración de ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado.

En esta frase se encuentra la clave del cambio de modelo de Estado, aunque la Constitución diga que la forma de Estado es la Monarquía Parlamentaria, el modelo real, es el que hace que el Gobierno –la Administración–, dirija la política. Dirigir es guiar, conducir, por lo que, a pesar de la retórica Estado parlamentario, nos encontramos con un Estado nuevo, porque dirige y conjuga la acción gubernamental con la función administrativa –que se supedita a la primera–. Esta función gubernamental posee instrumentos clave para el

Gobierno:

- La elaboración de los Presupuestos Generales del Estado: principal ley anual.
- Su papel preferente en la actividad legislativa, en el proceso de creación legal –incluso, el que desarrolla el propio Parlamento–.
- Frente al Parlamentarismo racionalizado, en las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, se debilita la exigencia de responsabilidad del segundo respecto del primero en su expresión limitada, pues el Presidente del Gobierno tiene discrecionalidad de disolver las Cámaras. Por tanto, no es una relación entre iguales, sino de preferencia de un poder sobre el otro.

El órgano que unifica el estado gubernamental–administrativo parlamentario, vinculando Gobierno y administración, es el ministro, que además de ser miembro necesario del Gobierno, es el órgano superior de la Administración. Pero el modelo está fuertemente presidencializado, pues la clave, más que en el Gobierno, está en el Presidente: el primero dirige la política, pero el segundo, la acción del primero. La Ley del Gobierno de 1977 desarrollada que el Presidente es *primus inter pares*. Según esta Ley, el Presidente puede impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno –lo que significa que, de alguna manera, los ministros se convierten en inferiores jerárquicos del Presidente, a pesar del principio ministerial que los coloca como jefes de la administración–.

Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El poder ejecutivo se convierte en uno más pero menor, dentro del propio poder gubernamental. Frente a otras competencias en el proceso de creación normativa que se atribuye al Gobierno, el artículo 97 recoge la potestad reglamentaria originaria para el Gobierno, pero la Ley, la reconoce también para los ministros, la cual, tiene que desarrollarse de acuerdo con la Constitución y las leyes. La Constitución autoriza al legislador al limitar el campo de potestad reglamentaria del Gobierno y atribuírsela a los órganos que crea oportuno –según leyes específicas, la Ley del Gobierno para los ministros–.

Se ha producido un cambio en el control jurisdiccional de los actos gubernamentales. La Ley de lo Contencioso–Administrativo de 1956, distinguía entre actos políticos y administrativos del Gobierno. La Constitución recoge la no posibilidad de distinción entre ambos: todos los poderes públicos pueden ser impugnables ante la jurisdicción contencioso–administrativa. No se distingue entre actos puramente del Gobierno y los puramente administrativos, pues ambos, pueden impugnarse. Pero son difícilmente fiscalizables. Según el artículo 24, los Tribunales declaran el recurso administrativo: admiten el recurso, desestimándolo al final –lo cual, no es fiscalización–.

9-04-02

El artículo 26 de la Ley del Gobierno de 1977, recoge también el resto de los controles del poder, que se configura como el director de la política –papel principal frente al modelo parlamentario liberal–. A pesar de estar en un Estado de Derecho, los actos del Gobierno son controlables, pero tienen vías diferentes de control.

Artículo 26: *Del control de los actos del Gobierno.*

- 1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.*
- 2. Todos los actos y omisiones del Gobierno, están sometidos al control político de las Cortes Generales.*
- 3. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante*

la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.

4. La actuación del Gobierno es impugnante ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo.

Estas vías diferentes de control, las establece este artículo:

· Cláusula General de Control: le corresponde el reflejo del artículo 9.1 de la Constitución – *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*–. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en su actuación.

· Controles específicos:

a) Control político: aparece recogido en el Título V de la Constitución. Según el artículo 26, todos los actos y omisiones del Gobierno, están sometidos al control político de las Cortes Generales. Este control político, en las dos Cámaras, no significa paridad de ambas en el control de la actividad gubernamental, pues se distingue:

– Genérico: puede residenciarse en ambas Cámaras.

– Exigencia de responsabilidad –artículo 108, *El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados*–: sólo puede residenciarse en el Congreso.

El control político posiciona el papel del Parlamento frente al modelo de Estado legislativo parlamentario, donde era una institución central. Ahora, no lo es, ni siquiera en el proceso de producción normativa. El control de la dirección política lo resitua en un papel central, pues este control, permite la dimisión del Gobierno –moción de confianza y moción de censura–.

b) Control jurídico: está recogido por el artículo 106 de la Constitución española de 1978.

Artículo 106:

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán 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.

c) Control constitucional: aparece en el Título IX de la Constitución. La actuación del Gobierno también es impugnante ante el Tribunal Constitucional según la Ley Orgánica de éste.

A pesar de la fiscalidad de todos los actos del Gobierno vía jurisdiccional, muchos actos son difícilmente recurribles, lo que encuentra su paralelismo en la debilidad real de las capacidades de control del Parlamento. Frente al privilegio del Presidente para disolver las Cámaras, el Congreso tiene constreñidas sus habilidades para hacerlo caer.

ARTÍCULO 98

Artículo 98:

1. El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley.

2. 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.

3. 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.

4. La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno.

ARTÍCULO 98.1: El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley

Este artículo nos muestra la composición del Gobierno. La posibilidad del último inciso –demás miembros que establezca la ley no se ha recogido en la Ley del Gobierno –artículo 1.2, donde se dice *El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros*–. Los vicepresidentes son figuras no necesarias, discrecionales en su existencia –que está en manos del Presidente–. Además, cuando existen, tienen funciones y atribuciones, pero son las que les encomienda el propio Presidente según el artículo 3.1 de la Ley del Gobierno –*Al Vicepresidente o Vicepresidentes, cuando existan les corresponderá el ejercicio de las funciones que les encomiende el Presidente.*

En cuanto a los ministros, ni la Constitución ni la ley, determinan su número, reforzándose de nuevo el papel del Presidente, pues tiene libertad absoluta para la composición y fijación de su propio Gobierno.

En demás miembros que establezca la ley, no se incluyen a los Secretarios de Estado, aunque se refuerza su posicionamiento como órgano superior administrativo y no como órgano político. Esto aparece recogido en la Ley del Gobierno:

Artículo 7: De los Secretarios de Estado.

1. Los Secretarios de Estado son órganos superiores de la Administración General del Estado, directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de actividad específica de un Departamento o de la Presidencia del Gobierno.

2. Actúan bajo la dirección del titular del Departamento al que pertenezcan. Cuando estén adscritos a la Presidencia del Gobierno, actúan bajo la dirección del Presidente. Asimismo, podrán ostentar por delegación expresa de sus respectivos Ministros la representación de éstos en materias propias de su competencia, incluidas aquéllas con proyección internacional, sin perjuicio, en todo caso, de las normas que rigen las relaciones de España con otros Estados y con las Organizaciones internacionales.

3. Las competencias de los Secretarios de Estado son las que se determinan en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

ARTÍCULO 98.2: 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

Este artículo establece los principios que configuran el funcionamiento del Gobierno:

A. Principio de dirección presidencial –modelo de canciller que recoge la Constitución–: el Presidente dirige y coordina la dirección de la política, hasta tal punto que, la propia Ley del Gobierno, en su artículo 2.1 –*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 los Ministros en su gestión*–, establece como competencia del Presidente, fijar las directrices políticas que debe seguir el Gobierno y dictar instrucciones a los demás miembros del Gobierno, por lo que los miembros del Gobierno, se colocan en una posición de cuasi inferioridad frente al Presidente.

B. Principio departamental o ministerial: cada ministro tiene amplia autonomía en la dirección de su Ministerio, por lo que es responsable de la gestión de este departamento de forma directa.

Se puede añadir otro principio, aunque no esté recogido de forma expresa en este artículo, sino en el artículo 108 – *El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados*–. Es el principio de colegialidad o principio de gabinete. El Gobierno aparece como un órgano colegiado, por lo que, de su actuación, responde solidariamente –la responsabilidad es solidaria del Gobierno en su actuación–. Cuando no se habían desarrollado estos principios por ley, hasta la Ley del Gobierno, había una polémica sobre cuál de ellos predominaba en el sistema:

- Presidencialista.
- Presidencialista o de gabinete.
- Ministerial.

La mayoría decía que el Presidente del gobierno no era *primus inter pares*, pero existía una minoría que hablaba de la colegialidad. La Ley del Gobierno rompe con esta polémica, porque remata lo que la Constitución parece decir. Ésta, recogía el principio presidencial –que la Ley del Gobierno remata–, porque la investidura, no es del Gobierno en su conjunto, sino del Presidente únicamente. Éste es el único que obtiene la confianza ante el congreso, y es el que designa los ministros. Además, en el sistema de nombramiento, el Presidente determina las directrices del Gobierno, por lo que no es un igual, es un superior o jefe del Gobierno.

Estos argumentos se establecen en la Exposición de Motivos de la propia Ley del Gobierno:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Desde la aprobación de la Constitución Española en 1978, puede observarse con satisfacción como su espíritu, principios y articulado han tenido el correspondiente desarrollo normativo en textos de rango legal, impulsando un período de fecunda producción legislativa para incorporar plenamente los principios democráticos al funcionamiento de los poderes e instituciones que conforman el Estado Español.

En efecto, el conjunto de los poderes y órganos constitucionales han sido objeto de leyes que, con posterioridad a la Constitución, establecen las pautas de su organización, competencia y normas de funcionamiento a la luz de la norma vértice de nuestro ordenamiento democrático.

Existe, sin embargo, un relevante ámbito de los poderes constitucionales al que todavía no ha llegado el desarrollo legal de la Constitución. Tal es el caso del núcleo esencial de la configuración del poder ejecutivo como es el propio Gobierno. En efecto, carece todavía el Gobierno, como supremo órgano de la dirección de la política interior y exterior del Reino de España, de texto legal que contemple su organización, competencia y funcionamiento en el espíritu, principios y texto constitucional. Tal es el importante paso que se da con la presente Ley.

La Constitución de 1978 establece los principios y criterios básicos que deben presidir el régimen jurídico del Gobierno, siendo su artículo 97 el precepto clave en la determinación de la posición constitucional del mismo.

Al propio tiempo, el artículo 98 contiene un mandato dirigido al legislador para que éste proceda al correspondiente desarrollo normativo del citado órgano constitucional en lo que se refiere a la determinación de sus miembros y estatuto e incompatibilidades de los mismos.

Por otra parte, el Gobierno no puede ser privado de sus características propias de origen constitucional si no es a través de una reforma de la Constitución («garantía institucional»). Ahora bien, la potestad legislativa

puede y debe operar autónomamente siempre y cuando no lleguen a infringirse principios o normas constitucionales.

Por ello, en lo que se refiere a aspectos orgánicos, procedimentales o funcionales, la presente Ley aparece como conveniente; y, en cuanto se trate de precisar y desarrollar las previsiones concretas de remisión normativa contenida en la Constitución, la Ley aparece como necesaria. Avala además la pertinencia del presente texto el hecho de que la organización y el funcionamiento del Gobierno se encuentra en textos legales dispersos, algunos de ellos preconstitucionales, y, por tanto, no del todo coherentes con el contenido de nuestra Carta Magna.

Tres principios configuran el funcionamiento del Gobierno: el principio de dirección presidencial, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno y cada uno de los Departamentos; la colegialidad y consecuente responsabilidad solidaria de sus miembros; y, por último, el principio departamental que otorga al titular de cada Departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión.

Desde estos planteamientos, en el Título I se regula la posición constitucional del Gobierno, así como su composición, con la distinción entre órganos individuales y colegiados. Al propio tiempo, se destacan las funciones que, con especial relevancia, corresponden al Presidente y al Consejo de Ministros. Asimismo se regula la creación composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno, órganos con una aquilatada tradición en nuestro Derecho.

En efecto, el artículo 98.1 de nuestra Carta Magna establece una composición fija –aún con elementos disponibles– del Gobierno, remitiéndose a la Ley para determinar el resto de sus componentes. En este sentido, se opta ahora por un desarrollo estricto del precepto constitucional, considerando como miembros del Gobierno al Presidente, a los Vicepresidentes cuando existan y a los Ministros. En cuanto a la posición relativa de los miembros del Gobierno, se destaca la importancia del Presidente, con fundamento en el principio de dirección presidencial, dado que del mismo depende, en definitiva, la existencia misma del Gobierno. El Derecho comparado es prácticamente unánime en consagrar la existencia de un evidente desequilibrio institucionalizado entre la posición del Presidente, de supremacía, y la de los demás miembros del Gobierno. Nuestra Constitución y, por tanto, también la Ley se adscriben decididamente a dicha tesis.

Se mantiene como no podía ser de otra manera, el carácter disponible de los Vicepresidentes, cuya existencia real en cada formación concreta del Gobierno dependerá de la decisión del Presidente. No se ha estimado conveniente, por otra parte, aumentar cualitativamente el número de categorías de quienes pueden ser miembros del Gobierno aun cuando esa posibilidad se encuentra permitida por el inciso final del artículo 98.1. En este sentido, si bien se contempla expresamente la figura de los Ministros sin cartera, no cabe duda de que su consideración es precisamente la de Ministros. Y desde esa posición, desempeñan una función política, encargándose de tareas que no corresponden, en principio ni en exclusiva, a uno de los Departamentos existentes. No son, en consecuencia, esos otros posibles miembros del Gobierno a que se refiere el artículo 98.1 de la Constitución.

Por lo que respecta a los Secretarios de Estado, se opta por potenciar su «status» y su ámbito funcional sin llegar a incluirlos en el Gobierno. Serán órganos de colaboración muy cualificados del Gobierno, pero no miembros, si bien su importancia destaca sobre el resto de órganos de colaboración y apoyo en virtud de su fundamental misión al frente de importantes parcelas de actividad política y administrativa, lo que les convierte, junto con los Ministros, en un engarce fundamental entre el Gobierno y la Administración.

El texto regula, asimismo, la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, con funciones preparatorias del Consejo de Ministros, el Secretariado del Gobierno y los Gabinetes.

El Título II se dedica a regular el estatuto de los miembros del Gobierno –cumpliendo el mandato contenido

en el artículo 98.4 de la Constitución– y, en especial, los requisitos de acceso al cargo; su nombramiento y cese, el sistema de suplencias y el régimen de incompatibilidades.

Igualmente se contienen las normas sobre nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades de los Secretarios de Estado; y el régimen de nombramiento y cese de los Directores de Gabinete.

En el Título III se pormenorizan, dentro de los lógicos límites que impone el rango de la norma, las reglas de funcionamiento del Gobierno, con especial atención al Consejo de Ministros y a los demás órganos del Gobierno y de colaboración y apoyo al mismo. También se incluye una referencia especial a la delegación de competencias, fijando con claridad sus límites, así como las materias que resultan indelegables.

El Título IV se dedica exclusivamente a regular el Gobierno en funciones, una de las principales novedades de la Ley, con base en el principio de lealtad constitucional, delimitando su propia posición constitucional y entendiendo que el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno.

Por último, en el Título V se regula el procedimiento para el ejercicio por el Gobierno de la iniciativa legislativa que le corresponde, comprendiendo dos fases principales en las que interviene el Consejo de Ministros, asumiendo la iniciativa legislativa, en un primer momento, y culminando con la aprobación del proyecto de ley.

Se regula asimismo el ejercicio de la potestad reglamentaria, con especial referencia al procedimiento de elaboración de los reglamentos y a la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas. De este modo, el texto procede a una ordenación de las normas reglamentarias con base en los principios de jerarquía y de competencia, criterio este último que preside la relación entre los Reales Decretos del Consejo de Ministros y los Reales Decretos del Presidente del Gobierno, cuya parcela propia se sitúa en la materia funcional y operativa del órgano complejo que es el Gobierno.

Finalmente, se regulan diversas formas de control de los actos del Gobierno, de conformidad con lo establecido por nuestra Constitución y por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, con la finalidad de garantizar el control jurídico de toda la actividad del Gobierno en el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 99

Artículo 99:

- 1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.*
- 2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.*
- 3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.*
- 4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.*
- 5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato*

hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.

Este artículo pone al Presidente del Gobierno en una posición privilegiada, pues establece la designación especial del mismo, distinta a la de los demás miembros del Gobierno.

Según la Constitución, se distinguen dos formas de designación del Presidente del Gobierno:

· Procedimiento extraordinario: es el que establece el artículo 113. Este procedimiento es el que establece la moción de censura constructiva cuando triunfa. Combina dos procedimientos separados: sancionar y dar confianza al candidato alternativo. Si la moción triunfa, este candidato, se siente investido de la confianza y tiene que ser elegido Presidente. Aquí no interviene el Rey en la designación de los candidatos. Pero sí interviene formalmente en el nombramiento de este nuevo Presidente.

Artículo 113:

1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.

2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.

3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas.

4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.

· Procedimiento ordinario: es el que establece el artículo 99. Este artículo, está influenciado por el artículo 63 de la Ley Fundamental de Bonn.

Artículo 63:

(1) El Canciller Federal es elegido sin debate por el Bundestag a propuesta del Presidente Federal.

(2) Resultará elegido quien obtenga los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag. El elegido deberá ser nombrado por el Presidente Federal.

(3) Si la persona propuesta no fuera elegida, el Bundestag podrá elegir, por más de la mitad de sus miembros, un Canciller Federal dentro de los catorce días siguientes a la votación.

(4) Si en dicho plazo no se realizare la elección, se procederá de inmediato a otra votación; será elegido quien obtenga la mayoría simple de votos. Si el elegido obtuviera los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag, el Presidente Federal deberá nombrarlo en el plazo de los siete días siguientes a la elección. Si el elegido no alcanzare dicha mayoría, el Presidente Federal, en el plazo de siete días, deberá nombrarlo o disolver el Bundestag.

En nuestro modelo, hay debate, pues el candidato a Presidente del Gobierno, debe presentar su programa.

En el período constituyente, este precepto fue el que sufrió más cambios:

* Primer borrador: el Rey intervenía sólo al final, en el nombramiento formal y no en la primera fase. No proponía candidato. La forma era que se votaba primero al candidato, que debería obtener mayoría absoluta y en una segunda votación, se votaba al Gobierno formado por ese candidato, que también debía obtener, por

mayoría absoluta, la confianza de la Cámara.

* Anteproyecto: el Rey propone al candidato, que sufre sólo una votación única, no apareciendo la del Gobierno, como en el caso anterior. En el senado, es donde aparece aquí, la doble votación –la primera es de mayoría absoluta y la segunda, de simple– cuando se entra a debatir el proyecto.

* Comisión Mixta Congreso y Senado: se establece para dar estabilidad a las instituciones, para evitar un Gobierno en funciones largo en el tiempo. Gracias a esto, el Gobierno se disuelve transcurridos dos meses si nadie obtiene la confianza.

La redacción final de este artículo, tiene las siguientes características:

1. Atribución del Rey en la elección del candidato. Aparece el papel activo y no meramente formal del Monarca. Independientemente de este papel, en todo caso, se requiere la confianza del Congreso, que tiene la última palabra.
2. Un procedimiento para la designación del Presidente –artículo 99– y otro para la del Gobierno y su formación –artículo 100, *Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente*–, a discrecionalidad del Presidente, sin requerir la confianza.
3. Atribución a una sola de las Cámaras. Sólo el Congreso tiene papel en la elección del Gobierno, pues sólo él puede exigir la responsabilidad de éste, censurar su gestión y provocar su dimisión. Pero aunque sólo tenga papel el Congreso, si transcurridos dos meses nadie obtiene la confianza, se disuelven ambas Cámaras.

CONCLUSIÓN: A pesar de la forma política que se establece en el artículo 9.3 –Monarquía Parlamentaria–, el Presidente del Gobierno aparece con un papel predominante para la formación y dirección de la política en su totalidad.

El artículo 101, habla del Gobierno cesante, estableciendo otro supuesto aparte del artículo 99.

Artículo 101:

1. *El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.*
2. *El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.*

Nos referimos a la pérdida de confianza parlamentaria –la Constitución establece otro supuesto igualmente: triunfo de la moción de censura–. Nos referiremos sólo a la cuestión de confianza porque el nombramiento extraordinario es automático, no hay que acudir al artículo 99. Si el candidato no obtiene mayoría simple, el Gobierno presenta su dimisión, por lo que hay que acudir al artículo 99 para la elección de un nuevo Presidente.

En el artículo 101 no se incluye la incapacidad sobrevenida del Presidente, pero en este caso, también se acudiría a la vía de dimisión o fallecimiento del artículo 99. No se incluye como causa de cese, el cambio o fallecimiento del Jefe del Estado, aunque intervenga en el procedimiento ordinario de designación del Presidente del Gobierno. Esto le lleva a decir a una parte de la doctrina que el papel del Presidente es formal más que real.

Las fases del procedimiento de designación ordinaria del Presidente son:

1. Consulta del Rey: el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, propone al candidato. El Monarca tiene un papel arbitral en el funcionamiento regular de las instituciones –esto significa que el Rey tiene que buscar un candidato fiable para que el

Congreso le de su confianza-. El Rey busca a este candidato según el resultado de las elecciones:

- Mayoría absoluta: supone un acto mecánico porque entra dentro de la función moderadora presentar un candidato que vaya a ser elegido –líder del grupo que consigue la mayoría absoluta–.
- Papel activo del Rey en su función arbitral y moderadora: mediar en la negociación con las diferentes fuerzas políticas, cuando hay diferentes mayorías.

Antes de presentar el candidato, el Rey tiene que consultar a los representantes designados por los grupos políticos. Hechas estas consultas obligatorias, el Rey puede plantearse otras consultas: la Constitución no dice nada, pero la doctrina sí las admite, pero sólo en el caso de que sena para el mismo fin.

Grupos políticos con representación parlamentaria, no significa sólo del Congreso, pues puede ser también del Senado, según la literalidad de las palabras. Pero la realidad es que sólo es para el Congreso. Para la elección de estos representantes, quedan excluidos el Rey y el Presidente del Congreso; hay libertad absoluta para los grupos políticos. En la práctica, estos representantes son los líderes de las formaciones políticas, que a su vez, pertenecen al Congreso. Pero hay excepciones, como ocurrió por ejemplo, en 1982, donde se eligió a Arzalluz como representante del grupo político PNV sin ser miembro electo del Congreso, no era diputado.

La práctica constitucional es que el Presidente del Congreso presente al Rey la lista, que él elabora, de los representantes. Aunque esto parezca claro, aparecen dificultades. En la práctica, no se incluye a un grupo político en esta lista –HB–. Éste, unas veces ha declinado la invitación de ser incluido y otras, el Presidente del Congreso le ha excluido de forma discrecional. Cabe decir que en 1993, Idígoras participó en esta consulta. Estas reglas se quiebran con los partidos antisistema.

El plazo de la consulta no es estable, ni constitucional ni legalmente: es a disposición discrecional del Rey, lo que podría hacer que transcurrieran los dos meses para que se disuelvan las Cámaras. En la práctica, las consultas no han excedido de siete días. Además, no tienen carácter vinculante para el Rey, aunque sea obligatorio hacerlas, por lo que el Monarca goza de independencia jurídica –puede proponer al que crea oportuno–.

2. Propuesta del Rey del candidato a través del Presidente del Congreso: este a través significa que el Presidente del Congreso refrenda el candidato propuesto por el Rey, reforzando el papel de colaborador que tiene el Monarca en la primera fase de consulta. Hay que destacar aquí, las dos visiones doctrinales que hay del artículo 64, del refrendo:

Artículo 64:

1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.

- Refrendo como acto de legalidad: da validez al acto.
- Refrendo del Presidente del Congreso, como actividad material y/o oportunidad política: el Presidente del Congreso tiene que ver la legalidad y el contenido –la oportunidad política del candidato–, pues puede refrendar, si no tiene esto en cuenta, propuestas extravagantes.

De esto depende la resolución de un hipotético enfrentamiento de la Corona y el Congreso –que el Rey presentara candidatos inverosímiles, implicaría el transcurso de dos meses y en consecuencia, la disolución

del las Cámaras-. Al ser hipotético, la doctrina no da su opinión en este aspecto.

En cualquier caso, el Rey puede proponer como candidato a cualquiera que considere oportuno y, aunque la Constitución posibilite que el Presidente del Gobierno sea miembro de alguna de las dos Cámaras, no tiene por qué serlo –no tiene por qué ser necesaria y obligatoriamente un cargo electo, puede ser extraparlamentario–.

3. Investidura: En esta fase aparecen dos momentos:

· Presentación del programa político: La confianza se otorga exclusivamente al Presidente. Pero, frente al modelo que establece la Ley de Bonn, el candidato debe presentar, en nuestro modelo, su programa político. Por tanto, la investidura es de ambos: del programa y del candidato. El contenido del programa no aparece regulado constitucionalmente, ni vía reglamentaria del Congreso. El candidato no está obligado a decir el número de personas o quiénes formarán su Gobierno.

La práctica muestra que el valor del programa es un compromiso más político que jurídico del Presidente ante el Congreso. Pero no tiene valor jurídico porque en caso de incumplimiento, no significa la pérdida inmediata de la confianza, pues esto, está en manos del Congreso –éste, puede presentar una moción de censura argumentando incumplimiento del programa-. Este valor político se muestra en que el Presidente puede cambiar el contenido del programa, sin necesidad de una nueva confianza, aunque sí se establezca esta posibilidad.

· Votación del programa político y del candidato: la primera votación es por mayoría absoluta –totalidad de miembros de las Cámaras-. En esta votación, los votos negativos y las abstenciones, se igualan, significando lo mismo. Si no existe mayoría absoluta, se hace una segunda votación cuarenta y ocho horas después de la primera. En ésta, basta, reunido el quorum del Congreso, con mayoría simple. Cuando no se obtiene la confianza en ninguna votación, el Rey tiene que proponer nuevos candidatos. Propone así a otras personas. Estas nuevas propuestas, tienen que cumplir todos los requisitos del artículo 99 –se vuelve así al principio-. Y si transcurridos dos meses, nadie obtiene la confianza, el Rey disuelve ambas Cámaras y convoca nuevas elecciones. Tras éstas, comienza de nuevo todo el proceso.

15-04-02

4. Nombramiento del Presidente del Gobierno por el Rey: este nombramiento es un acto reglado, es decir, la intervención del Rey es formal y reglada –no cabe discrecionalidad por su parte-. Así lo establece el artículo 171 del Reglamento del Congreso –hay un procedimiento sucesivo que el Presidente traslada al Rey para que lo nombre-.

Artículo 171:

1. La sesión comenzará por la lectura de la propuesta por uno de los Secretarios.

2. A continuación, el candidato propuesto expondrá, sin limitación de tiempo el programa político del Gobierno que pretende formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Tras el tiempo de interrupción decretado por la Presidencia intervendrá un representante de cada Grupo Parlamentario que lo solicite por treinta minutos.

4. El candidato propuesto podrá hacer uso de la palabra cuantas veces lo solicitare. Cuando contestare individualmente a uno de los intervinientes, éste tendrá derecho a réplica en diez minutos. Si el candidato contestare en forma global a los representantes de los Grupos Parlamentarios, éstos tendrán derecho a una réplica de diez minutos.

5. La votación se llevará a efecto a la hora fijada por la Presidencia. Si en ella el candidato propuesto obtuviera el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, se entenderá otorgada la confianza. Si no se obtuviera dicha mayoría, se procederá a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si en ella obtuviere mayoría simple. Antes de proceder a esta votación, el candidato podrá intervenir por tiempo máximo de diez minutos y los Grupos Parlamentarios por cinco minutos cada uno para fijar su posición.

6. Otorgada la confianza al candidato, conforme al apartado anterior, el Presidente del Congreso lo comunicará al Rey, a los efectos de su nombramiento como Presidente del Gobierno.

El nombramiento tiene carácter de Real decreto, precisando el refrendo del Presidente del Congreso. Una vez que aparece el real Decreto, el Presidente del Gobierno toma posesión de su cargo, de forma solemne y ante el Rey, es decir, se lleva a cabo el juramento o promesa tipo del Presidente ante el Rey –este juramento, también lo realizan los ministros–:

- Cumplir las funciones que se le encomiendan.
- Cumplir la Constitución.
- Mantener los secretos de Estado, etc.

ARTÍCULO 100

Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente.

Este artículo recoge el procedimiento de designación del resto de los miembros del Gobierno. Está influenciado por el artículo 64 de la Ley Fundamental de Bonn.

Artículo 64:

(1) Los ministros federales serán nombrados y relevados por el Presidente Federal a propuesta del Canciller Federal.

(2) Al tomar posesión de sus cargos, el Canciller Federal y los ministros federales prestarán ante el Bundestag el juramento previsto en el artículo 56.

La elaboración de este precepto sufrió cambios a lo largo del proceso constituyente. En la primera redacción, aparecía como último apartado del artículo de la designación del Presidente del Gobierno. El Senado consiguió convertir este apartado en un artículo separado y expreso, a propuesta de una enmienda defendida por el profesor Ollero, que afirmaba que nombrar en un mismo artículo dos procedimientos sucesivos y de contenido distinto, generaría confusiones.

La Constitución divide el proceso de formación del Gobierno, lo que refuerza el modelo presidencialista. Por tanto, hay dos procedimientos diferenciados y sucesivos:

- Designación ordinaria del Presidente: artículo 99.
- Designación de los demás miembros del Gobierno: artículo 100.

El primer procedimiento tiene carácter parlamentario, del Congreso de los Diputados y el segundo, presidencialista, de canciller. Aunque en ambos aparezca la figura del Rey, tienen naturaleza diferente. En el primero, el Rey inicia –con consultas y propuestas de candidatos– y pone fin –con el nombramiento–. Pero independientemente de las facultades regias, aparece la necesidad de la confianza parlamentaria –una mayoría que apoye al candidato–. En el segundo procedimiento, el Rey no inicia, sino que sólo pone fin –nombra a los miembros–, siendo el sujeto clave el Presidente del Gobierno, quien tiene la discrecionalidad e iniciativa para

la propuesta, reforzando así el modelo cuasi presidencial.

En la doctrina, no hay unanimidad: una parte afirma que las propuestas no serían vinculantes –el Rey no tendría discrecionalidad–. Pero otros sectores, confieren al Rey una competencia tanto formal como de contenido. Pero para la mayor parte de la doctrina, el Rey no puede vetar las propuestas del Presidente, ni imponer el nombramiento de las personas por él designados. Pero fruto de su papel interventor, cabe en el Rey una facultad de consejo y asesoramiento –puede influir así en el criterio del Presidente del Gobierno–.

En todo caso, el nombramiento y separación de los miembros del Gobierno, es un procedimiento extraparlamentario, es decir, no hay sometimiento a la confianza del Parlamento, que se mantiene al margen. Es más, el Presidente no tiene por qué solicitar la renovación de la confianza parlamentaria cuando haga cambios en su Gobierno, reforzándose más el presidencialismo. Y para reforzar esto si cabe más aún, la ley del Gobierno, en su artículo 2, recoge que la creación/ supresión de departamentos ministeriales es atribución del Presidente, mediante Real Decreto, sin necesitar reserva de ley –artículo 2.j, *Crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado*–.

ARTÍCULO 103

Artículo 103:

- 1. 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.*
- 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos 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.*

ARTÍCULO 103.1: *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*

La Constitución no recoge el poder ejecutivo clásico y habla del Gobierno y de una Administración, estableciendo artículos diferentes: uno para el Gobierno y otros para la Administración, lo que no deja de ser una separación artificiosa, pues el Gobierno dirige la política y la administración –artículo 97–, y la Administración de la que se está hablando aquí, se subordina a la del artículo 97. No hay así una separación tajante entre ellos, pues existen órganos que pertenecen a ambos –ministros: órgano superior de la administración y miembros del Gobierno–.

Se recoge el concepto de Administración Pública en singular, lo que nos llevaría a suponer que los principios que implanta este artículo, se refieren a la Administración General del Estado. La doctrina entiende que aunque se recoja en singular, se debería haberlo hecho en plural. Es más, estos principios, a pesar del singular, son de aplicación a todas las Administraciones Públicas y no sólo a la Administración General del Estado. Este artículo se aplicaría a todas las Administraciones –del Estado, territorial–autonómica, local, funcional e institucional–, como lo recoge la Ley 30/ 92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común. Esta ley en su artículo 3, habla de Administraciones Públicas, recogiendo el artículo 103.

(Redacción original)

Artículo 3. Principios Generales.

1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

2. Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficacia y servicio a los ciudadanos.

3. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. Cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

Una Administración eximida del cumplimiento de estos principios, según Baena de Alcázar, es la Administración Medial, que se regiría por sus propias leyes específicas. Esta Administración, es la propia organización administrativa de los órganos constitucionales:

- Administración de las Cortes Generales.
- Administración del Defensor del Pueblo.
- Administración del Tribunal de Cuentas.
- Administración del Tribunal Constitucional.

Este artículo 3, recoge el artículo 103.1 y además, en una reforma de esta misma ley, se refiere también al principio de buena fe y de confianza legítima –las Administraciones Públicas en su actuación, deben regirse por estos principios–.

(Redacción dada por la Ley 4/1999)

Artículo 3: Principios generales.

1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

3. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

Cuando el artículo 103.1 recoge con sometimiento pleno a la ley y al derecho –principio de legalidad–, también se refiere a la Constitución, pero en este sentido, lo que busca esta reforma –ley 4/1999– es reforzar la seguridad jurídica. La Ley 30/ 92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común habla de Administraciones Públicas. Es norma básica, y como tal, es aplicable a todas las Administraciones Públicas, según el artículo 149.1.18 de la Constitución –*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*–.

El artículo 103.1, podría interpretarse distinguiendo entre:

- Fines: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. –declaración finalista que el artículo realiza–: Los intereses generales serían el fin del actuar administrativo. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado, por lo que precisa de determinación y clarificación de su significado. Esto se resuelve a través del artículo 97, donde se dice que el Gobierno define el interés general en la dirección de la política.

- Criterios de actuación –actuación administrativa objetiva y eficaz–:

a) Objetividad: es el rechazo de cualquier voluntad subjetiva en manos de la propia Administración Pública. Esto significa que la Administración Pública no puede tener ideología ni ser partidista. La burocracia no puede seguir sus criterios ideológicos, que ya están definidos previamente por la dirección política del Gobierno –aquí sí hay ideología y voluntad que define políticamente los objetivos (intereses generales)–. Por tanto, la Administración tiene que ser neutral. A esto se le denomina eficacia indiferente –que no se sujeta a discriminaciones según su propia orientación política–.

Objetividad se refiere aquí a la construcción que hace Weber de la legitimidad racional burocrática–legal –que los administrados ante idénticas situaciones, deben tener igualdad de oportunidades e igualdad de trato–.

b) Eficacia: aunque sea un criterio, aparece recogido como un principio. No puede entenderse como un principio de organización, pues es una aspiración del constituyente a realizar. Es un deseo, no un hecho. La eficacia técnica de la Ciencia de la Administración, se relaciona con otro criterio, recogido por la legislación de desarrollo –Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración–, la eficiencia. Por eficacia se entiende el cumplimiento real de los objetivos propuestos. La eficiencia es esto y que el actuar administrativo se realice bajo unos costes admisibles.

- Principios de organización –(...) jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (...)–: No se recoge ni el principio de unidad ni el de control. El primero, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se refiere a la personalidad jurídica de la Administración. Esta personalidad única y unitaria, no aparece recogida de forma expresa por la Constitución. Por ello, este principio no se menciona en el artículo 103.1. El segundo, aparece expresamente en el artículo 106 para la Administración –control jurisdiccional: a través de la jurisdicción contencioso–administrativa–.

a) Principio de jerarquía: jerarquía es subordinación impersonal, siguiendo el modelo weberiano de legitimidad legal–racional. Aquí, la legalidad se confunde con legitimidad. Legal y legítimo es el funcionamiento sobre bases de cálculo de racionalidad, sobre normas impersonales, es decir, de jerarquía entre órganos burocráticos, distinguiendo así, entre órganos superiores y órganos inferiores de la administración, estando estos últimos sometidos y subordinados a los primeros. La subordinación, por tanto, es entre órganos y no entre personas.

b) Principio de descentralización: no puede darse al unísono con el principio de desconcentración, en una

misma situación y al mismo tiempo, porque son principios contradictorios. Son principios de organización genéricos y no pueden darse a la vez. El principio de descentralización establece el traspaso de atribuciones o competencias entre distintas Administraciones Públicas, entre personalidades jurídicas diferentes. Conlleva una transferencia efectiva del poder de decisión sobre la competencia atribuida. Se distinguen dos clases de descentralización:

* Descentralización territorial: se da entre las distintas Administraciones, entre la distinta organización vertical del Estado.

* Descentralización funcional o institucional: se refiere a organizaciones distintas que se integran en una misma Administración. A éstas, se las dota de una personalidad jurídica diferenciada. Pero en realidad, es una prolongación de la propia estructura para escapar del control, lograr mayor eficacia, fines específicos, etc.

En cualquier caso, es un principio recogido por la Constitución, por lo que tiene que ser desarrollado. El principio de descentralización territorial en sentido estricto, no sería el modelo seguido por la Constitución española en la organización vertical del poder, pues el que se sigue, es el modelo de autonomía –aunque éste, en un sentido genérico, sea también un modelo descentralizado–. En este sentido estricto, la descentralización territorial sería una opción política y libre del ente más alto, por lo que en un modelo posterior, puede ser revocada, como un juicio de oportunidad –centralizar lo descentralizado–. Pero en el caso de la autonomía, no es una opción, sino un derecho, recogido por la Constitución –garantía constitucional de autonomía, sobre todo, para el ámbito local–.

El concepto de garantía constitucional, es un concepto de Schmitt. Esta garantía, derecho a la autonomía, significa que no estamos ante una opción que puede ser revocada, sino ante un derecho propio garantizado –institucionalmente según Schmitt– constitucionalmente. Como garantía constitucional, la autonomía puede ser mayor o menor, pero siempre tiene que ser un marco que se entienda como conforme con lo que en el momento preciso el pueblo ve como competencias, atribuciones y derechos que deben ser ejercidos por ese ente. La garantía constitucional define un marco de un derecho que puede ser aumentado o disminuido, pero nunca quebrado. En última instancia, el Tribunal Constitucional definirá este marco, diciendo si este derecho se ha quebrado. Según el artículo 137 de la Constitución española –*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*, el derecho a la autonomía es para la gestión de sus propios intereses, surgiendo de nuevo, un concepto jurídico indeterminado. Por tanto, según la doctrina del Tribunal Constitucional, hay jerarquía de intereses, siendo el preponderante, el nacional –de ahí, la prelación del Gobierno y su Administración sobre el resto–, el autonómico y el local, en un orden de prelación en los intereses.

c) Principio de desconcentración: es una técnica de alteración de las competencias o atribuciones. Más que un principio, establece estas alteraciones y define el traspaso de competencias dentro de una misma personalidad jurídico-pública –dentro de una organización–. Hay dos tipos de desconcentración en el ámbito estatal:

* Desde los órganos superiores a los inferiores.

* Desde los órganos centrales a los periféricos de la Administración General del Estado.

Se distingue así la delegación. A través de ésta, se confiere el ejercicio de la competencia, pero se retiene la titularidad –se transfiere la competencia, pero el titular sigue siendo el mismo–. En la desconcentración, se traspasa la titularidad y el ejercicio dentro de un órgano. En la descentralización, la transferencia es también de la titularidad del ejercicio, pero ante distintas organizaciones administrativas con personalidades jurídicas plenas y diferenciadas entre sí.

d) Principio de coordinación: la coordinación es la distribución racional de toda la organización

administrativa. Se refiere así al funcionamiento armónico de todo el complejo administrativo. En ella, se establecen distintas técnicas para su propio cumplimiento. Pero por ejemplo, la coordinación tiene que producirse desde una instancia que tenga poder sobre el complejo orgánico administrativo que coordina. Sin embargo, según el artículo 154 de la Constitución española – *Un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad*–, el Delegado del Gobierno coordina la Administración General del Estado en la Comunidad Autónoma con la Administración propia de esta Comunidad. Pero este Delegado no tiene poder sobre la Administración Autonómica, es decir, no tiene capacidad de control sobre ella.

e) Principio de legalidad de la actuación administrativa: la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Se recoge lo desarrollado en el Título Preliminar de la Constitución –artículo 1.1; artículo 9.1 y artículo 9.3 de forma específica–. El desarrollo de este principio –el control para que se lleve a cabo–, se recoge en el artículo 106 de la Constitución española, es el control jurisdiccional de la actuación administrativa.

Pero hoy, el principio de legalidad ha perdido su sentido clásico. No puede interpretarse desde el modelo tradicional legislativo parlamentario, pues no significa una actuación particular y concreta que se determina por la ley general creada en el Parlamento. La subsunción de la actuación administrativa en la ley, hoy no es posible porque estamos en un nuevo modelo de Estado, en el que la Administración –burocracia administrativa–, es la encargada de diseñar la propia normativa que después regirá la propia actuación de la Administración para el cumplimiento de los fines públicos. Es así juez y parte de su propio principio de sometimiento a la legalidad.

16-04-02

ARTÍCULO 106

Artículo 106:

- 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*
- 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán 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.*

El control de la Administración se fiscaliza por los Tribunales. De ahí, la importancia del artículo 106.1, que no recoge la jurisdicción contencioso-administrativa, pues habla de los Tribunales. Éstos dependen de la ley, por lo que en caso de contradicción reglamento-ley, se aplicará el reglamento. No recoge la jurisdicción contencioso-administrativa, pero la Constitución sí hace referencia a ella en el control al que se somete el actuar administrativo de las Comunidades Autónomas –artículo 153, *El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley; b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refieren el apartado 2 del artículo 150; c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias; d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario*–, sin perjuicio del principio de unidad. El Título VI habla de la unidad de la jurisdicción. Esta unidad no significa la posibilidad de distinción por la materia a tratar. La actuación de la Administración está sometida a todas las disposiciones reglamentarias. No se puede eximir una actuación concreta del reglamento específico. Los Tribunales en el control de la Administración, pueden fundamentar su sentencia en los principios generales del Derecho, aparte de la ley. Esta fundamentación, acerca el modelo español al inglés o anglosajón. Hay una labor constituyente

y creadora del juez, no autónoma.

El artículo 106 recoge el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican –desviación de poder–. Esto es el desarrollo del principio que prohíbe la arbitrariedad en la Administración –artículo 9.3–.

TÍTULO V,

DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES

Este modelo –relación del Gobierno y las Cortes–, muestra la evolución del sistema parlamentario. En el parlamentarismo clásico, las dos premisas básicas eran la división de poderes, donde la relación entre Gobierno y Parlamento se definía mediante el papel central del segundo. El Gobierno nacía y caía a partir del propio Parlamento, de las Cámaras. Esto quiebra cuando aparece el Estado total. La clave es que como resultado de las nuevas demandas sociales, se debilita el papel del Parlamento, reforzándose el del Gobierno. El parlamentarismo clásico, en su crisis, mostraba una inestabilidad gubernamental. De ahí que a partir de la Segunda Guerra Mundial, aparezca el parlamentarismo racionalizado, que trataba de racionalizar los procesos de exigencia de responsabilidad política del Gobierno, intentando darle estabilidad. Este Parlamento busca dicha estabilidad a través de técnicas jurídicas que se constitucionalizan. Éstas, limitan la capacidad fiscalizadora del Parlamento.

La inestabilidad gubernamental, sin embargo, no se daba por los mecanismos de fiscalización, sino por el multipartidismo fuerte y porque estos partidos, buscaban totalizar la comprensión del Estado desde su ideología. Buscaban romper el orden constitucional. La estabilidad gubernamental, tras la Segunda Guerra Mundial, viene dada porque se rebaja la tensión de la lucha de clases, concentrándose el voto en pocos partidos –los cuales eran muy disciplinados–. Además, no se debe confundir inestabilidad gubernamental con inestabilidad del sistema político.

Las técnicas para debilitar la capacidad de fiscalización del Parlamento frente al Gobierno, aparecen en el Título V de nuestra Constitución –por influencia de la francesa–. Recoger un Título específico para las relaciones Parlamento–Gobierno, supone poner en primer lugar una ideología superada: la división de poderes. La Ley Fundamental de Bonn también ha influido mucho en nuestra Constitución, pero ésta, no tiene un Título específico para las relaciones del Parlamento y el Gobierno, sino que las recoge en el Título del Gobierno.

ARTÍCULO 108

Artículo 108: *El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.*

En este artículo hubo dos enmiendas hechas en el Senado, pues esta Cámara pretendía que el Gobierno respondiera también ante ella y no solo ante el Congreso. Estas enmiendas no fueron aprobadas. De haberlo sido se hubiera originado una asimetría en el modelo bicameral español.

Sólo se responde ante el Congreso porque es aquí donde se llevan a cabo la designación del candidato a la Presidencia del Gobierno y el nombramiento tanto ordinario como extraordinario del Presidente.

Tras este artículo, hay que distinguir responsabilidades:

- Responsabilidad civil: es ante el tribunal Supremo y está establecida en el artículo 102.

Artículo 102:

1. *La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso,*

ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

2. Si la acusación fuere 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.

3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.

· Responsabilidad penal: recogida como penal en el mismo artículo 102.

· Responsabilidad administrativa: se controla por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el artículo 108 estamos hablando por tanto, de una responsabilidad política, de la que el Gobierno en su conjunto, como órgano colegiado, es sujeto. No se habla de licitud o ilicitud, sino de mera oportunidad política. Pero ésta, no puede confundirse con el control político porque no todos los controles llevan a una exigencia de responsabilidad. Los medios de control político de las Cámaras se recogen en los artículos 109, 110 y 111 de la Constitución:

– Derecho de información de las Cámaras; artículo 109.

– Derecho del Gobierno a acceder a las Cámaras; artículo 110.

– Interpelaciones y preguntas; artículo 111.

Pero en el artículo 108 se alude a los mecanismos para la exigencia de responsabilidad, que son dos: cuestión de confianza y moción de censura, ambos con distinto origen y regulados en distintos artículos.

– La cuestión de confianza sería un contrapeso de la posibilidad de presentar la moción. En ella, la iniciativa parte del Gobierno, para reforzar la mayoría que le apoya.

– La moción de censura, sin embargo, parte del propio Parlamento y busca fiscalizar que el Gobierno responda de su actuación ante la Cámara, posibilitando así su caída.

Este artículo establece la responsabilidad solidaria, a diferencia de los artículos 98 y 64 que hablan de la responsabilidad directa del Gobierno. Pero en estos artículos no se establece expresamente el tipo de responsabilidad a la que aluden. Parece ser que se trata de una posible responsabilidad penal y una particular responsabilidad política, pero no exigibles por el Parlamento, sino por el Presidente del Gobierno. La Constitución no recoge la responsabilidad individual a instancias del Parlamento, no pudiendo éste revocar al Gobierno entero. El único que tiene esa capacidad de hacer dimitir a un ministro, es el Presidente. La Constitución republicana sí recogía esa posibilidad, corroborándose en la actualidad el sistema presidencialista.

ARTÍCULO 112

Artículo 112: *El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados.*

Este artículo recoge la cuestión de confianza, pero al elaborarlo se presentaron dos enmiendas. La primera se puso a la mayoría necesaria para otorgar la confianza –mayoría simple–, justificándose esta condición por la incongruencia que supondría exigir una mayoría absoluta cuando la investidura de un Presidente puede darse en una segunda votación por mayoría simple. La segunda enmienda –no aceptada–, decía que el objeto de la cuestión de confianza sería tanto del programa político como de un proyecto legal. El artículo 49 de la

Constitución francesa recoge esta posibilidad, facilitando al Gobierno una nueva vía para crear leyes.

Artículo 49:

El Primer Ministro, previa discusión del Consejo de Ministros, planteará ante la Asamblea Nacional la responsabilidad del Gobierno sobre su programa y eventualmente sobre una declaración de política general.

La Asamblea Nacional juzgará la responsabilidad del Gobierno mediante la votación de una moción de censura, la cual sólo se admitirá a trámite si va firmada al menos por una décima parte de los miembros de la Asamblea Nacional. La votación tendrá lugar cuarenta y ocho horas después de su presentación. Sólo se considerarán los votos favorables a la moción de censura, la cual sólo podrá ser aprobada por la mayoría de los miembros que componen la Asamblea Nacional. Salvo en lo dispuesto en el apartado siguiente, ningún diputado podrá ser firmante de más de tres mociones de censura en el mismo período ordinario de sesiones ni de más de una en el mismo período extraordinario de sesiones.

El Primer Ministro podrá, previa discusión del Consejo de Ministros, plantear la responsabilidad del Gobierno ante la Asamblea Nacional sobre la votación de un texto. En tal caso este texto se considerará aprobado, salvo si una moción de censura, presentada dentro de las veinticuatro horas siguientes, fuere aprobada del modo establecido en el apartado anterior.

El Primer Ministro estará facultado para pedir al Senado la aprobación de una declaración de política general.

Pero en la Constitución española no se recogió, por lo que el objeto de la cuestión es una declaración de política general o un programa político del Gobierno que diseña el Presidente –artículo 99–. Como no se introdujo este tercer objeto, la cuestión se ha convertido en un mecanismo inútil para el Gobierno, pues éste no tiene necesidad de usar este mecanismo. Si se hubiese introducido, se habría posibilitado la viabilidad práctica de la cuestión de confianza, resultándole al Gobierno bastante útil, ya que le aumenta su potestad legislativa.

Parte de la doctrina cree que la cuestión no es sólo una potestad en manos del Gobierno, sino que en determinados casos sería una obligación jurídica. Estos casos son por ejemplo:

- El caso de moción de censura triunfante.
- El caso de cambio sustancial del programa de investidura.

Pero realmente no son obligaciones jurídicas.

Este artículo habla de que el Presidente del Gobierno puede presentar ante el Congreso una cuestión de confianza. Al decir puede, se está dejando en manos del Presidente la opción de presentarla o no. La única limitación de esta potestad discrecional del Presidente es que la cuestión se presenta previa deliberación del Consejo de Ministros. Esta deliberación es necesaria y preceptiva, pero no vinculante para el Presidente. La discrecionalidad por tanto es total, volviéndose a demostrar el presidencialismo de nuestra Constitución.

Por otro lado, la única instancia que aparece es el Congreso, pues no se aceptó la enmienda que ofrecía la posibilidad de presentar una cuestión ante ambas Cámaras, en los supuestos de cuestiones que afectasen a la organización territorial del Estado.

El otorgamiento de la confianza se obtiene con mayoría simple, buscándose con ello la estabilidad del Gobierno. La clave del control, por todo ello, no está en la cuestión, sino en la moción de censura.

21-04-02

ARTÍCULO 113

Artículo 113:

- 1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.*
- 2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.*
- 3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas.*
- 4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.*

La moción de censura busca superar, según la Constitución de 1978, el desequilibrio gubernamental de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Las presentaciones de mociones continuas provocaban frecuentes caídas de gobiernos, pero eran mociones de carácter destructivo. Esta inestabilidad gubernamental no se supera con técnicas jurídicas limitativas del control parlamentario, sino con un sistema de partidos más compacto y con un modelo de partidos que supere la lucha de clases. Sin embargo, en el parlamentarismo racionalizado se pretendió salvaguardar la estabilidad del Gobierno transformando la lógica clásica del parlamentarismo.

Nuestra Constitución sigue la regulación de la Constitución alemana: modelo de censura constructiva, basado en el miedo a volver a la época de Weimar. En este modelo, frente a la precariedad gubernamental, primaba un gran parlamentarismo. La Ley de Bonn establece un nuevo modelo que debilita la capacidad del Parlamento para debilitar al Gobierno, apareciendo así un Gobierno todopoderoso. Se impide al Parlamento controlar realmente la acción del Gobierno, pero se posibilita la estabilidad gubernamental. Este modelo constructivo ha sido muy criticado, porque en el intento de superar la inestabilidad gubernamental, surge un modelo diferente, pues la unión de mecanismos distintos –moción y candidato alternativo– origina una Democracia autoritaria, un parlamentarismo castrado. En el parlamentarismo tradicional se distinguía entre la elección del Presidente y la capacidad del Parlamento de controlar la acción del Gobierno. La unión de estos dos procedimientos en la Ley Fundamental de Bonn, hace primar el modelo de canciller. La vinculación del canciller con la burocracia provoca el dominio de ésta sobre la dirección de la política –de un modelo parlamentario, pasamos a uno de canciller administrativo–.

Conclusión: con esta unión, la posibilidad del Parlamento de exigir al Gobierno la responsabilidad política a través de la moción se ha vaciado de contenido. Esto hace que la moción tenga ahora otro papel: el de tribuna de debate ante el electorado. Se presenta no para ganarla, porque es casi imposible, sino como tribuna.

22-04-02

La moción de censura es la posibilidad de la dimisión del Gobierno vía petición de las Cortes. Busca, según se articula en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial –que influyen en la Constitución de 1978 como es el caso de la Ley Fundamental de Bonn–, superar la inestabilidad gubernamental de finales del siglo XIX principios del XX. Las continuas presentaciones de mociones en esa época llevaban a caídas de Gobiernos, pero eran de carácter destructivo, pues las mayorías podían derribar al Gobierno, pero no eran lo suficientemente articulables para apoyar a uno nuevo –cuestión de confianza–. Esta inestabilidad se supera por un sistema de partidos más disciplinado y compacto, formado por partidos que superan la lucha de clases, puesto que están integrados en el sistema sin buscar su superación. Pero en este parlamentarismo

racionalizado, que buscó la estabilidad gubernamental, se superó el propio modelo. Se deforma el modelo. La Constitución de 1978 sigue la regulación establecida en la Constitución de Bonn. Es la moción de censura constructiva que se justificó por el miedo alemán de repetir la experiencia de la República de Weimar –derrocar Gobiernos sin poder apoyar uno nuevo–. En el modelo anterior primaba un parlamentarismo muy poderoso frente a la precariedad gubernamental. El cambio de este modelo supone debilitar la capacidad del Parlamento para controlar a un Gobierno privilegiado. Es una deformación porque distorsiona el modelo parlamentario clásico, pues impide el control del Parlamento de la acción del Gobierno.

El modelo de la Ley Fundamental de Bonn ha sido muy criticado porque los constituyentes, en el intento de superar la inestabilidad gubernamental, crean un modelo diferente. Si la esencia del parlamentarismo es legislar y controlar, la combinación de dos procesos diferentes –el vínculo moción de censura y candidato alternativo–, lleva a un parlamentarismo castrado –un régimen presidencialista demo autoritario–.

En la lógica del modelo parlamentario se distinguía entre:

- Voto de confianza.
- Elección del Primer Ministro.
- Capacidad del Parlamento de controlar la acción del Gobierno.

Las dos primeras aparecían como dos vías separadas y su vinculación, en la Constitución alemana, hace primar el modelo de canciller. Éste es la institución onnipotente. La vinculación del canciller con la alta administración provoca el dominio de la burocracia de la dirección política. Así, de un modelo parlamentario se pasa a un modelo de canciller administrativo.

Estas críticas llevan a una conclusión: la vinculación de estos dos procedimientos lleva a que el Parlamento se vacíe de contenido. Esta privación del contenido de la naturaleza de la moción, hace que se hable del papel tribuna de debate y de la propaganda política ante el electorado, tanto de la oposición como del Gobierno al que se busca censurar. Así, las mociones de censura se presentan en la práctica no para ser ganadas, sino para posibilitar cambiar de Gobierno ante el electorado.

En la Constitución de 1931 ya se habían introducido condiciones restrictivas a la moción de censura:

- Número determinado de diputados.
- Período de enfriamiento.
- Mayoría absoluta para aprobar la moción.

Pero en esta Constitución no se unieron censura y candidato alternativo. En 1931, una moción se podía presentar frente al Gobierno y frente a un ministro en concreto. Se posibilitaba la responsabilidad individual ante el Congreso de los Diputados de los ministros. Ahora también aparece esta responsabilidad, pero a través de la destitución de los mismos por parte del Presidente del Gobierno. No conlleva responsabilidad jurídica, pues no hace caer a un ministro en cuestión. Por tanto, la moción de censura es sólo del órgano colegiado del Gobierno. La responsabilidad es solidaria.

En el proceso constituyente hubo dos posiciones enfrentadas que buscaban la modificación del sistema propuesto:

1) PCE: éste, que jugó el papel de ser el que más se creía el modelo liberal clásico frente a los liberales –pues optaba por dar una visión al sistema español del parlamentarismo clásico–, intentó que la moción no fuera constructiva, para reforzar así el parlamentarismo clásico.

2) AP: fue una enmienda a la totalidad que pretendía eliminar directamente el artículo para crear un modelo cuasi presidencial de forma directa. Esta enmienda no prosperó, pero se instauró el régimen que se pretendía, pues la capacidad de control del Parlamento es tan restrictiva que en la práctica se imposibilita.

Los requisitos formales para la presentación de la moción de censura se desarrollan en el Reglamento del Congreso:

Artículo 175:

1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción de una moción de censura.

2. La moción deberá ser propuesta, al menos, por la décima parte de los Diputados en escrito motivado dirigido a la Mesa del Congreso y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno que haya aceptado la candidatura.

Artículo 176:

1. La Mesa del Congreso, tras comprobar que la moción de censura reúne los requisitos señalados en el artículo anterior, la admitirá a trámite, dando cuenta de su presentación al Presidente del Gobierno y a los portavoces de los Grupos Parlamentarios

2. Dentro de los dos días siguientes a la presentación de la moción de censura podrán presentarse mociones alternativas, que deberán reunir los mismos requisitos señalados en el apartado 2 del artículo anterior y estarán sometidas a los mismos trámites de admisión señalados en el apartado precedente.

Artículo 177:

1. El debate se iniciara por la defensa de la moción de censura que, sin limitación de tiempo, efectúe uno de los Diputados firmantes de la misma. A continuación y también sin limitación de tiempo, podrá intervenir el candidato propuesto en la moción para la Presidencia del Gobierno, a efectos de exponer el programa político del Gobierno que pretende formar.

2. Tras la interrupción decretada por la Presidencia, podrá intervenir un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Cámara que lo solicite, por tiempo de treinta minutos. Todos los intervinientes tienen derecho a un turno de réplica o rectificación de diez minutos.

3. Si se hubiere presentado más de una moción de censura, el Presidente de la Cámara oída la Junta de Portavoces, podrá acordar el debate conjunto de todas las incluidas en el orden del día, pero habrán de ser puestas a votación por separado, siguiendo el orden de su presentación.

4. La moción o mociones de censura serán sometidas a votación a la hora que previamente haya sido anunciada por la Presidencia y que no podrá ser anterior al transcurso de cinco días desde la presentación de la primera en el Registro General.

5. La aprobación de una moción de censura requerirá, en todo caso, el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

6. Si se aprobase una moción de censura, no se someterán a votación las restantes que se hubieren presentado.

Artículo 178: *Cuando el Congreso de los Diputados aprobare una moción de censura, su Presidente lo*

pondrá inmediatamente en conocimiento del Rey y del Presidente del Gobierno. El candidato a la Presidencia del Gobierno incluido en aquélla se considerará investido de la confianza de la Cámara, a los efectos previstos en el artículo 99 de la Constitución.

Artículo 179: *Ninguno de los signatarios de una moción de censura rechazada podrá firmar otra durante el mismo período de sesiones. A estos efectos, la presentada en período entre sesiones se imputará al siguiente período de sesiones.*

Los requisitos formales serían:

- Inclusión del candidato alternativo a la Presidencia del Gobierno.
- Número mínimo de firmantes –designatarios de la moción–: el 10% de los diputados.
- Motivación del escrito de la moción –justificación de por qué se presenta la moción–: no se recoge en la Constitución.

Los rasgos de la tramitación parlamentaria son los siguientes:

A. Período de enfriamiento: busca evitar el voto sorpresa de las Cámaras –evitar que fueran muy pasionales–. Así, hay un plazo para votar la moción. La Constitución recoge cinco días, incrementando el período establecido en la Constitución francesa –48 horas–. Cinco días es un período muy largo, pues no evita en un sentido tradicional la irreflexión de la Cámara, pues se necesita la mayoría absoluta y la confianza hacia el candidato. En realidad, sirve para afianzar y tomar posiciones para los grupos parlamentarios. Además, para los dos primeros días, la Constitución introduce una innovación: se pueden plantear mociones alternativas. Éstas tienen que cumplir los mismos requisitos de la moción original.

B. Debate parlamentario y votación: en la práctica, este debate se transforma en un debate sobre el programa del candidato. Por tanto, el debate diluye el carácter natural de la moción –control del Gobierno–, centrándose en el nuevo programa.

En la votación se exige la mayoría absoluta, que rompe con el juego clásico de mayorías del parlamentarismo. El paralelismo de las mayorías ordinarias del parlamentarismo clásico se quiebra con la exigencia de mayoría absoluta, pues se pide una mayoría cualificada –exorbitante–. Es la mitad mas uno de los miembros del Congreso de los Diputados –176–. Pero esta mayoría puede reducirse en el caso de existir parlamentarios –diputados electos– que no hayan querido aceptar su condición plena de diputado. Una limitación que se establece es que los signatarios de una moción no pueden presentar dos mociones en un mismo período de sesiones –dos al año–.

Estas restricciones se observan de manera radical en un ámbito donde se puede provocar la inestabilidad del Gobierno: modelo local. La Ley de Régimen Electoral General en su artículo 97 y a través de la reforma de su artículo 91, establece un mecanismo de moción de censura del alcalde tan restrictivo que sólo posibilita una moción de censura en el período de elecciones locales, pues exige la mayoría absoluta de censatarios de los ediles, exigiendo después la cuestión de confianza. Los signatarios no pueden presentar así una nueva moción.

Artículo 97:

1. Terminado el recuento, se confrontará el total de sobres con el de votantes anotados en los términos del artículo 86.4 de la presente Ley.

2. A continuación, el Presidente preguntará si hay alguna protesta que hacer contra el escrutinio y, no habiendo ninguna o después de que la Mesa resuelva por mayoría las que se hubieran presentado, anunciará

en voz alta su resultado, especificando el número de electores censados, el de certificaciones censales aportadas, el número de votantes, el de papeletas nulas, el de votos en blanco y el de los votos obtenidos por cada candidatura.

3. Las papeletas extraídas de las urnas se destruirán en presencia de los concurrentes con excepción de aquellas a las que se hubieran negado validez o que hubieran sido objeto de alguna reclamación, las cuales se unirán al acta y se archivarán con ella, una vez rubricadas por los miembros de la Mesa.

ARTÍCULO 114

Artículo 114:

1. Si el Congreso niega su confianza al Gobierno, éste presentará su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 99.

2. Si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.

Este artículo se refiere a la dimisión del Gobierno por el control porque el Parlamento ha exigido su responsabilidad y distingue:

- Denegación de confianza.
- Presentación de moción de censura.

Este juego de remoción del Gobierno es acorde al parlamentarismo clásico –donde si el Gobierno perdía la confianza, tenía que dimitir–. Pero si un Gobierno no cuenta con la confianza de la Cámara por mayoría simple de la misma, no está obligado a dimitir, rompiéndose de nuevo el juego de las mayorías.

El artículo 114.1 tiene un anteproyecto en designación de nuevo Presidente del Gobierno. El término nuevo se ha quitado en el texto final a partir de una enmienda de AP para posibilitar que en el caso de pérdida de confianza, el candidato fuera el mismo que la había perdido. La negación de la confianza lleva la obligatoria presentación de la dimisión del Gobierno al Rey. Hubiera sido más coherente que en vez del Gobierno, se hablara de la dimisión del Presidente –pues es éste el que tiene la confianza de la Cámara y no los miembros del Gobierno–. Pero la dimisión del Presidente conlleva, según el artículo 101, el cese del Gobierno. El Rey juega aquí un papel formal, pues sólo admite la dimisión ya que su efecto es inmediato.

El siguiente paso es la conversión de este Gobierno en Gobierno en funciones para la tramitación de asuntos ordinarios. Ahora bien, ¿el Presidente en funciones puede disolver las Cámaras? La doctrina responde negativamente esta pregunta, pero en todo caso, la literalidad del precepto lo corrobora pues procediéndose a continuación hace referencia a una nueva etapa –dentro de una sucesión de etapas–. La Ley del Gobierno en su artículo 21 refrenda esta afirmación, pues impide al Presidente del Gobierno en funciones ejercer la disolución.

Artículo 21. Del Gobierno en funciones.

1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.

3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el

traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.

4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.

b) Plantear la cuestión de confianza.

c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.

El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.

Pero el cambio del Presidente del Gobierno no es automático, no es directo, pues hay que acudir al artículo 99, comenzando el procedimiento que éste establece.

El artículo 114.2 vincula y mezcla los dos procedimientos diferenciados del parlamentarismo: control Cortes/ dimisión Gobierno e investidura automática del candidato alternativo como el que obtiene la confianza del Congreso. La lógica parlamentaria se rompe y se vinculan estos dos procedimientos que establecen un procedimiento extraordinario de designación del Presidente del Gobierno. Se establecen diferencias en esta designación automática del Presidente del Gobierno frente al procedimiento ordinario del artículo 99:

1) Frente al artículo 99 en el que el candidato es propuesto por el Rey, aquí, el candidato es propuesto por los signatarios de la moción. Esto se criticó en el Senado en el proceso constituyente porque podría perturbar la función del Rey de árbitro y moderador.

2) En el artículo 99, el debate es candidato y programa. Aquí, el debate mezcla la moción con la posibilidad del candidato de presentar su programa.

3) En el nombramiento ordinario del artículo 99, la segunda votación puede ser por mayoría simple, pero aquí, siempre tiene que ser absoluta, pues automáticamente se produce la sucesión en el Gobierno.

ARTÍCULO 115

Artículo 115.

1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

2. La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura.

3. No procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5.

Si todo esto no era suficiente para quebrar la relación entre Parlamento y Gobierno, la prerrogativa del Presidente del Gobierno para disolver las Cámaras –artículo 115– es la gota que colma el vaso. El esquema del parlamentarismo se deforma porque la disolución de las Cámaras frente al debilitamiento de la capacidad de control del Parlamento, no es un mecanismo corrector, pues muestra la supremacía del Gobierno frente al Parlamento. El borrador de este artículo, por influencia de la Constitución francesa, establecía un órgano decisorio, diferente de la decisión final. Era el Rey, previa consulta de las Cámaras, quien podría disolverlas. Era: propuesta del Presidente del Gobierno, consulta de los Presidentes de las Cámaras y el Rey y disolución. Ahora ya no es el Rey, sino el Presidente. Esta propuesta es vinculante para el Rey –antes no–, quien la decreta utilizándose un imperativo: será decretada por el Rey, quedando anulada toda facultad de decisión del Rey. Es una disolución anticipada del Presidente del Gobierno, por lo que hay que diferenciarla de las disoluciones automáticas del artículo 99, por ejemplo, si transcurridos dos meses (...) se disuelven; reforma constitucional por procedimiento agravado del Título X, etc. Pero aquí, el órgano competente es exclusivamente el Presidente del Gobierno, que tiene como limitación la previa deliberación del Consejo de Ministros –obligatoria pero no vinculante–.

Bajo su exclusiva responsabilidad es una redundancia pues, según el artículo 64 de los actos regios, son responsables los refrendantes y éste es un acto formal del Rey, pero se introduce este hecho para reforzar el papel presidencialista –designación libre, por voluntad del Presidente del Gobierno–. El Rey en será decretada, aparece como un órgano formal y vinculado a la propuesta del Presidente –el Rey no puede negarse a firmar esta proposición–. En Italia o Francia esta prerrogativa es del Jefe del Estado, de ahí que según el profesor Santa Olalla, se justifique que en coherencia del papel atribuido al Rey como árbitro y moderador, el Jefe del Estado debería tener la última palabra en la disolución de las Cámaras. Pero el texto final ha quebrado este anteproyecto –borrador–, imposibilitando cualquier actuación del Rey.

El ámbito de disolución se ha modificado en la redacción final del artículo: al principio era el Congreso, luego, Cortes Generales y finalmente, Congreso, Senado y/o Cortes Generales. Los efectos de la disolución significan el término del mandato de los miembros de la Cámara, salvo en el caso de la Diputación Permanente –pues seguirá ejerciendo sus funciones–.

La Constitución establece límites al ejercicio del derecho de disolución:

- a) Cuando está en trámite una moción de censura, no cabe la posibilidad de que el Presidente disuelva las Cámaras. Si ésta es rechazada, puede tener esta facultad.
- b) Plazo: que transcurra un año al menos desde la anterior. No es un plazo muy largo, reforzando la posición del Presidente del Gobierno, pero es un plazo absoluto, pues disueltas las Cámaras, el nuevo Presidente del Gobierno no puede acudir a la disolución de las mismas aunque él no las hubiera disuelto antes.
- c) No se puede presentar disolución en el caso de Estado de excepción, alarma y sitio. Esta posibilidad busca impedir una concentración mayor de poder en manos del Presidente del Gobierno, pues los Estados de excepción hacen que el control esté en manos del Congreso. Estos Estados se recogen en el artículo 116. Los de excepción y sitio posibilitan la suspensión de los derechos fundamentales.

Artículo 116:

1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto aprobado en 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 podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial al que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que den lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

La diferencia de estos Estados es que van de menos a más:

· Estado de alarma: cuestiones entendibles de causa mayor, ordenamiento, imprevisibles –como por ejemplo catástrofes naturales, etc.–.

· Estado de excepción en sentido estricto: se refiere a la imposibilidad de ejercicio de derechos fundamentales, no normalidad de funcionamiento de las instituciones, no orden público, etc. Es decir, que la situación esté tan mal que los poderes ordinarios no puedan reconducir esta situación a la normalidad.

· Estado de sitio: se refiere a un peligro extremo –está en riesgo la soberanía y la supervivencia del Estado–. Este peligro sólo puede resolverse por este mecanismo.

29-04-02

TÍTULO VI, DEL PODER JUDICIAL

La salvaguarda última del estado de Derecho está en el poder judicial, pues es sólo éste el que aparece calificado como poder. El poder judicial recoge así la calificación tradicional para reforzar la salvaguarda del Estado de Derecho. Las Cortes Generales no son poder legislativo porque han perdido la facultad de crear leyes. Es más, el poder ejecutivo aparece como una función más del Gobierno y no como la única, por lo que tampoco tiene una denominación tradicional. La garantía y salvaguarda aparece en la calificación de poder judicial pues garantiza la libertad e independencia de los jueces. En la separación tradicional de poderes de Montesquieu, este poder es nulo porque se limitan a expresar la ley. En el Estado liberal de Derecho, el poder judicial era un poder nulo porque la característica de los órganos judiciales era su carácter no permanente. Estaban limitados a la resolución de los litigios en Derecho civil y privado. Aquí, el juez es un instrumento de la ley, a la que expresa, aplicándola como deducción mecánica –automatismo– a un caso concreto. Su resolución se deduce automáticamente de la ley general. Es así, una función declarativa y no constituyente –creadora de nuevo Derecho–. Esto quiebra ahora, pues la clave está en combinar los clásicos tipos de Estado de Derecho:

A. Estado legal de Derecho: Montesquieu –anteriormente explicado–.

B. Estado Judicial de Derecho: modelo inglés. La pieza principal es el juez. Éste tiene una labor constituyente, creativa, pues su decisión es norma.

C. Estado Constitucional de Derecho: modelo norteamericano. Al no poder recurrir a los precedentes por ser un *Estado novo*, la clave está en la salvaguarda de la Constitución. Todos los Tribunales pueden controlar la constitucionalidad de las leyes, decidiendo en última instancia el Tribunal Constitucional Federal. Este modelo se muestra como un modelo difuso.

El cambio de un modelo de Estado neutral a uno activo en lo económico provoca que la labor de los jueces no pueda concebirse como un carácter no permanente, limitado a la resolución de las controversias privadas. Los jueces realizan otra función principal: controlar al resto de los poderes públicos, en particular, a la Administración. Además, vía principio de constitucionalidad, los jueces controlan también la constitucionalidad de las normas, independientemente del modelo en el que se encuentren: modelo de constitucionalidad controlada –España– o difusa –EEUU–. Pero el deber de respetar en todo la Constitución, les otorga poder de discrecionalidad. El juez independiente se puede concebir como dependiente a una ley general. Su decisión no es mera deducción automática de la ley, por lo que no se puede seguir anclado en la deducción de lo particular a lo general, pues ahora, los jueces tienen una función creativa, siendo, en consecuencia, la decisión de los jueces creación de Derecho, normas singulares y generales –a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional–. Es decir, los Tribunales tienen la última palabra en determinadas cuestiones de índole principalmente política. Aquí, su labor de creación de nuevo Derecho es una decisión política, pues modifican la ordenación.

ARTÍCULO 117

Artículo 117:

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.
2. 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.
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 determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
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.
5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.
6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

Para ver este artículo, hay que relacionarlo con los artículos 1.1, 1.2, 9.1, 9.2, 9.3, 24, 56 y 106.

ARTÍCULO 117.1: *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

· *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey.*

Emana del pueblo: recoge el principio democrático de la justicia, la legitimación democrática del poder judicial. Esta legitimación se articula porque del pueblo, como titular de la soberanía, emanan todos los poderes del Estado –artículo 1.2–. El pueblo no elige a los jueces, pues éstos ingresan en el cuerpo a través de oposiciones. Además, también se articula por la independencia del juez: los jueces son independientes porque

dependen de la ley y ésta, es expresión de la voluntad popular –Preámbulo–. Las sentencias de los jueces deben estar siempre motivadas. Esta motivación fundamenta su decisión en la dependencia de la ley. Esto es el contenido ideológico de la justicia –que emana del pueblo–, pero en realidad, no se puede decir que la ley emane del pueblo.

La Constitución de 1978 recoge expresamente dos instituciones que parten de la legitimidad democrática de la justicia, instrumentos que articulan esta legitimidad, recogidas en el artículo 125 –acción popular y jurado–:

· Acción popular: la Constitución de 1978 en su artículo 24 dice que todos tenemos derecho a la tutela judicial efectiva en nuestros asuntos. Esta acción popular busca así, proteger el interés público, por lo que se posibilita tanto a los legitimados particularmente como a todos, el acceso a los Tribunales.

· Jurado: institución regulada por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995, se ha modificado más tarde por sus efectos. A pesar de los casos que se impugnan a esta institución, parece que funciona, ordinariamente, de forma correcta. Lo más complicado es componer el jurado, pues la gente elude su responsabilidad –se escaquea según J.A Sanz–. En esta Ley Orgánica se presenta un Tribunal del Jurado compuesto por:

- 9 jurados que no dictan sentencia, sino que pronuncian un veredicto.
- Un magistrado de carrera judicial que preside –dicta sentencia–.

Se administra en nombre del Rey: este inciso en el artículo 117.1 se justifica a través de dos razonamientos:

1) Justificación histórica: la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey (...) aparece como reminiscencia del pasado monárquico. En la Monarquía tradicional, la justicia era una función del Rey. Al cambiar de legitimidad la figura del Rey se mantiene, conservándose la tradición.

2) Justificación constitucional o actual: según el artículo 56, el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de la unidad y permanencia del Estado. Por este símbolo, en los actos principales del Estado, independientemente del órgano del que partan, aparece la intervención del Monarca. Estos actos plurales se pueden transformar en una unidad a través de la figura del Rey y su participación en ellos como símbolo unificador.

Independientemente de estos dos razonamientos, nos encontramos ante un compromiso entre dos legitimidades antagónicas:

- Origen popular de la justicia.
- Origen real de la justicia.

La legitimidad del Rey es trascendente, teológica –el poder lo detenta Dios y lo delega en su representante en la tierra–. La legitimidad democrática es immanente porque prescinde de valores iusnaturalistas o teológicos. En la Constitución de 1978, fruto de la reminiscencia histórica, se conjugan ambas legitimidades aunque la monárquica no se puedan entender como tradicional.

· (...) *por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial , independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

Por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial: esto no debe entenderse en sentido estricto –miembros innatos–, sino en el sentido en que ejercen las funciones del poder judicial. Independencia y sometimiento sólo al imperio de la ley se convierte en una redundancia, pues los jueces son independientes porque dependen de la ley. Pero ésta, no puede entenderse en el sentido tradicional Derecho = Ley = Norma general, pues el Estado de Derecho no es de legalidad, sino de ordenamiento jurídico. La ley es ordenamiento jurídico. No se someten a la ley como norma general sino al ordenamiento jurídico como sistema unificado de normas, como unidad. Por tanto, el imperio de la ley debe entenderse en el sentido amplio –artículo 9.3 desde

el artículo 9.1–.

El principio de legalidad se combina con el de constitucionalidad, permitiendo hablar de un mayor grado de discrecionalidad en manos de los jueces porque aplican la ley teniendo presentes a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico –artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– y no únicamente a la ley general. Este artículo dice que la aplicación de las normas según la Constitución, no es una interpretación directa porque interpretan los principios y preceptos constitucionales conforme a las resoluciones del Tribunal Constitucional y a las interpretaciones que éste hace de esos principios.

Artículo 5:

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.

(...) independientes: las técnicas para lograr la independencia de los jueces son múltiples y aparecen desarrollados en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta independencia se entiende en primer lugar, del conjunto y en segundo lugar, de cada juez. Las técnicas son las siguientes:

A. Independencia política: el poder judicial debe entenderse como separado del resto de los poderes del Estado. Esta separación se articula de manera específica a través de la atribución a un órgano especial de la función de gobierno de los jueces –Consejo General del Poder Judicial–. Esta figura se recoge por primera vez en la Constitución de 1946 francesa y en segundo lugar, en la italiana y la griega.

B. Independencia funcional: es la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Los jueces y tribunales no se organizan en sentido jerárquico, pues son independientes a todos los poderes públicos e incluso, frente a los propios órganos jurisdiccionales. Según el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque estructuralmente este poder tenga un orden jerárquico de Tribunales, los superiores no pueden corregir o aplicar la interpretación del ordenamiento jurídico que hayan hecho los inferiores, salvo a través del sistema de recursos –pero nunca como superiores jerárquicos–. No pueden dictar instrucciones a los inferiores. Por ello, el poder judicial es diferente al Ministerio Fiscal.

Artículo 12:

1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos

que las leyes establezcan.

3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

La seguridad jurídica del Estado de Derecho se salvaguarda vía sistema de recursos. Los jueces son independientes, no están sujetos a órdenes por lo que dictan lo que consideren oportuno. Al dictar, ejercen una función de innovación del ordenamiento jurídico, pero la seguridad jurídica se salva a través del sistema de recursos porque las sentencias de los Tribunales inferiores pueden no ser sentencias firmes –disparidad de criterios que se suple con la unificación de las instituciones judiciales superiores–.

C. Independencia selectiva: se logra a través de la forma de reclutamiento de los jueces. La selección de éstos es a través de una oposición, pero esta selección no lo es en todos los casos, pues nos encontramos con suplir las faltas –ser jurista de reconocido prestigio para el Tribunal Supremo–.

D. Independencia económica: garantizar una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional. Esto es el incremento exponencial que los Tribunales se han dado así mismos, debido a la politización, cada vez mayor, del poder judicial.

(...)inamovibles, responsables (...):

· Inamovilidad: es una garantía de su independencia. Se desarrolla en el artículo 117.2.

· Responsabilidad: se refiere a la responsabilidad individual de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus atribuciones como tales –artículo 121–.

Artículo 121: *Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.*

Este artículo distingue entre funcionamiento normal y anormal de la justicia:

* Funcionamiento normal: error judicial. No hay responsabilidad por culpa pues el error ha sido fortuito. No querido. Pero ha habido error, por lo que se establece la responsabilidad objetiva para indemnizar.

* Funcionamiento anormal: dolo o culpa. Fraude por parte del juez. Hay distintos tipos de responsabilidad en este sentido:

- Responsabilidad civil.
- Responsabilidad penal.
- Responsabilidad disciplinaria.

ARTÍCULO 117.3: *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*

Recoge el principio de exclusividad o integridad de la jurisdicción que tiene su origen en la teoría de la separación de poderes: sólo los jueces pueden aplicar el derecho a un caso concreto y reestablecer los derechos violados –juzgar y ejecutar lo juzgado–. Con este principio se busca que en la función jurisdiccional no participen el poder ejecutivo ni el legislativo. Pero este principio no significa que exista división por

especialidad del trabajo en la organización jurisdiccional, pues no se distribuye la potestad jurisdiccional sino la función.

El principio de ejercicio de la potestad jurisdiccional en exclusividad se vincula con el de unidad jurisdiccional –estructurada orgánicamente– y, a pesar de la existencia de Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas, todos ellos se integran en un único poder judicial estructurado orgánicamente.