

**LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES
DEL ESTADO: SEPARACIÓN, COLABORACIÓN
Y CONFLICTO**

**XIX Jornadas de Estudio
del Gabinete Jurídico
de la Junta de Andalucía**

Sevilla, noviembre de 2017



Junta de Andalucía

Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**XIX JORNADAS DE
ESTUDIO DEL GABINETE JURÍDICO DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

**Las relaciones entre los poderes del Estado:
separación, colaboración y conflicto**

Sevilla, noviembre de 2017

INSTITUTO ANDALUD DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2020

**LAS RELACIONES ENTRE LOS
PODERES DEL ESTADO:
SEPARACIÓN, COLABORACIÓN
Y CONFLICTO**

**XIX Jornadas de
Estudio del Gabinete Jurídico de la
Junta de Andalucía**

Sevilla, noviembre de 2017

Coordinador:

Antonio Luis Faya Barrios

Andalucía. Junta. Gabinete Jurídico. Jornadas de Estudio (19ª. 2017. Sevilla)

Las relaciones entre los poderes del Estado: separación, colaboración y conflicto: Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2017 / [coordinador: Antonio Luis Faya Barrios]. – Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2017.– 512 p. ; 25 cm.

Índices.

Bibliografía: p. 306, 409-410

D.L. SE 951-2017

ISBN 978-84-8333-676-2

1. Administración pública-España-Congresos y asambleas 2. Relaciones entre los poderes del Estado
3. Conflictos de competencias entre administraciones 4. Separación de poderes 5. Colaboración interadministrativa I. Faya Barrios, Antonio Luis II. Instituto Andaluz de Administración Pública.

35(460).076(063)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO: SEPARACIÓN, COLABORACIÓN Y CONFLICTO.
XIX JORNADAS DE ESTUDIO DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

COORDINACIÓN: ANTONIO LUIS FAYA BARRIO

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ecoedición 			
Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible			
Impacto ambiental por producto impreso	Agotamiento de recursos fósiles 0,96 kg petróleo eq	Huella de carbono 3,32 Kg CO ₂ eq	reg. nº: 2020/053
por 100 g de producto	0,07 kg petróleo eq	0,25 Kg CO ₂ eq	 Junta de Andalucía
% medio de un ciudadano europeo por día	21,16 %	10,78 %	

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Maquetación y diseño de cubierta: Imprenta Flores, S.L.

Imprime: Servicio de Publicaciones y BOJA.

ISBN 978-84-8333-710-3

Depósito Legal: SE 1106-2020

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	21
ÍNDICE DE AUTORES	23
ABREVIATURAS	25
I. LA SEPARACIÓN DE PODERES ENTRE LA REALIDAD Y EL MITO FUNDACIONAL	33
PONENCIA MARCO	
LA SEPARACIÓN DE PODERES ENTRE LA REALIDAD Y EL MITO FUNDACIONAL: LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO	35
Por Ignacio Granado Hijelmo	
I. PLANTEAMIENTO	35
II. EL PODER EN GENERAL	36
1. El concepto de poder como fuerza motriz	36
2. La expansión del concepto de poder	37
3. Naturaleza sistémica, fáctica, derivativa y, por tanto, limitada, del poder	38
III. EL PODER POLÍTICO	39
1. Significado estatal del adjetivo “político”	39
2. El previo concepto de Estado	39
A) La concepción del Estado como sujeto jurídico.....	40
B) La concepción del Estado como grupo social	40
3. Naturaleza del poder político del Estado entendido como grupo social	41
A) Carácter grupal	41
B) Carácter comunitario	42
C) Carácter delimitado	42

D) Carácter organizado.....	43
E) Carácter institucionalizado.	43
F) Carácter temporal.....	44
G) Carácter superior.	44
H) Carácter derivativo.	45
I) Recapitulación.	45
IV. EL ORIGEN Y LA TITULARIDAD DEL PODER POLÍTICO ESTATAL ..	46
1. La soberanía regia.....	47
2. La soberanía popular.....	49
A) El concepto de <i>pueblo</i>	49
B) El derecho a la revolución.	50
3. La soberanía nacional.....	51
A) Su origen.	51
B) El concepto de nación.....	51
C) El principio de las nacionalidades.	52
D) La democracia social inclusiva.	54
4. La potencia constituyente.....	54
A) Concepto.	54
B) Naturaleza.....	55
C) Origen histórico.	57
D) La potencia constituyente originaria y derivada.	58
V. TIPOLOGÍA DEL PODER POLÍTICO ESTATAL.....	59
1. El poder constituyente y los poderes constituidos.....	59
2. Los poderes constitucionales de emergencia.....	60
3. El poder de reforma constitucional.....	61
4. El poder de interpretación constitucional.....	62
5. El poder de conservación constitucional.....	62
6. El poder de relación internacional.....	63
VI. LA DINÁMICA DEL PODER ESTATAL: LA <i>DOCTRINA DEL ABUSO DE PODER</i>.....	63
VII. LAS FUNCIONES DEL ESTADO.....	65
1. Los conceptos sistémicos de <i>función</i> y <i>finalidad</i>.....	65
2. Los <i>fin</i>es del Estado como determinantes de sus <i>funciones</i>.....	66
3. La clásica tripartición las funciones estatales.....	68

VIII. LOS PODERES DEL ESTADO	69
1 Concepto	69
2. Naturaleza	70
A) Los <i>Poderes</i> estatales como concepto <i>segundo</i>	70
B) Los Poderes estatales como <i>organización</i> social.....	70
C) Determinación de tales <i>Poderes</i> en los Estados unitarios y compuestos	72
D) Relevancia de las personas físicas titulares de los órganos a los que se atribuyen los <i>Poderes</i> estatales.....	73
IX. EL PODER LEGISLATIVO	74
1. Origen y evolución	74
A) Los mitos genéticos del poder de legislar	74
B) El paradigma democrático ateniense.....	74
C) Evolución posterior	75
2. Concepto: el Parlamento	77
3. Tipología parlamentaria uni o bicameral	77
4. Finalidad	78
A) El Poder legislativo y el Derecho: la ley como fuente jurídica.....	78
B) Poder Legislativo y ordenamiento jurídico: los niveles normativos	82
C) Poder Legislativo y orden jurídico	87
5. Centralidad de la institución parlamentaria	91
X. EL PODER EJECUTIVO	92
1. Origen y evolución	92
A) La concepción divina del poder ejecutivo.....	92
B) El poder militar como origen de las potestades ejecutivas.....	93
C) Aplicación del imperium al ámbito de la ciudad	94
D) La concentración del poder de imperio.....	96
E) El origen de las instituciones administrativas.....	97
F) La raíz de las inmunidades de poder.....	98
2. Concepto: Gobierno y Administración	99
A) El Gobierno	99
B) La Administración pública	101
3. Tipología	103
4. Finalidad	105
A) Poder Ejecutivo y control social	105
B) Poder Ejecutivo y provisión social.....	106
C) Poder Ejecutivo y ejecución jurídica.....	108

XI. EL PODER JUDICIAL	110
1. Origen y evolución	110
A) En la Grecia clásica.....	110
B) En Derecho romano-canónico	110
C) En la mitología universal.....	114
2. Concepto	116
A) El Poder Judicial y la Justicia.....	116
B) Poder Judicial y Administración de Justicia.....	117
3. Tipología. La unidad del Poder Judicial y la forma de Estado	121
A) En el Antiguo Régimen	121
B) En el constitucionalismo	122
C) En Los Estados compuestos	123
4. Finalidad	124
A) Poder Judicial y Derecho: la jurisprudencia.....	124
B) Poder Judicial y ordenamiento jurídico: las resoluciones judiciales	126
C) Poder Judicial y jurisdicción	126
D) Poder Judicial y judicación	128
XII. LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES	129
1. Concepto	129
2. Formulación teórica	130
3. Precedentes	131
A) La democracia atica y la república romana.....	131
B) Feudalismo y régimen señorial.....	132
C) El pactismo y la teoría política del regnum.....	134
D) Aportaciones canónicas.....	135
E) Aportaciones de la politología renacentista	138
4. Formulaciones prácticas	138
A) Modelo inglés de Estado mixto	138
B) Modelo jacobino francés	139
C) Modelo norteamericano	142
D) Modelo doctrinario.....	145
E) El constitucionalismo español	146
5. Recapitulaciones doctrinales	147
A) Periodo acrítico	147
B) Escuela crítica.....	147
C) Replanteamiento actual.....	148

XIII. PANORAMA ACTUAL DE INTERFERENCIAS EN LA DIVISIÓN DE PODERES	149
1. Planteamiento	149
2. Interferencias desde la perspectiva del Poder Legislativo	150
A) Respecto a su función primaria de legislar.....	150
1/ <i>La iniciativa legislativa</i>	150
2/ <i>La normativa intra-parlamentaria</i>	150
3/ <i>La reserva de ley y de tipos concretos de ley</i>	151
4/ <i>La estructura compleja de la legalidad</i>	152
5/ <i>Las leyes singulares</i>	153
6/ <i>Los escaños gubernamentales (banco azul)</i>	153
B) Respecto a sus funciones segundas de carácter administrativo.....	154
1/ <i>La potestad de auto-organización interna de las Cámaras</i>	154
2/ <i>La administración de las Cámaras</i>	154
3/ <i>Las funciones presupuestarias de las Cámaras</i>	155
4/ <i>La Administración electoral</i>	155
C) Respecto a sus funciones segundas de tipo judicial.....	156
1/ <i>La calificación de actos parlamentarios</i>	156
2/ <i>Los privilegios parlamentarios de inviolabilidad e inmunidad</i>	157
3/ <i>Las Comisiones parlamentarias de investigación</i>	159
4/ <i>Las mociones de censura, confianza y reprobación</i>	159
D) Respecto a sus funciones segundas de tipo constitucional.....	160
1/ <i>Las funciones relativas a la Corona</i>	160
2/ <i>La inconstitucionalidad de las leyes</i>	161
3/ <i>El senado-consulta del art. 155 CE</i>	161
3. Interferencias desde la perspectiva del Poder Ejecutivo	162
A) Respecto a su función primaria de ejecutar las leyes.....	162
1/ <i>El sometimiento a la ley y la huída del Derecho administrativo</i>	162
2/ <i>La pretendida reserva de Administración</i>	164
3/ <i>Los poderes implícitos</i>	164
B) Respecto a su función segunda de tipo legislativo.....	166
1/ <i>La potestad reglamentaria</i>	166
2/ <i>La legislación delegada</i>	167

3/ <i>La legislación asumida</i>	169
4/ <i>Los poderes de disolución del Parlamento</i>	170
5/ <i>Las potestades parlamentarias del Gobierno</i>	171
6/ <i>El TMP compartido con el Parlamento</i>	171
7/ <i>La potestad convencional</i>	172
C) Respecto a su función segunda de tipo judicial.....	174
1/ <i>La jurisdicción contencioso-administrativa</i>	174
2/ <i>Las potestades administrativas de autotutela</i>	175
3/ <i>Los Tribunales administrativos</i>	175
4/ <i>Los aforamientos</i>	177
5/ <i>La potestad sancionadora general</i>	178
6/ <i>La gracia de indulto</i>	179
D) Respecto a su función segunda de tipo constitucional.....	181
1/ <i>El refrendo</i>	181
2/ <i>La coerción federal (art. 155 CE)</i>	182
3/ <i>Las leyes autonómicas</i>	183
4/ <i>La legitimación activa ante el TC</i>	183
5/ <i>La participación ciudadana</i>	184
4. Interferencias desde la perspectiva del Poder Judicial	185
A) Respecto a su función primaria de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado	185
1/ <i>La reserva de jurisdicción</i>	185
2/ <i>La unificación o diversidad de fueros</i>	186
3/ <i>Los conflictos jurisdiccionales</i>	187
4/ <i>Los órganos pre-judiciales: la función consultiva</i>	189
5/ <i>Los órganos para-judiciales: el arbitraje</i>	191
6/ <i>La jurisdicción militar</i>	192
7/ <i>La jurisdicción contable</i>	192
B) Respecto a su función segunda de tipo normativo	193
1/ <i>La potestad reglamentaria del CGPJ y otros órganos judiciales</i>	193
2/ <i>La jurisprudencia como fuente del Derecho</i>	194
3/ <i>La función casacional</i>	195
4/ <i>El activismo y el alternativismo judiciales</i>	197

C) Respecto a su función segunda de tipo administrativo.....	197
1/ <i>Las cuestiones administrativas previas, prejudiciales e incidentales</i>	197
2/ <i>La policía judicial</i>	198
3/ <i>El sistema penitenciario</i>	200
4/ <i>La posición institucional del Ministerio fiscal</i>	201
5/ <i>La jurisdicción penal sobre funcionarios</i>	203
6/ <i>La potestad de auto-organización del CGPJ</i>	204
7/ <i>La administración de la administración de justicia</i>	205
8/ <i>Las funciones judiciales de algunos Parlamentos</i>	206
D) Respecto a su función segunda de tipo constitucional.....	207
1/ <i>Las relaciones con el TC, el TJE y el TEDH</i>	207
2/ <i>La institución del Jurado</i>	208
E) Recapitulación	209
1/ <i>La potestad de auto-organización</i>	210
2/ <i>El sistema de reservas</i>	210
3/ <i>Los mecanismos conflictuales</i>	211
4/ <i>Las cláusulas de residuo</i>	211
5/ <i>Las garantías institucionales</i>	212
XIV. NUEVOS PODERES Y FUNCIONES	213
1. Planteamiento	213
2. En el ámbito internacional	213
A) Los derechos humanos	213
B) El derecho de autodeterminación de los pueblos	214
C) El derecho de injerencia	214
D) El derecho al comercio.....	214
E) El derecho a la naturaleza	215
F) El derecho a la información.....	215
G) El derecho a la comunicación	216
H) El Derecho de la globalización	217
3. En el ámbito comunitario-europeo	217
4. En el ámbito del Derecho interno	219
A) La partitocracia.....	219
B) El tercer sector.....	220

XV CONCLUSIONES	221
1. Necesidad	222
2. Sistemática	223
3. Razonabilidad	223
4. Flexibilidad	224
5. Constitucionalidad	224

II. RELACIONES DE COLABORACIÓN Y CONFLICTO

MESA REDONDA PRIMERA.

RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE LOS ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES	229
---	-----

Por Jesús Cudero Blas

I. INTRODUCCIÓN	229
II. EL CARÁCTER REVISOR TRAS LA CONSTITUCIÓN	230
III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA	231
IV. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD	232
V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 (RECURSO 3157/2013): LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL	235

MESA REDONDA PRIMERA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

EL ACTO POLÍTICO Y SU REVISIÓN POR LOS TRIBUNALES	239
--	-----

Por Eduardo Gamero Casado

I. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN UN ESTADO DE DERECHO	239
II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO	241
III. EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO TRAS LA LJCA 1998	247
1. Ámbito orgánico	247
2. Ámbito objetivo	248
3. Las técnicas de control judicial del acto político del Gobierno	251
4. Aproximación a la jurisprudencia en la materia	252

IV. EL CONTROL DE LOS LLAMADOS ACTOS PARLAMENTARIOS.....	255
V. CONCLUSIÓN	258

MESA REDONDA PRIMERA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL PODER JUDICIAL

EL INDULTO Y SU CONTROL JURISDICCIONAL.....	261
--	------------

Por Inés Huerta Garicano

I. EL INDULTO, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTO EN SU REGULACIÓN ACTUAL (Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/88, de 14 de enero, y por L.O. 1/15, de 30 de marzo).....	261
II. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE INDULTO.....	263
III PROYECTO DE REFORMA DE 2017.....	271

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA: LAS DOCTRINAS DEL TIRO	273
--	------------

Por Teresa Pontón Aricha

I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA	273
II. ¿MERA REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO O PLENA JURISDICCIÓN?	275
III. LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN O LA PIEZA QUE FALLA.....	281
IV. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA TRAS LA RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	286
V. CONCLUSIONES.....	288
VI. REFERENCIAS	289

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

LA INTRODUCCIÓN DE CONTROLES ADMINISTRATIVOS PREVIOS A LA VÍA JURISDICCIONAL: LA FISCALIZACIÓN DE LAS DECISIONES SUPERVISORAS DEL BANCO CENTRAL EUROPEO POR PARTE COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN	291
--	------------

Por Javier Esteban Ríos

I. INTRODUCCIÓN.....	291
-----------------------------	------------

II. EL COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN	294
1. Composición del Comité Administrativo de Revisión	294
2. Procedimiento de impugnación	297
3. Efectos del dictamen del Comité Administrativo de Revisión	301
III. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN	304
IV. BIBLIOGRAFÍA	306

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

CRIMEN Y CASTIGO EN EL URBANISMO: ¿NON BIS IN IDEM?	307
Por Eva Gamero Ruiz	
I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	307
II. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO SANCIONADOR URBANÍSTICO	308
III. PROBLEMÁTICA DEL NON BIS IN IDEM EN EL URBANISMO: NORMAS PENALES EN BLANCO, COORDINACIÓN CON MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE RESTAURACIÓN DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO, CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA Y CUESTIONES PREJUDICIALES	310

PONENCIA

SUPUESTOS DE INTERACCIÓN DE LOS TRES PODERES: REFORMAS LEGISLATIVAS E INEJECUCIÓN DE SENTENCIAS	315
Por Rafael Fernández Valverde	
I. LA ACTUAL SITUACIÓN DEL URBANISMO	315
II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTO	318
1. La potestad jurisdiccional de ejecución de las sentencias: sus principios inspiradores	318
2. La forma de ejecución de las sentencias	319
III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD LEGAL	320
IV. LA CULMINACIÓN DE LAS DIFICULTADES LEGALES PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	338

COMUNICACIÓN A LA PONENCIA DE D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 108.3 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	347
Por José Vicente Mediavilla Cabo	
I. INTRODUCCIÓN	347
II. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA	349
III. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR	350
IV. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN	351
V. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TERCEROS DE BUENA FE	353
VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS	355
VII. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN	356
VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2017, RC 477/2016	359

MESA REDONDA SEGUNDA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO

EL DECRETO-LEY Y SUS CONTROLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y FISCALIZACIÓN PARLAMENTARIA	361
Por Ana Carmona Contreras	
I. EL DECRETO-LEY EN SU CONTEXTO ORIGINARIO	361
II. LA NORMALIZACIÓN DE LO EXTRAORDINARIO: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	363
1. Sobre el decreto-ley como fuente del derecho	363
2. La interpretación de la “urgente necesidad” y su control externo	365
III. EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL DECRETO-LEY: SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL VERSUS ALTERACIÓN REGLAMENTARIA	366
IV. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN: ESCASA OPERATIVIDAD DE LOS CONTROLES SOBRE EL DECRETO-LEY	370

MESA REDONDA SEGUNDA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO

GOBIERNO EN MINORÍA Y GOBIERNO DEL PARLAMENTO: SUS LÍMITES 373
 Por Marc Carrillo

I. INTRODUCCIÓN..... 373

II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA VIABILIDAD DE LOS GOBIERNOS MINORITARIOS 375

1. La forma parlamentaria de gobierno y el objetivo de un ejecutivo estable ... 375

2. La preeminencia del Gobierno en el ámbito económico y presupuestario 378

3. La práctica política del parlamentarismo en España 382

III. LA EXPERIENCIA PRÁCTICA DE LOS GOBIERNOS DE MINORÍA.. 383

IV. LA SINGULARIDAD DEL GOBIERNO EN FUNCIONES 387

V. CONCLUSIÓN..... 389

MESA REDONDA SEGUNDA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO

CONTROL PARLAMENTARIO DE UN GOBIERNO EN FUNCIONES 391
 Por Maria Rosa Ripollés Serrano

I. SOBRE EL CONTROL Y OTRAS FUNCIONES ASIMILABLES. EL CONTROL POLÍTICO EN UN SISTEMA PARLAMENTARIO 391

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES EN EL CASO DEL GOBIERNO CENTRAL 394

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO Y EL PODER JUDICIAL

LA POSICIÓN JUDICIAL FRENTE A LAS ANTINOMIAS ENTRE LEYES ESTATALES Y AUTONÓMICAS..... 409
 Por Eduardo Hinojosa Martínez

I. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN 409

II. VULNERACIÓN DE NORMAS BÁSICAS POR LEYES DE DESARROLLO POSTERIORES..... 410

III. LEYES BÁSICAS CONTRARIAS A DESARROLLOS ANTERIORES. PRECEDENTES	412
IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	416
V. PROPUESTA	419

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO
Y EL PODER JUDICIAL

EL FINAL DE LEVIATÁN. APUNTES SOBRE LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA	423
Por Plácido Fernández-Viagas Bartolomé	
I. LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA	423
II. UN NUEVO SENTIDO PARA LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA	432
III. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INVIOABILIDAD	437
IV. LA ACTUAL CRISIS DE LA INVIOABILIDAD	441

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO
Y EL PODER JUDICIAL

INSTRUCCIÓN PENAL, SUPPLICATORIO, COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN	449
Por Ignacio Carrasco López	
I. ADVERTENCIAS	449
II. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA	451
III. INSTRUCCIÓN PENAL	453
IV. EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN	454
V. COMPETENCIA PARA LA INSTRUCCIÓN	456
VI. MOMENTO ADECUADO PARA EL ENVÍO DE LA CAUSA AL TRIBUNAL SUPREMO	457
VII. CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 313 LECrim Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	459
VIII. ESPECIAL AFECTACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR INEXISTENCIA DE DOBLE INSTANCIA	463
IX. MEDIDAS CAUTELARES	464
X. SUPPLICATORIO	468
XI. COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN	475

III. FACTORES EXTERNOS

MESA REDONDA CUARTA. FACTORES EXTERNOS

RELACIONES TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-TRIBUNAL SUPREMO.....	481
Por Manuel Aragón Reyes	
I. EL MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL	481
II. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	485
1. La supremacía jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el ejercicio de la justicia constitucional. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución	485
2. ¿Quién es el supremo intérprete de la ley?	487
III. CONCLUSIÓN: UNAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BASADAS EN EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SUS RESPECTIVAS FUNCIONES	490

MESA REDONDA CUARTA. FACTORES EXTERNOS

LOS PODERES EN LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO	491
Por Eusebio Pérez Torres	
I. PRIMER APUNTE: LA SOBERANÍA COMO CUESTIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.....	491
II. SEGUNDO APUNTE: DEFENSA POLÍTICA Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO DE DERECHO	498
III. LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	503
1. La cláusula antialgarrobo	504
2. La estelada andaluza.....	506
3. Prohibido girar.....	508

PRÓLOGO

Jesús Jiménez López

Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Tenemos el honor de ofrecer, ahora para su lectura, el trabajo realizado en las “XIX JORNADAS DE ESTUDIO DEL GABINETE JURIDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA”, que, con la inestimable colaboración del Instituto Andaluz de Administración Pública, tuvieron por título “*Las relaciones entre los poderes del Estado: separación, colaboración y conflicto*” clara expresión de la materia que constituyó su objeto. Estas Jornadas se celebraron los días 16 y 17 de noviembre de 2017.

Desde la primera lectura del programa se advierte que en estas sesiones de estudio no se pretendía volver a revisar todos los posicionamientos científicos sobre el principio de separación de poderes. Ciertamente nos encontramos con cuestiones que, sin perjuicio de considerarse nucleares, cimientos firmes de nuestro modelo de convivencia, no dejan de ser poliédricas, complejas y en los límites de su formulación incluso difusas. Estas consideraciones, expuestas de manera excesivamente simplistas en este prólogo, sólo quieren expresar que ya sea desde el punto de vista estructural, en cuanto a la concreción de los protagonistas y las funciones que se le encomiendan, incluyendo el marco de relación y equilibrio entre ellos, o desde el punto de vista de su desarrollo y evolución en nuestros días, la materia exige una actualización permanente, a la vista de los conflictos concretos y recurrentes que nos encontramos en la actuación de los poderes públicos.

El punto de partida será la propuesta introductoria “*La separación de poderes entre la realidad y el mito fundacional*”, que tiene como soporte la ponencia “*La evolución de las relaciones entre los poderes del Estado*”, por Ignacio Granado Hijelmo. En el marco del estudio de las relaciones de colaboración y conflicto, se celebró una mesa redonda referida a las relaciones entre el Ejecutivo y el Poder Judicial, con las intervenciones “*Ilícito administrativo e ilícito penal*” de Blanca Lozano Cutanda, “*El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: los límites del 71.2*” de Jesús Cudero Blas, “*El acto político y su revisión por los tribunales*” de Eduardo Gamero Casado, y “*El indulto y su control jurisdiccional*” de Inés Huerta Garicano.

Del mismo modo, para el estudio de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, debatimos en torno a las ponencias “*El Decreto-Ley en clave aplicativa: Gobierno, minorías y jurisprudencia constitucional*” por Ana Carmona Contreras, “*Gobierno en minoría y gobierno del Parlamento: sus límites*” por Marc Carrillo López, y “*El control del Gobierno en funciones*” por María Rosa Ripollés Serrano. También tuvimos ocasión de analizar un supuesto de interacción de los tres poderes: reformas legislativas e inexecución de sentencias firmes, presentado por Rafael Fernández Valverde.

En torno a las relaciones entre el Legislativo y el Poder Judicial, tuvimos las ponencias “*La posición judicial frente a las antinomias entre leyes estatales y autonómicas*” de Eduardo Hinojosa Martínez, “*Inviolabilidad parlamentaria*” de Plácido Fernández Viagas Bartolomé, “*Instrucción penal, suplicatorio, Comisiones parlamentarias de investigación*” por Ignacio Carrasco López. Nuestras Jornadas de Estudio se cerraron con la mesa redonda “*Los factores externos*”, en la que tuvimos la ocasión de debatir en torno a las ponencias “*La relación entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional*” de Manuel Aragón Reyes, “*La Corona y su potencialidad como poder arbitral y moderador*” de Manuel Pulido Quecedo, “*Los arbitrajes internacionales*” Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, y “*Los poderes en la defensa del Estado de Derecho*” de Eusebio Pérez Torres.

Todos estos debates y reflexiones han servido para facilitar el estudio de una materia actual, siendo por tanto herramientas en manos de los distintos protagonistas, entre ellos el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que, en su quehacer diario se enfrenta a conflictos e interacciones íntimamente relacionados con este marco de estudio.

No podría concluir estas modestas líneas sin mostrar agradecimiento. A todos los que han participado en nuestras Jornadas de estudio, con ponencias e intervenciones, la moderación de las mesas redondas, asistentes y, sobre todo a quienes, desde el Área de Coordinación y el Instituto Andaluz de Administración Pública han hecho posible no sólo su desarrollo, sino también la presente publicación.

ÍNDICE DE AUTORES

Coordinador

Antonio Luis Faya Barrios

Letrado Coordinador del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Índice alfabético de autores

Aragón Reyes, Manuel

Catedrático de Derecho Constitucional. Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional.

Carmona Contreras, Ana

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.

Carrasco López, Ignacio

Letrado de la Junta de Andalucía.

Carrillo, Marc

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Pompeu Fabra.

Cudero Blas, Jesús

Magistrado del Tribunal Supremo

Esteban Ríos, Javier

Profesor contratado interino. Universidad de Zaragoza.

Fernández Valverde, Rafael

Magistrado del Tribunal Supremo. Vocal del CGPJ. Profesor de CUNEF.

Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido

Magistrado y Letrado de Asamblea Legislativa jubilado. Doctor en Ciencias Políticas.

Gamero Casado, Eduardo

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide. Consejero de Montero-Aramburu Abogados.

Gamero Ruiz, Eva

Inspectora Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía.

Granado Hijelmo, Ignacio

Doctor en Derecho y en Derecho Canónico, Académico correspondiente de las RR.AA. de Jurisprudencia y Legislación, y de Ciencias Morales y Políticas, y Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja.

Hinojosa Martínez, Eduardo

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Huerta Caricano, Inés

Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Mediavilla Cabo, José Vicente

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Girona. Técnico Urbanista

Pérez Torres, Eusebio

Jefe de la Abogacía del Estado en Andalucía.

Pontón Aricha, Teresa

Área de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Pablo de Olavide.

Ripollés Serrano, María Rosa

Dra. en Derecho, Letrada de las Cortes Generales. Prof. Dº Constitucional UCM.

ABREVIATURAS

A. (AA.)	Auto(s)
Admón.	Administración
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ap. (aps.)	apartado (apartados)
apd.	apéndice
art. (arts.)	artículo (artículos)
As.	Asunto
AT	Audiencia Territorial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATJCE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ATPICE	Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto de Tribunal Superior de Justicia
AUE	Acta Única Europea
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>BOP</i>	<i>Boletín Oficial de la Provincia</i>
<i>BORME</i>	<i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i>
Cap. (Caps.)	Capítulo (Capítulos)
CC	Código Civil
CA	Comunidad Autónoma
CCAA	Comunidades Autónomas
CCEE	Comunidades Europeas

Ccom	Código de Comercio
cdo.(s)	considerando(s)
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CES	Comité Económico y Social
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cir.	Circular
Comp.	Compilación
Cont.-adm.	Contencioso-administrativo
Conv.	Convenio
Coop.	Cooperativa(s)
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
D. (DD.)	Decreto (Decretos)
Dec.	Decisión
DG	Dirección General
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
Disp.	Disposición
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Disp. Derog.	Disposición Derogatoria
Disp. final	Disposición Final
Disp. Trans.	Disposición Transitoria
DLeg	Decreto Legislativo
DLey	Decreto-Ley
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> , serie «Comunicaciones e Informaciones»
EA	Estatuto de Autonomía
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
EEAA	Estatutos de Autonomía
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EEE	Espacio Económico Europeo
ej.	por ejemplo
ep.	epígrafe
ET	Estatuto de los Trabajadores
Euratom	Comunidad Europea de la Energía Atómica
F.	Fundamento jurídico o de Derecho

FED	Fondo Europeo de Desarrollo
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSE	Fondo Social Europeo
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
INE	Instituto Nacional de Estadística
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSERSO	Instituto Nacional de Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IPC	Índice de Precios al Consumo
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISyD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
IVTM	Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica
JCA	Jurisdicción contencioso-administrativa
JS	Juzgado de lo Social
LA	Ley de Aguas
Ley 19/2013	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
LAC	Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. (LAC)
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LAJA	Ley de Administración de la Junta de Andalucía
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
Larb	Ley de Arbitraje
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LAUE	Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas
LB	Ley de Bases
LBRL	Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local
LC	Ley de Costas
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público

LCCH	Ley Cambiaria y del Cheque
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LCoop	Ley de Cooperativas
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LConc	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LDGC	Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes
LDYPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LES	Ley de Economía Sostenible
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGO	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGP	Ley General Presupuestaria
LGPu	Ley General de Publicidad
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LHL	Ley de Haciendas Locales
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LITPyAJD	Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LISyD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LM	Ley de Marcas
LMH	Ley del Mercado Hipotecario
LMV	Ley del Mercado de Valores
LO	Ley Orgánica
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOSP	Ley de Ordenación del Seguro Privado
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LOT	Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTCCn	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LPInd	Ley de Propiedad Industrial
LPJDF	Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRSAL	Ley de Racionalización y Sostenimiento de la Administración Local
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LRC	Ley del Registro Civil
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRSV	Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones
LS	Ley del Suelo
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSAL	Ley de Sociedades Anónimas Laborales
LSGR	Ley de Sociedades de Garantía Recíproca
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LT	Ley de Telecomunicaciones
LTPP	Ley de Tasas y Precios Públicos
LVBMAP	Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos
O. (OO.)	Orden (Ordenes)
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OF (OOFF)	Orden Foral (Órdenes Forales)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM (OOMM)	Orden Ministerial (Ordenes Ministeriales)
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. (pp.)	página (páginas)
PAC	Política Agrícola Común
párr.	párrafo
PE	Parlamento Europeo
p. ej.	por ejemplo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PGE	Presupuestos Generales del Estado
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
Prot.	Protocolo
Prov.	Providencia
PYME	Pequeña y mediana empresa
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RD	Real Decreto
RDLeY	Real Decreto-Ley
Reg. Civ.	Registro Civil
Regl.	Reglamento
Res.	Resolución
ROFCL	Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SA	Sociedad anónima
S. (SS.)	Sentencia (Sentencias)
SAD	Sociedad Anónima Deportiva
SAL	Sociedad Anónima Laboral
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAP	Sociedad anónima pública
SC	Sociedad Colectiva
SCIJ	Sentencia de la Corte Internacional de Justicia
SCom	Sociedad Comanditaria
SCompA	Sociedad Comanditaria por Acciones
SCoop	Sociedad Cooperativa

SCP	Sociedad Civil Particular
SE	Sociedad Europea
Secc.	Sección
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SL	Sociedad Limitada
SME	Sistema Monetario Europeo
SS	Seguridad Social
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STCT (SSTCT)	Sentencia(s) del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPICE	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
TA	Texto Articulado
TC	Tribunal Constitucional
TCCE	Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEAF	Tribunal Económico-Administrativo Foral
TEAP	Tribunal Económico-Administrativo Provincial
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
Tít.	Título
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPICE	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TR	Texto Refundido
TREBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo

TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal(es) Superior(es) de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
v.	véase

I

**LA SEPARACIÓN DE PODERES
ENTRE LA REALIDAD Y EL MITO FUNDACIONAL**

PONENCIA MARCO

LA SEPARACIÓN DE PODERES ENTRE LA REALIDAD Y EL MITO FUNDACIONAL: LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO¹.

Ignacio Granado Hijelmo².

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL PODER EN GENERAL. III. EL PODER POLÍTICO. IV. EL ORIGEN Y LA TITULARIDAD DEL PODER POLÍTICO ESTATAL. V. TIPOLOGÍA DEL PODER POLÍTICO ESTATAL. VI. LA DINÁMICA DEL PODER ESTATAL: LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PODER. VII. LAS FUNCIONES DEL ESTADO. VIII. EL PODER LEGISLATIVO. IX. EL PODER EJECUTIVO. X. EL PODER JUDICIAL. XI. LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES. XII. PANORAMA ACTUAL DE INTERFERENCIAS EN LA DIVISIÓN DE PODERES. XIII. NUEVOS PODERES Y FUNCIONES. XIV CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

Agradezco al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía el honor que me hace invitándome, una vez más, a compartir este prestigioso foro, para mí tan entrañable, en el que los compañeros de los Servicios Jurídicos nos damos cita para emplear lo más valioso que tenemos, el tiempo, en reflexionar, en esta ocasión, sobre un crucial problema como es la *división de poderes*, del que se me pide nada menos que una visión diacrónica, esto es, que lo enmarque en esa seriación de sucesos que entreteje la Historia entre un ámbito de experiencias y otro de esperanzas.

El reto es importante pues no en vano alguien tan experimentado en las lides constitucionales como el juez norteamericano A. Vanderbilt afirmó, con razón, que no

¹ Ponencia inaugural de las *XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, celebradas en Sevilla el 16 y 17 de noviembre de 2017.

² Doctor en Derecho y en Derecho Canónico, Académico correspondiente de la RR.AA. de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas, y Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja.

conocía asunto de mayor enjundia³. Por mi parte, tras haber estudiado y reflexionado cuanto he podido al respecto, he llegado a la conclusión de que, en buena medida, la dificultad de esta materia estriba en una falta de claridad en la fijación de los conceptos que se entrelazan en los sesudos tratados científicos que versan sobre ella⁴.

Comenzare, así, apuntando descriptivamente que la *separación de poderes* es una doctrina politológica, originada en el constitucionalismo occidental, por la que el poder del Estado, tanto en sus instancias centrales como en las dotadas de una descentralización no meramente administrativa, debe ser limitado, asignando cada una de las funciones típicas en las que se manifiesta (principalmente, la legislativa, la ejecutiva y la judicial) a órganos o complejos orgánicos diferentes (principalmente, el Parlamento, el Gobierno y los órganos jurisdiccionales), de suerte que se contrapesen mutuamente y que, de ese equilibrio, resulte garantizada la libertad y demás derechos humanos y, en suma, la democracia.

Como se ve, esta descripción está plagada de nociones complejas (como función, órgano, descentralización, limitación, equilibrio, libertad o democracia), pero conviene destacar desde el comienzo dos de ellas muy relacionadas entre sí, cuales son las de *poder* y *Estado*, que debe ser precisadas cuanto antes, pues el deseo de aprehenderlas en sus múltiples matices ha ocasionado bastante confusión terminológica y conceptual.

II. EL PODER EN GENERAL.

1. El concepto de poder como fuerza motriz.

El *poder* no es sino la capacidad de influir, más o menos ampliamente, en el movimiento o estado de las cosas o en el comportamiento o situación de las personas y los grupos sociales.

Referido a las cosas, el poder, como observó Humboldt al estudiar la corriente marina que lleva su nombre, se presenta como una *fuerza* motriz explicativa de las alteraciones de la materia. De ahí que la primera noción del poder sea *física* y lo presente como aquello en cuya virtud algo se mueve, altera o cambia de estado o situación. Se trata, pues, como intuyeron los pensadores helénicos (Arquímedes, Pitágoras), de una *fuerza*, esto es, de una actividad (*dinamis*) que genera energía (*energeia*); por eso, el poder se encuentra más en las actuaciones causales (*operae*) que en el resultado subsiguiente (*ergon, opus*).

³ VANDERBILT, Arthur, *The Doctrine of the Separation of Powers and Its Present-Day Significance*, U. Lincoln U. Press, Nebraska, 1963, pág. 48.

⁴ Una buena prueba de tratado oceánico sobre esta materia es el clásico de CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, Méjico, Fondo de Cultura económica, 1998.

2. La expansión del concepto de poder.

La noción parece sencilla; pero el problema surge si nos interrogamos por la cadena de causas motrices hasta llegar a la idea de un primer motor, porque entonces la cuestión del poder pasa, del ámbito factual de la Física, al *extrafactual* la Metafísica y, si ese primer motor es identificado con una deidad creadora, a la Teología, como sugerían todas las mitologías y cosmogonías antiguas (egipcia, babilónica, hebrea), incluida la griega, cuyos humanizados dioses fueron popularizados por Homero y Hesiodo

Los sofistas presocráticos, que sabían perfectamente que los aristócratas controlaban los cargos sacerdotales, intuyeron que una teologización del problema del movimiento apuntalaría el tradicional gobierno oligárquico en las ciudades-estado griegas. Para evitarlo y fundamentar, como alternativa preferible, el sistema democrático ateniense, en el que eran protegidos por Pericles, emprendieron una campaña ideológica y de educación política en toda regla⁵, para centrar la Física, la Filosofía y la Política, no en la divinidad creadora y motora del cosmos, sino en el ser humano, convertido así en la medida de todas las cosas (como sostuvo Protágoras en sus *Discursos demoleedores*) y prefiguraban los mitos de Hércules (que, tras superar terribles pruebas, logra la divinización), Prometeo (que consigue arrebatar el fuego sagrado a los dioses) y Orestes (que logra sustraerse al enjuiciamiento divino)⁶.

Pese a los fallos de Lógica formal (sofismas) que encerraban, estas propuestas no fueron reputadas en su época insensatas, pues, bajo su apariencia de postulados teóricos, trataban de conseguir un resultado muy práctico, cual era defender la democracia de la oligarquía sacerdotal; y ello requería cuestionar los mitos genéticos sobre el origen divino del movimiento y sustituirlos por una explicación, física natural y matemática, del espacio (como ámbito del movimiento) y del tiempo (como dura-

⁵ Comenzaron proponiendo que la materia no tenía un origen creacional divino, sino que estaba constituida por alguno de los cuatro elementos físicos conocidos con funciones holísticas, como el agua que todo lo disuelve (Tales), el aire que todo lo envuelve (Anaxímedes), la tierra que todo lo sustenta (Empedocles) o el fuego que todo lo consume (Heráclito) o por pequeñas partículas (átomos) de todos ellos (Demócrito) o tal vez por alguna sustancia *apeiron*, o sea, desconocida (Anaximandro). Incluso, considerando al movimiento como paso del *no-ser* al *ser*, llegaron a negar su realidad (Zenón) o, simplemente, a prescindir de él (como, en otro ámbito cultural, propondría casi simultáneamente Buda), para centrarse sólo en el *ser* (Parménides). Cfr. GIGON, Olof, *Los orígenes de la Filosofía griega*, Madrid, ed. Gredos, 1980.

⁶ El dramaturgo Esquilo, en el quizá más inteligente esfuerzo de pedagogía social o de propaganda política mediante el teatro para justificar la democracia ateniense y, en concreto, la limitación de los antaño omnímodos poderes del aristocrático Areópago, que había sido reducido por los demócratas a juzgar delitos de sangre, expuso este mito en un tragedia, *Las Euménides*, donde Orestes (tras haber asesinado a su madre, Clitemnestra, para vengar así la muerte que ésta había inferido a su padre, Agamenón), es perseguido por Las Furias que exigen su vida por matricida; pero, acogido por la diosa Atenea, ésta defiende su enjuiciamiento a un tribunal humano, el Areópago, que funda al efecto y lo absuelve con el patriarcal razonamiento (indoeuropeo) de que sólo la muerte de un padre exige la venganza de la sangre. Con esta hábil presentación, Esquilo salvaguardaba el origen divino del Areópago, pero lo presenta como sustitutivo de la ancestral venganza de la sangre para constreñir sus competencias a las que le había asignado Efialtes. Para la mitología griega, cfr. GRAVES, Robert, *Los mitos griegos*, 2 vols, Madrid, Ed. Alianza, 2011.

ción del movimiento), colocando al hombre, no a los dioses y a sus sacerdotes, como centro de las explicaciones y decisiones individuales y colectivas (Ética), sobre todo, en las relativas a las ciudades-Estado (Política).

Por eso, la crítica de Sócrates a los planteamientos sofísticos y la influencia docente de sus razonamientos entre los jóvenes le costó la vida a manos de los demócratas y, cuando su ejemplo fue seguido por su discípulo Platón, partidario del gobierno de los sabios, y por Aristóteles, preceptor de Alejandro Magno, la democracia ateniense desapareció absorbida, primero, por la aristocracia de Esparta, vencedora en la Guerra del Peloponeso (431-405 a. C.), y, luego, por el autocrático imperio macedónico que, tras la batalla de Queronea (338 a. C.), se impuso en toda la Hélade.

Pero la noción de poder ya había sobrepasado el ámbito de la Física, extendiéndose a lo que hoy denominamos Antropología (para explicar las relaciones de influencia entre personas), Sociología (para aludir a las que se aprecian entre los grupos sociales) y Politología (para referirse al poder atribuido al Estado como grupo social superior).

3. Naturaleza sistémica, fáctica, derivativa y, por tanto, limitada, del poder.

Estas derivaciones extra-físicas de la noción de poder obedecen, en buena medida, a que se trata de un concepto *sistémico*, en el sentido de que surge en seno de un *sistema*⁷ que lo explica y delimita estructuralmente y desde el que proyecta su fuerza, pero que resulta también delimitado por los demás sistemas con los que se relaciona. De ahí que pertenezca a la esencia del poder no ser *absoluto*, sino, estructural y funcionalmente, *limitado* y que, por ello, la *división de poderes* no sea sólo una fórmula para limitar el poder, sino también una de las maneras de expresar su consustancial limitación.

Pero las extrapolaciones del concepto de poder a otros ámbitos distintos de la Física no pueden hacernos olvidar que éste tiene una naturaleza puramente *fáctica*; o sea, que es una cuestión de hecho (*quaestio facti*), ya que “se tiene” o “no se tiene” y sólo se ejerce “si se tiene”. Ahora bien, ese “tener” presupone las cualidades que su titular (cosa, persona o grupo social) presenta de por sí para ejercerlo (*aptitud*) e implica también haberlo recibido de otra cosa, persona o grupo a tal efecto (*habilitación*). En otras palabras, el poder no es un fenómeno *originario* sino, más bien, *derivativo*, en el doble sentido de estar condicionado, en la fuente, por sus presupuestos y requisitos y de haber sido conferido por otra cosa, persona o grupo. También ese carácter derivativo hace del poder un concepto esencialmente limitado por la fuente de la que procede.

⁷ Por *sistema* entiendo toda unidad de intelección coherente que muestra cohesión entre los elementos estructurales que lo integran, los cuales permiten también su interconexión con las demás. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “La Teoría General de Sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, 21, 1989, 23-172.

Además, la fuerza en que el poder consiste admite gradación, en su esencia y aplicación, ya que puede ser de persuasión (*vis persuasiva* o fuerza de la razón), de sugestión (*vis sugestiva*, o fuerza de la fascinación) o de coacción (*vis coactiva* o fuerza de la coerción); y ello implica que también queda condicionada por el grado de receptividad o resistencia (*vis resistiva* o contra-fuerza) que presente aquello a lo que pretenda proyectarse; ya que, si se trata de una cosa material, la misma puede presentar una estructura, física o funcional, que la haga, más o menos, refractaria a la fuerza que se pretenda ejercer sobre ella; y, si se trata de una persona o grupo social, entra en juego la voluntad humana y, por tanto, el grado de consentimiento, aceptación u oposición que la persona o grupo social concernido oponga a la fuerza, según el grado y forma en que ésta se les trate de aplicar. En otras palabras, el poder queda también limitado por el grado de resistencia sistémica que el entorno presente a su aplicación.

En todo caso, a la vista de la evolución que de la idea de poder se ha expuesto, es claro que el mismo, siendo sistémico, fáctico y derivativo, y, por todo ello, esencialmente *limitado*, no sólo se refiere a las cosas sino también a las personas y a los grupos sociales que éstas integran, por lo que cabe hablar también de un poder *político*, cuya predeterminación importa para acercarnos al concepto de *división de poderes*.

III. EL PODER POLÍTICO.

1. Significado estatal del adjetivo “político”.

Pero ¿qué es el poder *político*? La respuesta es simple: *poder político* es el atribuido al grupo social que denominamos *Estado* y que éste ejerce sobre las personas que lo integran, ya que el adjetivo *político* (de *polis*, ciudad-estado) califica, por derivación, a todo lo que se refiere al Estado.

Por tanto, esta respuesta reconduce la cuestión al concepto de *Estado*, uno de cuyos elementos constitutivos es, precisamente, el poder *político* que ostenta; un poder que, como todos los demás, resultará, pese a su apariencia absoluta, ser también, como enseguida se expondrá, esencialmente *limitado*, al igual que lo es el mismo concepto de Estado que lo contiene. Comencemos, pues, por este último.

2. El previo concepto de Estado.

Aunque todos parecen saber de qué hablan cuando se refieren al *Estado*, se trata de uno de los conceptos más sutiles de las Ciencias Sociales. Para aclararlo, conviene

precisar que puede emplearse en dos sentidos: como personificación jurídica y como grupo social.

A) La concepción del Estado como sujeto jurídico.

La concepción del Estado como un sujeto jurídico ideal al que se atribuyen los supremos actos de gobierno de una sociedad, implica una visión organicista del Estado como una persona, dotada de miembros, funciones, aparatos, conocimiento, voluntad y relaciones.

Esta propuesta (que hunde sus raíces en Anaxágoras y los mecanicistas, como Holbach y La Mettrie, y, sobre todo, en el *Leviathan* de Hobbes)⁸ ha sido útil para (como demostraron las aportaciones de Otto Mayer) fundamentar y explicar asuntos arduos, como la personalidad jurídica del Estado y su organización interior mediante complejos orgánicos especializados en sus distintas funciones de imperio, tales como legislar, juzgar o gobernar en sentido amplio.

Pero esta visión se presta a construcciones apriorísticas, autocráticas y totalitarias sobre el origen y ejercicio del poder político y ha tenido el inconveniente de separar, a la estructura o aparato estatal, de la sociedad a la que debe servir, propiciando la implantación de las ideologías defensoras de un predominio de lo colectivo y del interés, razón o voluntad del Estado sobre los derechos fundamentales de las personas; y alentando, en suma, restricciones de la libertad que pueden minorar o incluso eliminar la democracia.

B) La concepción del Estado como grupo social.

Ante los riesgos que implica la concepción del Estado como sujeto, estimo que, para comprender, no sólo la doctrina de la *división de poderes*, sino el origen y concepto mismo de *poder político* en las democracias, es preferible concebir al Estado como un grupo social, institucionalizado, predominantemente comunitario y rigurosamente delimitado en lo personal (población) y lo espacial (territorio) que, dotado de una organización burocrática, coherente y jerarquizada, se manifiesta como titular de un

⁸ El enciclopedista franco-alemán barón Paul Heinrich Dietrich von Holbach (1723-1789) sostuvo esta idea en su obra *Sistema de la naturaleza* (1770), influido por la titulada *El hombre máquina*, de su maestro, el médico francés Julien Offray de La Mettrie (1709-1751). Pero ya el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679), en su *Leviathan* (1651), había acertado en la comunicación plástica de la idea pues, en la tradición apocalíptica hebrea (bíblica y talmúdica), *Leviathán* (“enroscado”) es un gigantesco monstruo marino con forma de serpiente que, como la bestia cornuda *Behemot* (“poderoso”), impersona al maligno en sus representaciones enfrentadas femenina y masculina, el cual sólo será devorado por los justos en el banquete festivo de *Armagedon*, al fin del mundo. Además, el frontispicio de la primera edición de esta obra contenía un grabado que representaba a un gigante (barbudo, enmallado y coronado que, con los brazos extendidos y portando en una mano una espada y en la otra un cetro, levantaba su cintura sobre un paisaje habitado por pequeñas figuras humanas) que, junto con el cuadro *Coloso*, hasta hace poco atribuido a Goya, se ha incorporado al imaginario colectivo como sinónimo de la personificación de un poder político irresistible.

poder político superior (soberanía), pero no absoluto, sino limitado por los derechos humanos de todos aquellos a quienes afecta y especialmente de quienes se lo han conferido para recuperarlo en forma de seguridad, obras y servicios públicos⁹.

Frente a la artificial, aunque parcialmente útil, construcción del Estado como sujeto, la concepción sociológica del Estado como un grupo social remite a la clásica constatación realista de la naturaleza social del ser humano (el aristotélico *zoon politicón*) y, por tanto, parte de la natural la agrupación del hombre con sus semejantes para generar múltiples grupos sociales (como los familiares, laborales, económicos y también los políticos).

Además, al ser sociológica, esta visión del Estado como grupo social implica una perspectiva *a posteriori* que reconduce el origen, el funcionamiento y los fines del Estado a las personas humanas que lo integran, ya que éstas, no sólo le aportan la fuerza en que su poder político consiste (es decir, son la fuente de su poder político), sino que, además, son las titulares de los derechos humanos que el Estado debe respetar y garantizar (esto es, condicionan el funcionamiento del Estado en la aplicación del referido poder político) y son las acreedoras a las que el Estado debe devolver el poder político que ha recibido de las mismas, en forma de seguridad y demás prestaciones y servicios públicos (es decir, determinan los fines del Estado en cuanto que destinatarias de las actuaciones estatales tendentes a lograrlos).

3. Naturaleza del poder político del Estado entendido como grupo social.

Repárese que esta concepción grupal implica las siguientes características que aco- tan y limitan estructuralmente la naturaleza del poder político y, en consecuencia, la del mismo Estado que lo recibe y ejerce; y también la de la división de sus poderes:

A) Carácter grupal.

Comencemos insistiendo en que, al ser el Estado, en rigor, un *grupo social*, esto es, una realidad grupal de tipo sociológico, la misma naturaleza social tiene el *poder po- lítico* que lo caracteriza. Es cierto que ello no merma la posibilidad de personificarlo instrumentalmente sobre la base de entender que ese grupo (*universitas personarum*) opera como *sustractum* de la personalidad reconocida al mismo, tal y como sucede con la subjetivación de los Estados en Derecho internacional público. Pero implica que el Estado no es ningún *Leviathán* independiente de las personas que lo integran, le aportan la fuerza social en la que consiste su poder o la recuperan en forma de seguridad o servicios públicos; sino que, por el contrario, el Estado es, sólo y preci- samente, el *compositum* grupal que tales personas conforman.

⁹ He tomado originariamente estos conceptos de ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría fundamental del Estado*, Pamplona, Eunsa, 1967, aunque modulados por la relevancia limitante de los derechos humanos que estimo imprescindible para la concepción actual del Estado.

B) Carácter comunitario.

Es más, el grupo social en que el Estado consiste no es de tipo *societario* (es decir, un grupo en el primen las relaciones de coexistencia, alienidad o económicas), sino de tipo *comunitario* (esto es, un grupo en el que predominan las relaciones de convivencia, cercanía y afecto entre sus componentes), como se aprecia con claridad en los eventos deportivos internacionales. A este componente, alude el concepto de *patria*, como sentimiento de pertenencia a una comunidad histórica, cultural y territorial por razón del lugar de nacimiento o de vínculos afectivos con la misma; por lo que se trata de una noción conexas a la de *nación* a la que luego se alude.

Esta naturaleza comunitaria se extiende también al *poder político* estatal, razón por la que no puede ser ejercido con indiferencia o desprecio respecto a las personas, sino en función de las mismas, de sus derechos e intereses legítimos, ya que estas no son tanto súbditos, gobernados o administrados por del poder público, cuanto ciudadanos y seres humanos de los que procede dicho poder, al que condicionan con sus derechos fundamentales y a cuyo servicio dicho poder se endereza; por lo que, en suma, lo justifican en su origen, funcionamiento y finalidad.

C) Carácter delimitado.

El carácter comunitario, que también caracteriza y limita al poder político que el Estado ejerce, es debido, en buena medida, a que el Estado es un grupo delimitado, esto es, basado en una estricta determinación, podríamos decir “censal”, de las personas que lo integran (aquellos a los que el propio Estado reconoce como ciudadanos) y una, no menos exacta, delimitación, podríamos decir “catastral”, del espacio (terrestre, aéreo y marítimo) sobre el que ejerce sus funciones. No extraña, pues, que nacionalidad y territorialidad sean, así, dos nociones básicas, tanto del orden constitucional (interno) de los Estados, como del orden jurídico internacional¹⁰, ya que la esencia grupal del Estado hace que ambas nociones sean reputadas elementos constitutivos del Estado y también esencialmente limitadoras de toda tiranía interior e imperialismo exterior.

¹⁰ Por eso, la *nacionalidad* es una institución jurídica poliédrica, que tanto aparece como *estado civil* (en Derecho privado), *punto de conexión* (en Derecho Internacional privado), como *ciudadanía* o vínculo político personal con el propio Estado (en Derecho constitucional interno) o como *extranjería* o vínculo político personal con otros Estados (en Derecho Internacional público). Algo similar sucede con la *territorialidad*, ya que, salvo los limitados casos de *extraterritorialidad* que admite el Derecho internacional público y privado, el poder político del Estado se proyecta tanto sobre los nacionales como sobre los extranjeros, pero sólo cuando unos y otros se encuentran dentro de su territorio, ya que, fuera del mismo, el poder al respecto corresponde, por lo general, al Estado en que se hallen. De ahí que DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “La función normativa del Título preliminar del Código civil”, en *Anuario de Derecho civil*, 49, 2, 1996, págs. 533-606, observe que dicho Título (en el que nuestro Código civil regula la nacionalidad y la aplicación de las leyes estatales en el espacio) es materialmente constitucional.

En efecto, son elementos constitutivos del grupo estatal tanto las personas que lo integran (a este aspecto subjetivo, alude la *nacionalidad*), como el espacio físico sobre el que las mismas se asientan (a este aspecto objetivo alude la *territorialidad*); y excluyen la tiranía interior, porque no justifican el sometimiento de la población a cualquier tipo de sujeción; de suerte que el conjunto de posiciones de sujeción que la doctrina politológica ha denominado *status subiectionis* ha de ser entendido funcionalmente, es decir, como sólo justificadas en la medida precisa para lograr los fines estatales de seguridad y prestación de servicios públicos y sin mermar los conjuntos de posiciones de libertad y participación, esto es, los ámbitos exentos de intervención del poder político (*status libertatis*) y los reservados a la participación e intervención política y social de la población (*status activus*), que son exigidos por los derechos humanos. El preciso equilibrio de estos tres *status* determina también una esencial limitación del poder político estatal.

Impiden también el imperialismo exterior pues, al existir otros Estados (esto es, otros grupos sociales que también son superiores y están personalizados y territorializados), el poder político de uno de ellos no puede extenderse a todas las personas y lugares; y, por tanto, su ejercicio no puede ser violento, unilateral y universal, sino que requiere necesariamente fórmulas convencionales y pacíficas de limitación y reconocimiento internacionales.

D) Carácter organizado.

Además, al ser una realidad grupal, el Estado es, obviamente, un grupo *organizado*, pues, como todo grupo social, cuenta con su propia organización social, si bien la estatal se caracteriza (no sólo en el ámbito ejecutivo, sino también en el jurisdiccional e incluso en el de la administración parlamentaria) por ser burocrática (es decir, profesionalizada), coherente (es decir, organizada de forma racional en complejos orgánicos diversos desgranados en entidades, órganos, unidades y puestos de trabajo) y jerarquizada (esto es, sistematizada, de suerte que -sin perjuicio de la independencia propia de la función asignada a algunos de ellos, como los judiciales-, hay órganos superiores e inferiores o especializados por razón del grado, la extensión o la intensidad de sus funciones).

E) Carácter institucionalizado.

Desde luego, su naturaleza social, comunitaria y delimitada en lo personal y espacial y dotada de una seria organización facilita el que el Estado conforme un grupo *institucionalizado*, en el sentido de que, una vez instaurado y mientras permanezca como tal, su existencia es duradera y diacrónica, esto es, anterior y posterior a la vida de las personas concretas que en cada momento lo integren o sobre las que proyecte sus funciones.

Esta característica, hasta cierto punto transpersonal del Estado, también facilita su precitada personificación instrumental, la estabilidad de las decisiones políticas, el mantenimiento y seguridad del orden jurídico, la permanencia y la continuidad en la prestación de los servicios públicos y en la acción interior y exterior del Estado.

Pero tampoco debe hacernos olvidar el carácter esencialmente grupal y sociológico del Estado ni, mucho menos, conducirnos a concebir al Estado como una macro-institución independiente de las personas que la integran e irresponsable ante ellas, ya que su legitimidad no procede de una voluntad fundacional ajena a la población, sino de ésta misma, la cual es el origen del poder político que el Estado ostenta, postula la devolución del mismo en forma de prestaciones públicas de todo tipo y se reserva la elección, directa o indirecta, de sus gestores, así como exigencia de eventuales responsabilidades a los mismos.

F) Carácter temporal.

El poder político del Estado se presenta actualmente como limitado a los asuntos temporales, dejando en manos de las confesiones religiosas los espirituales que atañen al destino trascendental del ser humano según las propias convicciones de cada persona, aunque existe una amplia gama de posibilidades en esta materia.

Pero, como es bien sabido, aún perduran Estados *confesionales*, que asumen e imponen una única y determinada religión, persiguiendo, prohibiendo, tolerando o reduciendo a una condición depresiva a las demás; junto a Estados que estiman positivo el fenómeno religioso y promueven acuerdos con las confesiones mayoritarias o que se declaran ajenos al fenómeno religioso o incluso contrarios al mismo.

Esta diversidad y gradación es fruto del devenir histórico de los distintos Estados. Así, los que sufrieron las guerras de religión, que ensangrentaron Europa en los siglos XVI y XVII, se construyeron sobre la base del absolutismo regio, que impuso a cada reino la religión de su monarca (principio *cuius regio eius religio*) e incluso sometió a control estatal (*regalismo*) el funcionamiento de la propia Iglesia; pero, en general, siguiendo la línea trazada por Locke, terminaron por aceptar estatutos, primero, de tolerancia y, luego, de libertad religiosa, la cual se convirtió, de este modo, en el primero de los derechos humanos reconocidos y, por tanto, en una primera limitación del poder político.

G) Carácter superior.

Repárese, finalmente, en que el carácter sociológico, comunitario, delimitado, institucionalizado y organizado, es común a muchos grupos sociales; por eso, lo que distingue al Estado de los demás grupos (lo que los escolásticos denominaban *última diferencia*) es su característica de constituir un grupo *superior* a los demás a los que engloba y sobre los que presenta un predominio imperativo, de suerte que, para

cumplir sus funciones: en el interior, prima, incluso coactivamente, sobre cualquier otro grupo comprendido en su ámbito personal y espacial; y, en el exterior, goza de un estatuto de teórica paridad con el resto de Estados que componen la comunidad internacional.

Para conceptualizar este poder superior del Estado, el politólogo francés Juan Bodin acuñó el término de *soberanía* (apócope de la expresión latina *plena potestas super omnia*), como sinónimo de un supremo poder político de imperio¹¹.

Sin embargo, no debe olvidarse que la *soberanía* es también sistémica, pues se encuentra limitada: estructuralmente, en el ámbito de lo interior, por el grupo social que la protagoniza; y, funcionalmente, en el ámbito de lo exterior, por la de otros Estados e instituciones internacionales; por lo que, pese a que resulte paradójico con su omnimoda denominación, siempre ha sido, y más en los tiempos actuales, una soberanía *limitada*, esto es, una forma superior, pero no absoluta, de poder político. Ello también se debe al carácter esencialmente derivativo de éste último.

H) Carácter derivativo.

La limitación, estructural y funcional, del poder político a la que acabo de aludir obedece, en efecto, a que, siendo *estatal*, no deja de ser *poder*, esto es, no pierde la naturaleza de *fuerza* que es inherente al concepto de poder en todas sus manifestaciones; y que, como tal, es también *derivativa*.

Procede, pues, interrogarnos sobre su *origen*; cuestión ésta de hondo calado filosófico, ya que la solución a la misma depende de la concepción previa que se tenga sobre la persona humana y sobre el Estado; de ahí que haya experimentado una lenta, pero crucial, evolución histórica, que se analiza tras la siguiente recapitulación.

I) Recapitulación.

Antes de preguntar sobre el origen del poder político estatal, conviene recapitular, como conclusión de este epígrafe, que los caracteres que se han expuesto demuestran que el Estado no es una realidad absoluta, sino esencialmente limitada: por un lado, en lo interior, en cuanto que no consiste en una persona ideal onnipotente, sino sólo en un grupo social; el cual no es de tipo societario sino comunitario, se presenta como estrictamente delimitado en lo personal y lo espacial, y se constriñe

¹¹ Jean Bodin (1529-1596), en el marco de las guerras de religión y de la pugna sobre si la recepción del Derecho común, canónico y romano (*utrumque ius*) debía efectuarse conforme al *mos italicus* (apoyado en la potestad regia) o al *mos gallicus*, (fundado en la razón), publicó su crucial obra *Los seis libros sobre la República* (1576), con la pretensión transaccional de, tras un amplio estudio del Derecho Constitucional comparado de su época, establecer, como principios racionales del Derecho público, la tolerancia, la moderación (como antídoto contra el fanatismo religioso) y, por lo que ahora nos interesa, la soberanía (*plena potestas*) del monarca, en cuanto llamado a instaurar la paz religiosa.

competencialmente a lo temporal; y, por otro lado, en lo exterior, en cuanto que está condicionado por el reconocimiento y competencias de los demás Estados.

Ese grupo, aunque esencialmente limitado, genera una fuerza social formidable, tradicionalmente denominada *soberanía*, la cual se traduce en una organización e institucionalización estables y en una clara supremacía sobre otros grupos en su ámbito competencial. Pero es una fuerza *sistémica*, esto es, radicalmente condicionada por su origen grupal y por su finalidad de conservación y fomento grupales, así como por el reconocimiento interior y exterior que precisa. Es, pues, una fuerza *funcional* que se encuentra estructuralmente limitada por los derechos humanos de los componentes del grupo social que la genera y que la ha conferido a sus dirigentes, no para que los tiranicen, sino sólo para la preservación y fomento del mismo grupo y para que sea más eficaz el reconocimiento, garantía y protección de tales derechos.

Por ello, la división de las funciones y poderes precisos para que los dirigentes, es decir, quienes componen la organización social del Estado, reciban esa fuerza social y la traduzcan en actuaciones y prestaciones públicas de todo tipo, no es sino una técnica más, de entre otras posibles y convenientes, aunque muy trascendente (por lo que tiene rango constitucional), para asegurar, al grupo social constitutivo del Estado, el mantenimiento de la naturaleza esencialmente limitada, tanto de ese Estado como del poder político que se le ha conferido.

Esto señalado, podemos analizar la anunciada cuestión del origen y titularidad del poder político estatal.

IV. EL ORIGEN Y LA TITULARIDAD DEL PODER POLÍTICO ESTATAL.

La noción de *Estado* es *diacrónica*, esto es, se ha ido modulando a lo largo del devenir histórico¹²; y lo mismo ha sucedido con el concepto de *poder político* que lo caracteriza, sobre todo cuando se ha tratado de descubrir su origen o lo que es lo mismo, de determinar quién es el titular de la soberanía estatal. Para ello, se han intentado diversas explicaciones, como las que sostienen su origen divino, popular o nacional.

¹² Como puso de relieve Böckenförde (cit. por Alvaro D'Ors, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, págs. 652-654), es un defecto académico común en esta materia proyectar sobre realidades políticas de la Antigüedad (como la democracia de las ciudades-estado helénicas, la República o el Imperio romano), de la Edad Media (como los Reinos germánicos -surgidos en Europa tras la caída del Imperio romano de Occidente-, los Imperios mongol, chino o japonés, las ciudades-estado italo-alemanas o el Sacro Imperio romano-germánico), de la Edad Moderna (como la Monarquía hispánica de los Austrias o las organizaciones políticas precolombinas en América) o incluso de la Edad Contemporánea (como los Imperios británico, austro-húngaro, ruso u otomano o las organizaciones de los pueblos colonizados en África y Oceanía) categorías politológicas que sólo son apropiadas para caracterizar a los Estados surgidos durante el Renacimiento (como España y Francia) o a los formados tras la Ilustración por la independencia de los territorios americanos (Estados Unidos, respecto a Inglaterra, y los países hispano-americanos, respecto a España y Portugal), las reunificaciones auspiciadas durante el Romanticismo (como Italia y Alemania), las grandes guerras mundiales, el proceso descolonizador o el hundimiento del bloque soviético en el s. XX.

1. La soberanía regia.

Los pueblos más antiguos partían de la creencia en una divinidad omnipotente que, por tanto, era fuente de todo poder en el cielo y en la tierra; de ahí que el rey, previas ciertas ceremonias sacrales (administradas por sacerdotes o pontífices, esto es, hacedores de puentes entre cielo y tierra) de unción, consagración, investidura o coronación, fuera considerado directamente como un dios (así los faraones egipcios), un representante divino (así, los emperadores japoneses) o un señalado por la gracia de dios (como la mayor parte de los monarcas anteriores a la Revolución francesa de 1789)¹³.

Comencemos aclarando a este respecto que, cuando Bodin acuñó el concepto de *soberanía* no atribuyó el origen y titularidad de la soberanía estatal a la divinidad, ni al pueblo o a la nación, sino al monarca, reputando a éste último como propiamente “soberano”, sobre la base del brocardo imperialista, propio del *mos italicus*, de que “cada rey debe ser, en su propio reino, reputado como emperador”¹⁴; aunque su pretensión era, en el marco racionalista del *mos gallicus*, legitimar el poder moderador del rey para terminar con las guerras de religión entre católicos y protestantes, como

¹³ La palabra “rey” y sus derivadas “reino” y “reinar” proceden del vocablo indoeuropeo “reg”, que significa regir o gobernar, con alusión al lado derecho del cuerpo, lo que evoca el brazo diestro con el que se empuña la espada y, por tanto, a un sentido de fuerza y jefatura militar, razón por la que está muy relacionada con mando (en griego, “arjo”) de uno solo (en griego, “monos”), de donde “monarca” y “monarquía”, en claro parangón con la organización celestial que, en las antiguas teogonías, siempre tenía por cabeza a un todopoderoso dios patriarcal, único o principal. Por eso, el poder regio precisaba una investidura sacral y de ahí que, cuando los primitivos monarcas greco-romanos, fueron sustituidos por magistraturas republicanas, el título de “rex” se reservó para el sumo pontífice encargado de las funciones sacrales (como el latino *rex sacrorum*), mientras que el supremo mando militar (en latín, “imperium”) se confirió a los, por eso, llamados “emperadores”, aunque ya con el sentido de una suprema potestad política, proyectada incluso sobre los reyes de pueblos sometidos (emperador como “rey de reyes”). Depuesto el último emperador romano de Occidente, la necesaria investidura sacral de reyes y, más tarde de los nuevos emperadores romano-germánicos (y, en general, de todos los cargos con poder terrenal), planteó si, por tal causa, los reyes e incluso los altos dignatarios eclesiásticos quedaban sometidos al Emperador, como sucedía en el Imperio de Oriente (*cesaropapismo*); si todos ellos, incluido el propio Emperador, quedaba sometido al Papa (*hierocratismo*); o si, pese a su común origen divino, se trataba de poderes independientes (*doctrina de las dos espadas*). El Concordato de Wörms (1122), ratificado por el I Concilio de Letrán (1123), puso fin a la querrela de las investiduras entre el Papado y el Imperio, al convenir que los cargos eclesiásticos recibirían, de la Iglesia, los poderes espirituales y, del Imperio, los temporales.

¹⁴ No es claro el origen de esta máxima (*rex est imperator in regno suo*); pero, tras los cruciales estudios de Calasso (*Medioevo del Diritto*, Milán, 1954) y Koschaker (*Europa y el Derecho romano*, Madrid, Bosch, 1955) sobre la recepción europea del *ius commune*, se colige que esta idea, apuntada en las glosas acursianas y bartolianas al *Digesto*, fue recogida por Alfonso X (cuyas pretensiones imperiales eran patentes) en las *Partidas* (P.1.1.15 y P.2.1.5) y el *Espéculo* (E.1.1.13); pero también aparece en textos canónicos, como el *Decretum* graciano (Dr. c. 7, q. 4, c. 41, *in apibus*), la Decretal *Per venerabilem* de Inocencio III (Dc. 4.1.7.13) o las obras de los canonistas Alano, Hugucio y Sinibaldo de Fieschi. Todo ello indica que se trata de un brocardo que, tomando los textos romano-canónicos como argumento de autoridad (*mos italicus*), se empleó, en el marco de la disputa medieval sobre si el predominio en lo temporal (*dominium mundi*) correspondía al Papa o al Emperador romano-germánico, para justificar tanto la postura de los gibelinos (partidarios del predominio del Imperio, que se apoyaban más en textos romanos), como la de los güelfos (partidarios de la preferencia del Papado, que se apoyaban más en textos canónicos). Cfr. OTERO VARELA, ALFONSO, “Sobre la idea de soberanía y su recepción en España”, en *Estudios histórico-jurídicos*, vol. 1, 2005, págs. 261-272.

efectivamente lograría Enrique IV en Francia y, en menor medida, Carlos II en Inglaterra, donde el gran legitimador ideológico del poder pacificador de la Corona fue Thomas Hobbes.

Es cierto que los tratadistas del Derecho natural católico, en sus profundos tratados (sobre las leyes, la justicia, el Derecho o la institución real), entendían las potestades regias como funcionales y especialmente limitadas por el Derecho natural, entendiendo que, en realidad, la divinidad apoderaba directamente al pueblo y sólo indirectamente (es decir, a través del pueblo), al rey para que éste gobernase al pueblo con justicia (Francisco Suárez), por lo que, incluso justificaban el tiranicidio en casos extremos de abuso de poder (Mariana).

En esa línea, la soberanía regia también fue concebida por Bodin como un poder funcional encaminado a la imposición, por el rey, de la paz social y de la tolerancia religiosa. Sin embargo, los efectos de esta doctrina fueron más allá pues, a través de su influencia en Hobbes, condujeron, por un lado, a poner fin conceptual al feudalismo y su concepción pactista y estamental de los Reinos y Parlamentos medievales; y, por otro, a legitimar el absolutismo regio, que permitiría luego al rey francés Luis XIV, afirmar, ante el Parlamento judicial de Paris, en 1655, “el Estado soy yo”; es decir, que el rey ostentaba todo el poder político, de suerte que el resto de las instituciones del reino, incluso las judiciales, sólo lo tenían por una delegación regia revocable.

Pero ciertos acontecimientos peculiarmente sangrientos habían comenzado a ensombrecer este panorama absolutista. El asesinato de Enrique III de Valois (1589) pudo explicarse, en el marco de las guerras de religión, como ejercicio del derecho natural al tiranicidio (defendido por los monarcómacos tanto católicos como protestantes), cuando el rey incumplía sus deberes de moderación; pero fue un primer aviso de la espada de Damocles que pendía sobre la concepción absolutista de la monarquía. El segundo aviso fue, sin duda, la decapitación de Carlos I de Inglaterra (1649), en el marco de la revolución inglesa del s. XVII, que terminaría imponiendo el predominio del Parlamento sobre la Corona, como justificaría luego Locke. Pero el golpe de gracia lo daría posteriormente la Revolución francesa, cuando los Estados Generales (Parlamento estamental), convertidos en Asamblea Nacional Constituyente, aprobaron la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789) y, ya como Convención Nacional, primero, abolieron la Monarquía y proclamaron la República (1792) y, luego, condenaron, por votación, a muerte, al rey Luis XVI y a su esposa Maria Antonieta de Austria, que fueron guillotizados (1793).

Así, la inviolabilidad sagrada del monarca sucumbió, junto con la concepción del origen divino y del carácter absoluto de su poder político, para situar la fuente de la soberanía estatal en el *pueblo* y, más concretamente, en el *estado llano* o *tercer esta-*

do, es decir, en la burguesía, no perteneciente a los estados eclesiástico ni nobiliario; si bien la extrema violencia con la que se impuso esta idea determinó un turbulento siglo XIX, en el que, tras la derrota militar de Napoleón (cuyas tropas, sin embargo, expandieron por toda Europa la semilla revolucionaria), la Restauración monárquica intentó, primero, tras el Congreso de Viena (1815), volver al absolutismo puro en todos los países y proscribir el liberalismo (como hizo Luis XVIII en Francia y –salvo durante el trienio liberal 1820-23– Fernando VII en España); después, conferir *Cartas otorgadas* en las que el monarca concedía ciertos derechos a la ciudadanía (como el Estatuto real español de 1834); más tarde, pactar *Constituciones doctrinarias* o de soberanía compartida en las que el *principio monárquico* (soberanía del rey) conviviera con el *principio democrático* (soberanía popular), cuyo paradigma fue la Monarquía orleanista instaurada en Francia tras la revolución de 1830; y, finalmente, terminar aceptando *Constituciones* enteramente *democráticas*, donde la soberanía popular podía libremente elegir una forma de gobierno consistente en una Monarquía limitada, con poderes moderados (como la española de 1876) o incluso plenamente constitucional, con poderes meramente simbólicos, moderadores o representativos (como la española vigente de 1978).

2. La soberanía popular.

A) El concepto de *pueblo*.

Desechada la soberanía regia, el sujeto activo de la fuerza social en cuya virtud se constituye el grupo político estatal sólo podía encontrarse en el *pueblo*, razón por la que la soberanía del Estado comenzó a ser calificada como *popular*. Pero el concepto de *pueblo* debe ser cuidadosamente precisado, ya que:

- Si se trata de un Estado existente, el concepto de *pueblo*: i) puede ser equivalente a la *población estatal* en su conjunto, que conforma el elemento personal de todo Estado y es titular de la potencia constituyente, de suerte que al mismo se imputa la titularidad de la soberanía de ese Estado a la que, por eso, se denomina “popular” en la Constitución de ese mismo Estado; por lo que, en ese caso, el concepto de “pueblo” es *genérico* (pues alude a toda la población), *inclusivo* (pues no excluye a ninguno de sus integrantes), *actual* (pues expresa una realidad grupal que ya, es decir, *in actu*, está constitucionalizada como Estado) y plenamente *reconocido* por el Derecho (puesto que es una realidad reconocida por la misma Constitución que de ella emana); pero ii) puede ser entendido como un subgrupo o colectivo sectorial de dicha población, el cual, mentalizado por una élite promotora, se muestra convencido de su común identidad histórica y cultural y de que la misma le hace acreedor de ser reconocido, interna e internacionalmente, como una *nación*, esto es, como substrato social de un Estado distinto; por lo que,

en este caso, el concepto de “pueblo” es *específico* (pues sólo alude a un subgrupo o colectivo dentro de la población estatal), *excluyente* (pues sólo incluye a quienes participan de la identidad histórico-cultural correspondiente), *potencial* (pues expresa una realidad grupal que desea *-in potentia-*, pero que no ha conseguido *-in actu-* constitucionalizarse como Estado) y *no plenamente reconocido* por el Derecho (puesto que, si bien la Constitución puede reconocer la identidad que fundamenta al subgrupo y conferir a éste una autonomía política limitada para preservarla, dicho reconocimiento nunca puede ser pleno en el sentido de reconocerlo como sustrato nacional de un Estado distinto, porque eso requeriría una reforma radical de la Constitución para escindir a dicho subgrupo o bien una escisión unilateral del mismo, que siempre sería inconstitucional).

- Si se trata de constituir un Estado que antes no existía, ese *pueblo* es el conjunto de personas con capacidad natural de obrar que han decidido constituirlo sobre un determinado territorio, siempre que, por un lado, se lo consientan las que, con igual capacidad natural, integraban antes el Estado al que ese territorio pertenecía (reconocimiento *interno*); y que, por otro lado, el nuevo Estado pretendido sea internacionalmente reconocido como tal por los demás Estados (reconocimiento *externo*).

Todo esto es así debido a la naturaleza sistémica del Estado, porque una fuerza de voluntad sólo puede imponerse o mantenerse legítimamente (es decir, con arreglo a los postulados de la razón humana) mediante el concurso de la voluntad de los demás a quienes afecta, manifestado a través de un *reconocimiento*. En efecto, la voluntad fundacional libre, cuando trata de afectar a un sistema, como es el estatal, está esencialmente limitada por las voluntades de los demás; en otro caso, se trata de una ilegítima imposición violenta, mediante la fuerza física o fáctica, que es lícito repeler de igual manera con una fuerza contraria, incluso física, y ello con plena justificación jurídico-natural, según el principio de legítima defensa *vim vi repellere licet*¹⁵, siempre que se observen los procedimientos legales previamente establecidos para su empleo.

B) El derecho a la revolución.

Por eso, la fuerza popular ejercida para formar un nuevo Estado, si hay oposición a su ejercicio, suele desencadenar una revolución. En este sentido, Locke, para justificar (no olvidemos que *a posteriori*) la revolución inglesa del s. XVII, reconoció al *pueblo* un *derecho* (humano o natural) *a la revolución*¹⁶ que, paradójicamente, sería ejercitado luego,

¹⁵ Formulado por Casio y Ulpiano (en *Digesto* 43.16.1.27) y Paulo (en *Digesto* 9.2.45.4).

¹⁶ Se trata de un derecho peculiar, ya que sólo tiene eficacia positiva para quien lo ejerce si la revolución triunfa, ya que, en otro caso, puede acarrear consecuencias incluso penales, pues el ordenamiento jurídico de Estado que la sufre la considerará delito punible (a título de rebelión, alta traición o sedición) con las mayores

a finales del s. XVIII, contra el Parlamento de Inglaterra, por los independentistas norteamericanos; contra la Monarquía absolutista, por los revolucionarios franceses; y, contra España, por la burguesía criolla de los territorios de ultramar que se independizaron en América; aunque esto último ya bajo la investidura de la soberanía nacional.

3. La soberanía nacional.

A) Su origen.

Cuando las guerras napoleónicas expandieron, por toda Europa y sus colonias, las ideas revolucionarias francesas contra las Monarquías absolutas; la burguesía, que era la clase emergente de la revolución liberal, pronto comenzó a entender la soberanía, o sea, el poder estatal supremo, no ya como *popular*, es decir, radicado en las personas individualmente consideradas (*uti singuli*) y titulares de derechos inalienables como seres humanos que legitiman convencionalmente (mediante el *contrato social*) la fuerza de la voluntad general expresada en la ley, como propugnó Rousseau; sino como *nacional*, esto es, radicada en la *nación*, entendida como el agregado supraindividual que conforman aquellos que, al no depender de ninguna voluntad ajena, no son súbditos de nadie, sino que pueden ser reputados *ciudadanos* (*uti cives*) por haber decidido libremente habitar en un concreto territorio, implantar en el mismo el poder político preciso para regir autónomamente su convivencia social, respetar los previos derechos del hombre y del ciudadano, y dotarse al efecto de una norma suprema, a la que, por constituir y delimitar los tres elementos fundamentales del Estado (su población, su territorio y su poder político), se denomina *Constitución*.

B) El concepto de nación.

El concepto de *nación* era antiguo e *incluyente*, pues se empleaba, desde la baja Edad media, para denominar, en Universidades, Colegios mayores, centros de contratación y otros lugares a los que concurrían personas de diversas procedencias, a las gentes originarias de un mismo país en sentido geográfico¹⁷. Pero,

penas, debido a que el bien jurídico que, en estos casos, tratan de proteger los correspondientes tipos penales es la propia existencia y permanencia del Estado, razón por la que estos delitos suelen ser reputados "políticos". Además, esta eventual eficacia se refiere sólo al ámbito interno, ya que, internacionalmente, depende del reconocimiento que otros Estados puedan hacer del grupo insurgente y, en su caso, del Estado que de la revolución resulte. Es de precisar también que el concepto de revolución suele reservarse para el levantamiento que tiene por objeto instaurar un orden político y social distinto, es decir, fundado en valores completamente diferentes, y no para revueltas que sólo tengan por objeto derrocar un Gobierno para instaurar otro, en cuyo caso, más que de *revolución*, debe hablarse de *golpe de Estado*, como sugirió el periodista y diplomático italiano Curcio Malaparte en su libro, publicado en francés en 1931, *Técnica del golpe de Estado*, que puede consultarse en sus *Obras completas* editadas en castellano en 1960 por la Ed. Plaza y Janés.

¹⁷ Este sentido ha sido destacado por GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, en *España, nación de naciones, el moderno federalismo*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1993.

con un significado politológico, el concepto de *nación*, nació –la redundancia es intencionada– en el s. XIX, como *excluyente*, ya que expresaba que la precitada capacidad de libre decisión política, que es base de la soberanía, no correspondía a toda la población estatal, esto es, al *pueblo*, y mucho menos al denominado *pueblo llano*, sino sólo a aquel sector de la misma que, por sus ingresos, posición y cultura, podía expresar válidamente su voluntad, ejerciendo el derecho de voto mediante sufragio censitario, y decidiendo, así, entre ella, por mayoría; lo cual reducía la ciudadanía al *cuero electoral*, formado por la burguesía, como postulaba el liberalismo.

A partir de ahí, el concepto de *nación*, en cuanto que ya no abarcaba a todo el grupo estatal, incentivó la concepción del Estado, no como un grupo social, sino como una persona ideal conformada por los dirigentes y sus estructuras organizativas; y, cuando comenzó a escribirse con mayúscula, los conceptos de Nación y Estado se confundieron, al igual que los adjetivos *nacional* y *estatal* se hicieron intercambiables.

El paulatino logro del sufragio universal y la desaparición de desigualdades jurídicas entre la población, que volvía a incentivar la concepción del Estado más como grupo social que como persona ideal de carácter superior, pudo haber reconducido la situación y hacer irrelevante o meramente académica la distinción entre soberanía popular o nacional, de no haber sido porque el Romanticismo redescubrió un nuevo concepto de *nación*, también, por desgracia, *excluyente*, al entender (como antes se ha expuesto al explicar uno de los sentidos reduccionistas del concepto de *pueblo*), que sólo la integraban las personas concienciadas de su identidad cultural, histórica, geográfica, lingüística, religiosa, étnica o de cualquier otro tipo, a las cuales, para mayor confusión, también se denominó *pueblo* (como aún sucede entre nosotros, con las expresiones pueblo catalán o pueblo vasco), dando así, al término inclusivo de *pueblo*, el sentido *excluyente* que es propio del término *nación*.

C) El principio de las nacionalidades.

Esta idea surgió cuando, a lo largo del tormentoso siglo XIX, aparecieron nuevos Estados nacionales sobre la base del llamado *principio de las nacionalidades*, por el que todo *pueblo* políticamente concienciado de su identidad, por una élite intelectualmente motivadora, tiende a convertirse en *Nación* y ésta en un *Estado* independiente¹⁸. Esta

¹⁸ El *principio de las nacionalidades* fue formulado por el internacionalista italiano Pascual Estanislao Mancini (1817-1877), a partir de un curso impartido en 1854 en la Universidad de Turín, sin embargo, su base intelectual se remonta al contractualismo político de la Ilustración y al independentismo unilateral norteamericano. Su aplicación práctica tuvo lugar durante el Romanticismo, proclive a exaltar las identidades culturales de los pueblos.

idea, aunque es susceptible de grados en su formulación¹⁹, cuestiona la existencia de Estados plurinacionales²⁰ y de naciones interestatales e incentiva la creación de Estados uninacionales²¹, así como del nacionalismo expansivo y excluyente.

De ahí que una ideología con pretensiones universalistas como el marxismo volviera a la soberanía *popular*, aunque también de forma excluyente, al reconducirla a la clase obrera²².

¹⁹ Según la densidad de su formulación por los colectivos identitarios correspondientes, y el grado de reconocimiento por los Estados afectados y por la comunidad internacional, puede adoptar diversas configuraciones: En el ámbito internacional, aparece como *derecho de autodeterminación de los pueblos* (reconocido internacionalmente -cfr. Resoluciones 1514, 1541 y 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y art. 1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966- para legitimar la independencia de colectivos colonizados u oprimidos, por el que éstos pueden decidir libremente su futura configuración estatal), si bien este derecho no puede ser reconocido a colectivos identitarios que no padezcan situaciones de colonización u opresión en el seno de los Estados democráticos en los que se encuentren. En el ámbito intraestatal, las configuraciones son más variadas, pues puede aparecer: i) como *derecho de autogobierno* (cuando es reconocido por las Constituciones estatales para que tales colectivos disfruten de una autonomía más o menos amplia, pero nunca de soberanía); ii) como *derecho de autodeterminación* (cuando no es reconocido por las Constituciones estatales, pero sí reivindicado y, eventualmente, conseguido por tales colectivos para, previa una reforma constitucional o un consentimiento estatal, decidir si desean continuar o no y, en su caso, en qué forma, en el seno de dicho Estado); iii) como *derecho a la independencia* (cuando, simultánea o posteriormente, al ejercicio del derecho de autodeterminación, el colectivo decidente se proclama -eventualmente incluso de forma unilateral- como un Estado distinto e independiente); iv) como *derecho a la secesión* (cuando dicha independencia se alega para separarse de un Estado preexistente y constituir o reconstruir uno distinto); v) como *derecho a la reunificación* (cuando se apela al mismo para reunir en un solo Estado nuevo o previo a un colectivo identitario hasta entonces repartido entre varios Estados preexistentes; y v) como *derecho a la rebelión* (si tal reconocimiento es arrancado mediante un levantamiento popular que puede ser violento).

²⁰ Napoleón lo utilizó como estrategia divisoria al realizar diversos referendos de autodeterminación en territorios conquistados, con el objeto de escindir el antiguo Imperio romano-germánico y crear Estados bonapartistas. También se alegó para independizar, de los Imperios español y portugués, los distintos Estados que surgieron en Hispanoamérica. En Europa y Oriente Medio, se adujo para independizar, del Imperio otomano, a Grecia y otros Estados; y luego para justificar la independencia de los diversos Estados que se desgajaron de los Imperios austro-húngaro y ruso.

²¹ Así, en su variante de *derecho a la reunificación*, el principio de las nacionalidades fue propugnado, primero, en Italia por los carbonarios para expandir la monarquía saboyana y absorber los Estados pontificios y demás Principados itálicos; y, más tarde, en Alemania, por los bismarkianos para expandir la monarquía prusiana y, a finales del s. XX, para, tras el fin de la guerra fría, reunificar las Alemaniás occidental y oriental. Aunque, en su variante *secesionista*, fue negado violentamente a los Estados sureños en la *Guerra de Secesión* norteamericana, más tarde fue asumido por los Presidentes Monroe (en 1823, para justificar la independencia de las colonias españolas en América) y W. Wilson (en 1918, para justificar la división de los Imperios otomano y austro-húngaro tras la Primera Guerra Mundial). También fue invocado para lograr la independencia de Irlanda. La idea fue combatida como separatista por los totalitarismos imperialistas (en Italia, España, Alemania, Japón y Rusia); pero resurgió tras la Segunda Guerra Mundial, como *derecho de autodeterminación de los pueblos* (para legitimar la independencia de la India y en general de todas las colonias y protectorados que Reino Unido, Holanda, Francia, Portugal y España conservaban en tierras asiáticas, africanas y oceánicas); y, tras la caída del bloque soviético, para justificar el recobro de la independencia por los Estados resurgidos de la extinta URSS (como Ucrania y los Estados bálticos, danubianos, caucásicos y balcánicos). Actualmente, sigue siendo invocado por los nacionalismos irredentos que pretenden legitimar escisiones en Estados con tensiones separatistas, como Rusia (casos de Chechenia, Osetia o Adjasia), Canadá (caso de Québec), Francia (caso de Normandía y Córcega), Dinamarca (caso de Groenlandia), Reino Unido (caso de Escocia, Gales o Irlanda del norte) o España (caso de Cataluña y País Vasco), entre otros.

²² Eso explica que un marxista como Ferdinand Lasalle, en su famosa obra *Qué es una Constitución* (1862), propugnara superar el concepto de Constitución meramente *formal*, como las vigentes en los Estados liberales, mediante una Constitución *material* expresiva de las exigencias de justicia social derivadas de la lucha de clases.

D) La democracia social inclusiva.

Posteriormente, la nefasta experiencia de los Estados nacionales que cayeron en el totalitarismo excluyente fascista (en Alemania, Italia, Japón y sus aliados, que condujo a la Segunda Guerra Mundial) o marxista (en Rusia, China y sus aliados, que produjo luego la Guerra fría), ha llevado a la moderna politología a propugnar a un tiempo la *deconstrucción* de los conceptos de *pueblo* y *nación* para fundar una democracia *inclusiva*, esto es, basada en la igualdad y demás derechos humanos (Habermas)²³ y a superar el estrecho marco del liberalismo mediante las políticas sociales progresivas que exigen las Constituciones más evolucionadas (Häberle)²⁴. Sobre estas premisas, está construida la idea, esencialmente integradora, de la Unión Europea y, por supuesto, de la Constitución española vigente de 1978²⁵. A esta construcción, puede coadyuvar el concepto de *potencia constituyente*.

4. La potencia constituyente.

A) Concepto.

Desde la perspectiva teórica, la concepción del Estado como grupo social facilita mucho la explicación del radical cambio histórico analizado sobre la determinación del origen del poder político del Estado, ya que, más que en conceptos imprecisos y de insospechadas consecuencias, como la divinidad, el pueblo o la nación, lo sitúa en la *potencia constituyente*, esto es, en la fuerza social generada por las personas que lo integran en cada momento y en cuya virtud éstas deciden, de forma pacífica o revolucionaria, crearlo, reformarlo o conservarlo e implantar en el mismo un orden social, político y jurídico acorde con tal decisión colectiva, cuyos valores fundamentales, organización institucional básica y pautas generales de funcionamiento se recogen en una norma suprema, denominada Constitución *formal* (si es documentada) o *material* (si es consuetudinaria).

²³ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*. Trotta, Madrid, 2008; y *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Paidós, Barcelona, 1999.

²⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, Méjico, 2016; y *Pluralismo y Constitución, ensayos de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013.

²⁵ En la Constitución española vigente de 1978, la *Nación* (con mayúscula) es el sujeto soberano (en el Preámbulo y en el art. 2), mientras que el *pueblo* es el titular del ejercicio de esa soberanía nacional, es decir, la encarnación del poder constituyente (en el art. 1); de suerte que nuestra Constitución maneja dos conceptos distintos: i) el jurídico-político de *Nación* (con mayúscula), como titular de la soberanía que es ejercitada por el *pueblo* en cuanto que poder constituyente; y ii) el meramente cultural de *nación* (con minúscula), que aparece en plural como *nacionalidades* en el art. 2, para reconocerles, junto a otros grupos territoriales, el derecho de autonomía, que no es soberanía, sino la potestad constitucional de autogobernarse formando las Comunidades Autónomas que se constituyan en la forma y con el ámbito organizativo, funcional y competencial constitucionalmente previsto al efecto. Cfr. en este mismo sentido, los comentarios a los arts. 1 y 2 CE, de Manuel Aragón Reyes y Francesc de Carreras, respectivamente, en VVAA, MUÑOZ MACHADO, Santiago (coord.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Ed. Crítica, Madrid, 2018.

B) Naturaleza.

La *potencia constituyente* es, en suma, la pura fuerza social por la que la población integrante del grupo estatal decide fundarlo, modificarlo o mantenerlo. No se trata, pues, como los conceptos de *pueblo* o *nación*, de una construcción teórica perteneciente al ámbito de la *inteligencia* colectiva que se dirija a obtener un resultado práctico consistente en fundar, reformar o mantener el Estado; sino de una verdadera *decisión*, perteneciente al ámbito de la *voluntad* colectiva de la población, por la que, efectiva y realmente, se crea, modifica o conserva, en la práctica, el grupo estatal.

Al ser una especie del género *poder*, la *potencia constituyente* tiene también naturaleza *fáctica* y, al generar el *Estado*, en cuyo seno surge en ordenamiento jurídico, presenta asimismo una naturaleza, a la vez, *pre-política* y *pre-jurídica*.

Esta doble constatación ha creado no poco desasosiego en la Filosofía jurídico-política, en cuanto que, si dicha *potencia* es la que constituye al Estado como grupo social en cuyo seno surge el ordenamiento jurídico, ello significa que tanto el Estado como el Derecho tienen un fundamento fáctico o sociológico y no jurídico o moral, lo que conduce a diversas e importantes consecuencias teóricas, como, entre otras: i) que la única verdadera y última “fuente del Derecho” no es “formal” (como lo es la ley, la costumbre o los principios jurídicos generales), sino “material”, ya que estriba en la fuerza social que crea al Estado y da vigor a las disposiciones que integran su ordenamiento jurídico; y ii) que, por tanto, no es posible una “teoría pura” del Derecho que, como quiso Kelsen, explique apriorísticamente al mismo, entendiéndolo estructurado como una pirámide normativa en cuya cúspide se encuentra una norma hipotética que opera, a modo del imperativo categórico kantiano, ordenando la obediencia general a las normas jurídicas.

Pero tal desasosiego parece infundado. Es cierto que la *potencia constituyente* (como ya hemos observado antes con respecto al concepto genérico del *poder*, del que sólo es una especie) es una realidad fáctica, pre-política y pre-jurídica, ya que crea al Estado como grupo social en cuyo seno surge el ordenamiento jurídico. Pero eso no significa que no pueda ser jurídicamente explicada. En efecto, esa decisión fundacional del Estado tiene, desde la perspectiva jurídica, una naturaleza *convencional*, en cuanto que es fruto de una convención (a la que Rousseau denominó “contrato social”), pero que no pertenece al tipo contractual denominado “de oposición” (*vertrag*), sino al “de convergencia” (*vereinbarung*), de intereses, pues consiste en un acuerdo de voluntades confluyentes en la finalidad creacional del Estado, como es coherente con la naturaleza comunitaria de éste.

Desde luego, esa convención o “contrato social” que origina al Estado no es como los que se firman ante notario en el marco de un ordenamiento jurídico pre-existente que los regula; ya que la decisión social que supone es *colectiva* (grupala), *nativa* (esto es, por un lado, pre-política, pues origina el Estado; y, por otro, pre-jurídica,

pues origina el Derecho estatal) y puede adoptarse: i) mediante una actuación *expresa* e instantánea, que Schmitt denominó *momento constituyente*²⁶, la cual puede ser *organizada* (como sucede cuando se materializa en un plebiscito con serias garantías) o *inorganizada* (como sucede cuando se traduce en la aceptación social de una revolución, de un golpe de Estado o de un plebiscito informal); o bien ii) mediante una actitud *tácita* y duradera, como sucede cuando la población consiente la acción cotidiana de gobierno (lo que Renan denominó *plebiscito diario*)²⁷.

En todo caso, dicha *decisión* puede ser calificada como *constituyente*, puesto que, por un lado, “constituye” al grupo estatal, dotándole: de *existencia* (paso del *no-ser* al *ser* mediante la aportación de la fuerza necesaria para ello); de *conformación* (en el sentido de dotarlo tanto de valores y principios de actuación como de instituciones de funcionamiento); y de *permanencia* (en el sentido de voluntad de existencia continuada en el tiempo); y, por otro lado, “instaura” una Constitución que (material o formalmente, esto es, mediante la suscripción expresa de un documento jurídico escrito o mediante la fijación tácita y consuetudinaria de las pautas de conducta de las instituciones políticas creadas) recoge dicha decisión, proclama dicha existencia, ordena dicha conformación y posibilita dicha permanencia del grupo estatal.

Finalmente, es de resaltar que, si la *potencia constituyente* se ejerciera por un grupo social sobre un ámbito espacial en que antes ningún otro grupo la había ejercido y en el que constituyera un nuevo Estado en cuyo seno se engendrara, también *ex novo*, un ordenamiento jurídico, tal ejercicio revestiría un aspecto naciente y creacional prototípico de un idílico *estado de naturaleza* primitivo donde sólo existirían las formas originarias de adquisición, legitimadas por el Derecho natural, como la ocupación de las *res nullius*.

Pero las cosas no son ordinariamente así. Los territorios suelen estar previamente ocupados por grupos sociales que anteriormente han ejercitado sobre ellos su propia *potencia constituyente*²⁸ y entonces, el nuevo grupo emergente que pretende ejercer la suya puede

²⁶ El longevo y prolífico constitucionalista alemán SCHMITT, Carl (1888-1985), desarrolló sus ideas básicamente en dos obras traducidas al español: *La Teoría de la Constitución* (1934, consultada en la ed. de Alianza, 2011) y la *Teoría del partisano* (1963, consultada en la ed. de Trotta, 2013). Sus convicciones politológicas (doctrina de la fuerza de voluntad) y polemológicas (doctrina del antagonismo amigo-enemigo) le llevaron a indagar el origen del Estado sobre bases no liberal-contractualistas, sino totalitarias, a partir de la decisión política (adoptada por una élite concienciada, seguida luego por una mayoría) de fundar un nuevo orden político y jurídico. Sus ideas han influido en España en juriconsultos realistas como D’ORS, Álvaro (cfr. *La violencia y el orden*, consultado en la ed. de Dyrsa, Madrid, 1987) e imperativistas, como ZAFRA VALVERDE, José (cfr. *El Derecho como fuerza social*, consultado en la ed. de Eunsa, Pamplona, 2001).

²⁷ El politólogo francés Ernest Renan (1823-1892), en el marco de la preocupación de sus contemporáneos por estatuto internacional de Alsacia y Lorena, expuso esta idea en su obra de 1882 *¿Qué es una nación?*, que puede consultarse en castellano en la ed. de A. de Blas Guerrero. Madrid, Alianza Editorial, 1987, págs. 85-86.

²⁸ Así se puso de manifiesto en el s. XVI cuando la Monarquía hispánica pretendió legitimar, mediante *justos títulos* de Derecho natural, la ocupación de las tierras americanas descubiertas, pese a la existencia en ellas de colectividades indígenas políticamente organizadas. También se ha planteado esta cuestión en el moderno Derecho internacional público con respecto a las pretensiones de ocupación de los espacios antárticos y extraterrestres.

encontrarse con la oposición del pre-existente, sobre todo si éste estaba internacionalmente reconocido; de suerte que, salvo un arreglo convencional, se expone a que el ejercicio de la *potencia constituyente* que dicho grupo emergente reputa naturalmente legítima, sea considerada como antijurídica e incluso punible por el grupo pre-existente²⁹.

C) Origen histórico.

La idea del origen convencional de esta *decisión* se remonta a los pensadores protestantes en su afán por justificar la independencia política y religiosa de los nuevos Estados escindidos de la católica Monarquía hispánica. En efecto, apuntada, en Holanda, por Althusio³⁰, fue importada a Inglaterra por Hobbes³¹, Locke³² y Hume³³ y

²⁹ En el reciente proceso independentista de Cataluña, la *potencia constituyente* ha sido interpretada por los separatistas como ejercicio de un supraconstitucional derecho humano a la autodeterminación y eventual secesión que correspondería al *pueblo* (en sentido nacional) catalán; y, por ello, calificada como esencialmente legítima (conforme al Derecho natural racionalista) y democrática (acorde con los postulados democráticos de las revoluciones clásicas), al situarse en la perspectiva fundacional de un nuevo Estado, esto es, como *poder constituyente*. Pero es obvio que, desde la perspectiva del Estado español, democráticamente constituido, internacionalmente reconocido y en cuyo territorio y población se engloba Cataluña, tal proceso es considerado un movimiento rebelde o sedicioso de resistencia y desobediencia punible, en cuanto que, sin existir en Cataluña una situación colonial previa que justifique el ejercicio del derecho, internacionalmente reconocido, a la autodeterminación de los pueblos, el referido proceso sólo puede admitirse como ejercicio de un *poder de reforma constitucional*, el cual sólo puede ejercerse legítimamente por el procedimiento constitucionalmente establecido al efecto que, obviamente, requiere la aprobación de todo el pueblo español y no sólo de una parte del mismo, como es Cataluña, a la que no puede reconocerse el derecho a decidir unilateralmente sobre la unidad estatal que afecta a todos los españoles. Tal es el sentido de las distintas Sentencias dictadas por los Tribunales Constitucional y Supremo al respecto. Un buen resumen del *status quaestionis* en el núm. de octubre-noviembre de 2017, de la revista *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, monográfico sobre el tema *¿Cataluña independiente?*, en el que participan los más reconocidos constitucionalistas españoles.

³⁰ Para justificar la unión y rebelión de las provincias holandesas contra la Monarquía hispánica, el filósofo calvinista Johannes Althusio (1557-1638) publicó, en 1603, su obra *Politica methodicae digesta* (La política metódicamente concebida) donde apunta a una visión contractualista y federalista de la soberanía popular.

³¹ En el marco de la *Guerra civil inglesa* (1642-1651), el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679), en su *Leviathan* (1651), partiendo del pesimismo antropológico (que sostiene que, por naturaleza, el hombre es, como señaló Plauto, “lobo para el hombre” (*homo homini lupus*); lo que conduce a una lucha de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), trata de justificar el absolutismo regio, entonces encarnado por Carlos II, presentándolo como necesario para imponer la paz y el orden social y concebir la soberanía (del monarca, que era entonces “el soberano” por antonomasia) como un poder estatal supremo procedente de un acuerdo de voluntades entre todos los súbditos para someterse al mismo y evitar así un estado de barbarie.

³² John Locke (1632-1704), en el contexto de la *Revolución inglesa* de 1688, publicó (no antes, sino una vez triunfante ésta) sus tres cruciales *Ensayos: Sobre el gobierno civil, Sobre la tolerancia y Sobre el Entendimiento humano*, en los que, partiendo del *estado de naturaleza* del hombre, regido por el Derecho natural racionalista, afirma, como derechos humanos esenciales: el *derecho de resistencia* a la tiranía, el *derecho a la revolución* para revocarla y el *derecho a instaurar contractualmente la sociedad civil* (para lograr, mediante un *contrato de unión* con otros, lo que no se puede conseguir solo) y la *sociedad política* (para conferir a otros, mediante un *contrato de sujeción*, la soberanía necesaria al efecto), de suerte que, de estos contratos resulte un *poder Legislativo*, asumido por el Parlamento (representativo de la soberanía), que controla al *poder Ejecutivo* (representado por el monarca), pero siempre respetando los derechos humanos de propiedad y libertad de los que emana esa soberanía. De esta forma, legitimaba el golpe de estado parlamentario que había instaurado en el trono a Guillermo III de Orange y sentaba las bases teóricas de una monarquía, moderada por el predominio del Parlamento (como verdadero “soberano”), que, desde entonces, caracteriza al modelo británico.

³³ David Hume (1711-1776) en tres investigaciones fundamentales: *Sobre la Moral y la Política* (1741-1742),

formulada definitivamente en Francia por Rousseau, en su obra *El contrato social*³⁴. El contractualismo político se convirtió así en un dogma para la independencia de los Estados Unidos³⁵, para la Revolución francesa por influjo de Siéyès³⁶, y, desde entonces, para la explicación del constitucionalismo democrático³⁷.

D) La potencia constituyente originaria y derivada.

La *potencia constituyente*, en cuanto que es una especie del género *poder*, es esencialmente *derivativa* pues, en efecto, deriva del propio grupo social que ostenta y ejercita la fuerza social en que consiste; pero, paradójicamente, se la califica como

Sobre el entendimiento humano (1748), y *Sobre los principios de la Moral* (1751), aportó (cuando el modelo de monarquía parlamentaria inglesa ya estaba consolidado con Jorge II, de la dinastía Hannover) un importante apoyo filosófico a las nuevas ideas, partiendo de una gnoseología empirista (todo conocimiento deriva de la percepción sensorial) que conduce a negar cualquier explicación metafísica de la causalidad, de la moralidad y de la sociedad, cuyos fundamentos reconduce a la mera utilidad, asentado así la soberanía en una convención social utilitaria. Hume coincidiría con Rousseau en París en 1765.

³⁴ Jean Jacques Rousseau (1712-1778), en el marco de la Ilustración pre-revolucionaria francesa, desarrolló las ideas de los pensadores precedentes en dos obras esenciales publicadas en 1769: *El Emilio* y *El contrato social*, en las que, partiendo de una antropología iusnaturalista (que concibe al hombre como ser originariamente bueno y libre), concluye en una visión contractualista de la sociedad (a la que concibe como fruto de un contrato entre hombres buenos y libres por el que éstos *ceden* parte de sus libertades para conformar un poder colectivo soberano que posibilite la convivencia pacífica, pero se *reservan* su dignidad esencial y los derechos humanos inherentes a la misma, los cuales, al ser inalienables, deben ser reconocidos y respetados por el poder público). Esta explicación fundamental de la soberanía (que ya no reside en el monarca, sino en el pueblo) y de los derechos humanos forma parte hoy en día de la base misma de la democracia.

³⁵ Con el precedente del inglés *Bill of rights* de 1689 (impuesto, por el Parlamento, a Guillermo III de Orange, para elegirlo como sucesor de Jacobo II), y una clara influencia de Locke y Rousseau, la *Declaración de derechos de Virginia* (12 de junio de 1776) es reputada la primera del mundo e influyó en la *Declaración de independencia* (4 de julio de 1776) y en las Constituciones de *Massachussets* (1780) y de los *Estados Unidos* (1787), cuyas 10 primeras enmiendas (1791) conformaron una verdadera *Carta de derechos fundamentales*. Recordemos que, con tales precedentes, la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789, es decir, antes que la primera Constitución (monárquica) francesa de 1791, para así demostrar que los derechos humanos son anteriores al Estado y a la Constitución de éste pues, al derivar de la naturaleza humana, deben ser reconocidos por el Estado y por la Constitución con la que el pueblo lo conforme. También la *Declaración universal de los derechos humanos* aprobada por la ONU en 1948 tiene un carácter global, esto es, *pre, extra y supra* estatal.

³⁶ Emmanuel-Joseph Siéyès (1748-1836) llevó a la práctica revolucionaria francesa las ideas de los pensadores precedentes y, cuando Luis XVI se vio forzado (1788) a convocar los *Estados Generales* (Parlamento estamental francés, integrado por los nobles, los eclesiásticos y el pueblo o *tercer estado*), explicó su significado a los representantes del *estado llano*, en su famoso opúsculo de 1789 *Que'est-ce que le tiers état?*, cifrándolo en encarnar la soberanía [en la presentación, el autor confiesa su designio revolucionario: “*el plan de este escrito es muy simple. Nos planteamos tres preguntas: 1º ¿qué es el estado llano? Todo. 2º ¿qué ha sido hasta el presente en el orden político? Nada. 3º ¿qué pide? Llegar a ser algo*”], lo que les indujo a abandonar los *Estados Generales* para formar una revolucionaria *Asamblea Nacional* que, tras el *Juramento del juego de la pelota*, y siguiendo el ejemplo norteamericano, se declaró constituyente y aprobó la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (26 de agosto de 1789) y una Constitución (3 de septiembre de 1791).

³⁷ Cfr. VILLAROEL LEIVA, E, *Los contractualistas, de Descartes a Rawls*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

originaria en cuanto que -sin más antecedente que el propio grupo que la genera-, origina y crea un nuevo Estado que antes no existía, aunque, para ello, haya que extinguir o reducir otro.

La razón de tal aparente paradoja estriba en que se la califica de *originaria* no para negar que derive de una realidad anterior (cual es el grupo social que la genera) ni para afirmar la obviedad de su eficacia creadora del Estado, sino para distinguirla de la potencia constituyente *derivada*, que es denominada, con más precisión, *poder constituyente*. Este planteamiento exige abordar la cuestión de la tipología del poder político estatal.

V. TIPOLOGÍA DEL PODER POLÍTICO ESTATAL.

1. El poder constituyente y los poderes constituidos

Una vez que ha logrado su finalidad propia, cual es crear un Estado con su propia Constitución, la *potencia constituyente* se juridifica³⁸ y entonces, esto es, *a posteriori*, puede ser denominada *poder constituyente*, para diferenciarlo de los complejos orgánicos y funcionales creados en dicha Constitución para la organización y funcionamiento del nuevo Estado, los cuales, por eso, son llamados *poderes constituidos*, como son, principalmente, el *legislativo*, *ejecutivo* y *judicial*. Estos últimos, es decir, los *poderes constituidos*, son los afectados por la *doctrina de la división de poderes* que nos ocupa.

A tal efecto, conviene aclarar que la *potencia constituyente* aparece como un poder *unitario*, esto es, indiviso, ya que, al ser fundacional del Estado y de la Constitución estatal, es previa a toda división de los *poderes constituidos*, frente a los cuales se presenta como una manifestación genética anterior, bajo la expresada investidura de *poder constituyente*.

Pero eso no justifica el subterfugio (que suelen emplear las ideologías autocráticas o populistas) consistente en apelar a dicho *poder constituyente* para atribuirlo a un único órgano (uni o pluripersonal) destinado a adoptar medidas que menoscaben la

³⁸ La *juridificación* de la *potencia constituyente* se plasma en los que Kelsen, muy influido aquí por el apriorismo kantiano, denominó *norma hipotética* o *fundamental* que había que suponer colocada en el vértice mismo de la pirámide normativa que, encabezada por la Constitución, explica la construcción jerárquica del ordenamiento jurídico. Esta *grund-norm* podía ser quinta-esenciada en la orden imperativa “*cúmplase la Constitución*” y resulta más fácil de entender si, en vez de como un supuesto hipotético *a priori*, se la entiende como fruto de la convención social constituyente del Estado. Hans Kelsen explicó estas ideas en sus cruciales obras *Teoría General del Estado* (1925) y *Teoría General del Derecho* (1934, reelaborada en 1960), objeto de múltiples ediciones posteriores.

división de los poderes constituidos o a implantar una dictatorial “unidad de poder y coordinación de funciones”; ya que la unicidad de la *potencia constituyente*, que se mantiene también cuando se presenta como *poder constituyente*, es sólo originaria y efímera, puesto que se distribuye -luego, pero de forma instantánea, al aprobarse y entrar en vigor la Constitución-, entre las distintas funciones y poderes *constituidos*, esto es, establecidos por la Constitución que de dicha potencia deriva. En otras palabras, el *poder constituyente* es único, pero también *limitado* en cuanto que se limita a aprobar la Constitución y establecer, en ella, los *poderes constituidos*, sin poder reformarlos ya que, como enseguida veremos, el *poder de reforma constitucional* no es propiamente *constituyente* sino *constituido*, en cuanto que está previsto constitucionalmente y sólo puede ser ejercitado en la forma constitucionalmente prevista.

2. Los poderes constitucionales de emergencia.

Es de resaltar que los *poderes constituidos* pueden haber sido previstos para *situaciones de normalidad* (como el *legislativo*, el *ejecutivo* o el *judicial*), pero también *de emergencia* (como son los poderes establecidos para estados de *sitio*, *alarma*, *excepción*, *guerra* u otras situaciones semejantes que, bajo diversas denominaciones, admite el Derecho constitucional comparado). La *división de poderes* se aprecia más claramente en las situaciones de *normalidad* y puede atenuarse en las de *excepcionalidad* cuando, con mayor o menor intensidad, se impone una cierta reconducción a la unidad indivisa del poder que es propia de los momentos constituyentes, sobre todo cuando la excepcionalidad no obedece a catástrofes naturales o a guerras exteriores, sino a convulsiones internas de carácter político o social ³⁹.

Las cláusulas constitucionales previstas en los Estados compuestos para que el Estado central (*Oberstaat*) adopte medidas excepcionales de control de las instancias territoriales (*Gliedstaat*) cuando éstas se comporten de modo que afecte a la estabilidad del orden constitucional, como sucede con el art. 155 de nuestra Constitución, también pueden ser entendidas bajo el amparo de estos *poderes constituidos* para situaciones de emergencia.

En todo caso, no debe olvidarse que también estos *poderes de emergencia* son *limitados* en cuanto que sólo pueden ser empleados en los casos, formas y para los fines constitucionalmente previstos, y no deben tener más amplitud y duración que la precisa para resolver la situación de emergencia que los justifica.

³⁹ Es paradigmático el precedente de la institución romana de la *dictadura* en que, mediante una decisión extrema del Senado (*senatus consultum ultimum*) podía entregarse el poder supremo de la República a un único magistrado temporal al que se investía del *imperium* (pleno poder de tipo militar) preciso para restablecer el orden alterado. En rigor, se trataba de una institución constitucional de *ius singulare* requerida por el principio *salus populi suprema lex esto* que recogiera Cicerón (*De Legibus*, 3, 3, 8).

3. El poder de reforma constitucional.

Un caso especial representa la *potencia constituyente* cuando no tiene por objeto crear un Estado y dotar al mismo de una Constitución, sino simplemente reformar, más o menos ampliamente, la Constitución de un Estado pre-existente, observando y siguiendo para ello los cauces de reforma previstos en esa misma Constitución, porque entonces no debe hablarse, en rigor, del ejercicio de un poder constituyente *originario* sino *derivativo* o, más precisamente, de un tipo especial de *poder constituido* (y por ello no pre-jurídico, sino plenamente previsto por el ordenamiento jurídico y, más en concreto, por la Constitución) denominado *poder de reforma constitucional*.

En tal caso, la decisión del *poder constituyente* suele manifestarse mediante un expreso acto de aprobación formal de la reforma (referéndum, acuerdo parlamentario), tras un procedimiento constitucionalmente previsto al efecto; aunque también existen formas tácitas de reformar la Constitución, como las que se producen mediante interpretaciones jurisprudenciales novedosas o mutaciones constitucionales determinadas por una nueva forma de aplicar preceptos de la Constitución o una alteración de las pautas de comportamiento de las instituciones.

El poder (*constituido*) *de reforma* es precisamente la vía constitucionalmente prevista para encauzar cambios constitucionales sin recurrir al imprevisible renacimiento y ejercicio del *poder constituyente originario*, de suerte que la Constitución pueda ser modificada o incluso sustituida por una nueva mediante un procedimiento de transición ordenado que evite una ruptura drástica o violenta con el orden anterior⁴⁰.

Este *poder (constituido) de reforma constitucional* es también limitado, no sólo por su objeto o finalidad, sino también por el procedimiento constitucionalmente previsto para su ejercicio, cuyos trámites pueden ser más o menos exigentes según el objeto de la reforma afecte al núcleo decisorio o fundamental de la Constitución (el que identifica la formación y persistencia de los elementos constitutivos del Estado, así como el diseño de las formas de Estado, de gobierno y de régimen político) o a otros preceptos constitucionales.

⁴⁰ Precisamente, el éxito de la Transición política a la democracia en España post-franquista radicó en el consenso constitucional para hacerla mediante una *reforma* radical de las siete Leyes Fundamentales del régimen anterior, siguiendo los procedimientos de reforma previstos en ellas, en vez de mediante una revolucionaria *ruptura* con el orden jurídico precedente. El punto de inflexión de esta opción fue la aprobación de una octava Ley fundamental 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política que, en palabras de LUCAS VERDÚ, Pablo, *La octava Ley Fundamental*. Madrid, Ed. Tecnos, 1976, sometió a voladura controlada todo el edificio constitucional del franquismo.

4. El poder de interpretación constitucional.

La Constitución, especialmente cuando se ha plasmado en textos formalizados, es, como toda norma jurídica, susceptible de interpretación por todos los operadores jurídicos llamados a aplicarla y, en especial, por los órganos judiciales capaces de sentar jurisprudencia al resolver casos que consistan en conflictos entre órganos constitucionales o que impliquen resolver un control de constitucionalidad sobre normas jurídicas con rango inferior a la Constitución.

Pero el concepto estricto de *poder (constituido) de interpretación constitucional* no se refiere al que se deriva de ese control difuso o diseminado de constitucionalidad que compete a los aplicadores jurídicos, sino al que la propia Constitución atribuye, de forma concentrada, a un único órgano, cuya función, como propuso Kelsen, consiste precisamente en interpretar dicha Constitución con carácter supremo y vinculante, como es nuestro Tribunal Constitucional, el cual, sin formar parte del *Poder Judicial*, está llamado a resolver los distintos procesos constitucionales que le competen, sin más vinculación que a la propia Constitución de la cual es, por ello, intérprete supremo.

5. El poder de conservación constitucional.

También peculiar es la forma que la *potencia constituyente* adopta cuando se presenta como voluntad colectiva (*vis resistiva*) de no reformar la Constitución y mantener inalterado el mismo orden social, político y jurídico. Podemos denominarla entonces *poder de conservación constitucional*, teniendo en cuenta que el mismo puede manifestarse de forma tácita, como sucede en el caso del “plebiscito cotidiano” a que se refería Renan, cuya dimensión constituyente se mide negativamente en la medida en que el titular de la *potencia constituyente* no provoca un levantamiento revolucionario o golpista o no promueve una reforma ordenada de la Constitución, sino que acepta pacíficamente la acción política de los dirigentes. Pero también puede aparecer en forma expresa y organizada, por ejemplo, apoyando o realizando campañas, plebiscitos o referendos para rechazar las reformas ⁴¹.

Ahora bien, este *poder de conservación* es previo a la reforma puesto que trata de impedirlo; por lo que no debe ser confundido con el empleo individual o colectivo de otros medios de oposición a una reforma que ya se ha producido o a una legislación que está vigente, los cuales, a su vez, pueden ser reconocidos, más o menos ampliamente, por el ordenamiento jurídico (como son los *derechos de petición, reclamación o recurso* contra

⁴¹ El pueblo inglés es peculiarmente proclive a estas posturas conservadoras, como se ha comprobado con el reciente referéndum de rechazo a la UE (*brexít*), celebrado el 23 de junio de 2016; cuyo precedente medieval se encuentra en la intransigente declaración, efectuada en 1236 por el Parlamento de Merton, “*nolumus leges Angliae mutari*” (no queremos que cambien las leyes inglesas), ante la pretensión de Enrique III de implantar la legitimación canónica de la prole ilegítima.

la misma o sus actos de aplicación e incluso, en algunos supuestos concretos, el derecho de *objección de conciencia* y de *resistencia a órdenes ilegales*); o prohibidos por el mismo (como los actos llamados de *desobediencia civil*), aunque puedan estar legitimados por otros órdenes normativos, como la moral social o el Derecho natural.

6. El poder de relación internacional.

Locke señaló, entre los *poderes constituidos*, uno especial al que denominó *poder federativo*, no pensando en una posible forma federal del Estado, sino en una de las manifestaciones más claras de la soberanía estatal cual es la potestad de declarar la guerra, llevarla a cabo con las propias fuerzas armadas y mantener una diplomacia capaz de negociar y firmar tratados (*foedera*) de paz.

En realidad, el *ius belli ac pacis* (potestad de declarar la guerra y la paz), el *ius conventionis* (potestad de ratificar tratados internacionales o *treaty making power*) y el *ius legationis* (potestad de mantener relaciones diplomáticas) son meras manifestaciones de la personalidad jurídica que la comunidad internacional reconoce al Estado para establecer relaciones internacionales de conflicto o cooperación con otros Estados u Organizaciones internacionales.

En este tipo de relaciones, el Estado se presenta como global (*Gesamstaat*), relegando la *división de poderes* al ámbito interno, si bien es en éste último ámbito en el que, constitucionalmente, pero con relevancia exterior, se fijan los órganos (parlamentarios o ejecutivos) competentes para el ejercicio de las mencionadas potestades (declarar la guerra, aprobar tratados, acreditar diplomáticos).

Al fundarse en la personalidad internacional del Estado, las relaciones internacionales favorecen la concepción teórica del mismo más como sujeto que como grupo social, pero su verdadero carácter grupal aflora en cuanto que tales relaciones exteriores revelan la actuación de un poder soberano, el cual justifica que las altas partes que intervienen en ellas sean denominadas “potencias” (beligerantes, contratantes).

VI. LA DINÁMICA DEL PODER ESTATAL: LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PODER.

Expuesto el concepto, naturaleza, origen y titularidad, es decir, la estructura *estática* del *poder político*, es preciso reflexionar sobre su *dinámica* o funcionamiento, esto es, sobre la manera en que ese *poder político* es asumido y ejercitado por el Estado, entendido como grupo social.

En coherencia con la explicación contractualista del poder político, tal dinámica obedece a un ritmo bilateral (casi podríamos decir sinalagmático) de *oferta-aceptación y devolución-recepción* de fuerza social. En efecto, en la concepción del Estado como grupo social, el poder político consiste en una fuerza social que es *aportada* por la población estatal y es *aceptada* por la organización del Estado, no para el propio beneficio de sus titulares, sino para *devolverla* a la población que la *recibe* en forma de actuaciones políticas de conservación (diplomacia, hacienda, defensa, seguridad, justicia y mantenimiento del orden público en sus diversos ámbitos) y provisión (educación, sanidad, obras y servicios públicos y sociales).

El mecanismo deviene disfuncional cuando la organización estatal *recibe* de la población la fuerza social en que el *poder político* consiste, pero no se la *devuelve* en forma de bienes y servicios públicos susceptibles de satisfacer las necesidades sociales, sino que se la *reserva* en su propio beneficio, esto es, en el personal de los dirigentes que la encarnan.

Esta *corrupción* de la dinámica natural del poder político no es nueva; es más, puede afectar y, de hecho, ha afectado a todas las manifestaciones humanas del poder y es conocida como *abuso del poder*.

Es mérito de Montesquieu (1689-1755) el haber formulado, a propósito del *poder político*, los axiomas básicos en esta materia, que podemos sistematizar en las siguientes afirmaciones, que conforman la que se ha denominado *doctrina clásica sobre el abuso del poder*: el poder tiende a la totalidad, por tanto, hay que limitarlo, ya que en ello nos jugamos nada menos que la libertad. Así lo expresa en el famoso pasaje de *El Espíritu de las Leyes*, Libro 11, Capítulo 6, escrito en 1748, que es tenido también como el acta fundacional de la doctrina de la *división de poderes*:

*“Es una experiencia eterna que **todo hombre que tiene poder se ve llevado a abusar del mismo**: va hacia adelante hasta que tropieza con **límites**; por ello, para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el **poder detenga al poder**; porque, si el poder es ilimitado, su arbitrariedad es total y la **libertad del hombre, mínima**”.*

Sin duda, se trata de un texto básico de la democracia, ya que expresa una trilogía esencial de conceptos concatenados que la fundamentan: i) el poder tiende a ser *absoluto*; ii) el poder tiene que ser *limitado*; iii) la *libertad* depende de la limitación del poder.

El primer concepto es una máxima de experiencia consistente en observar que quien detenta la capacidad de influir en la que el poder consiste tiende a incrementarla para ampliar el ámbito e intensidad de su influencia. Sólo la Ética puede imponer una auto-contención (*self-restraint*); pero la convivencia no puede fundamentarse en la esperanza de

que los poderosos se comporten con moralidad (“*como ángeles*”, decía Madison en el núm. 51 de *El Federalista*), máxime cuando, en el ambiente filosófico de la Ilustración en el que escribía Montesquieu, se debatía si el hombre era bueno o malo por naturaleza.

La idea de *límite*, en la que vengo insistiendo, se convierte así en esencial para el concepto del *poder*. Éste es insoportable si deviene absoluto y, para evitarlo, es forzoso limitarlo. Los medios de limitación del poder son diversos, pero, referido al poder humano, el principal es el *Derecho*, esto es, la *juridificación* o sometimiento del *poder* (sobre todo del poder *público* y más específicamente, del poder *político*) al Derecho, para convertirlo así en un poder *jurídico*, esto es *limitado* por las normas jurídicas; ya que, como también he adelantado, resulta inherente al concepto mismo de Derecho la idea de límites ⁴².

Entre esos límites, destacan los que proporciona el Derecho constitucional, esto es, el que regula la organización del Estado y el ejercicio de su poder (*político*). Y aquí surge la idea de la *división de poderes* que, como enunciaba al comienzo, consiste en distinguir las diferentes *funciones* atribuidas al poder político estatal para atribuir las a complejos orgánicos distintos que se contrapesen entre sí, de suerte que ninguno predomine sobre los demás y quede, así, preservada la libertad y demás derechos humanos.

Esos *complejos orgánicos* a los que se atribuyen las distintas *funciones* propias del *poder político* estatal son los llamados *Poderes del Estado* de cuya división trata la doctrina que nos ocupa. Conviene, pues, que fijemos también estas nociones.

VII. LAS FUNCIONES DEL ESTADO.

1. Los conceptos sistémicos de *función* y *finalidad*.

La metodología para el estudio de las Ciencias Sociales que denominamos *Sistemología estructural* o *Teoría General de Sistemas* trata de entender esa inmensa alteridad que denominamos *el mundo* como un gran conjunto ordenado de *sistemas*, es decir, de unidades de intelección coherentes, integradas por diversas estructuras que las componen y que las relacionan con las pertenecientes a otros sistemas circundantes.

⁴² Las técnicas jurídicas para la limitación del poder abusivo son muy variadas (así, por ejemplo, en Derecho privado, es bien conocida la doctrina del *abuso del derecho*; y, en Derecho Administrativo, los mecanismos de control de la arbitrariedad mediante la *desviación de poder*, la *via de hecho* o la revisión de los *conceptos jurídicos indeterminados* y, en general, de las *potestades discrecionales*) y, en su conjunto, conforman sendos capítulos de lo que Rudolf von Ihering denominó *la lucha por el Derecho* y Eduardo García de Enterría, la *lucha contra las inmunidades de poder* (tal es el título de sendas obras esenciales de ambos autores, que han sido publicadas, en la accesible serie *Cuadernos*, por Ed. Civitas en Madrid, 1985 y 1983, respectivamente).

Pues bien, al igual que los de *poder* y *Estado*, también el concepto de *función* es sistémico, en el sentido de que sólo puede ser comprendido en el seno del sistema a cuyo funcionamiento pertenece. Por eso, podemos afirmar que *función* es toda actividad o conjunto de actividades que las estructuras que componen un sistema o los elementos que las integran han de realizar para conseguir la finalidad pretendida por el sistema al que pertenecen, en el marco de los demás con los que se relaciona.

La finalidad del sistema polariza, pues, sus *funciones* en cuanto que éstas se dirigen a conseguirla. Por eso, para determinar las *funciones* de un sistema (su funcionalidad), es preciso fijar antes los *fines* que éste pretende lograr (su teleología).

Repárese a estos efectos en que el fin de cada sistema no es un objetivo arbitrario sino que (como intuyó Aristóteles desde las primeras frases de su *Ética a Nicomáco*: *panta tinos agazou efieszai dokei*, todo parece encaminarse hacia un fin, que es su bien), ese fin viene determinado por la naturaleza ontológica de ese mismo sistema y, por tanto, constituye su bien teleológico, es decir, la plena realización de su esencia o razón de ser.

En el ámbito jurídico, el concepto de *función* forma parte de la Teoría general del Derecho, pues, aunque ahora sólo nos van a ocupar las *funciones estatales* (cuestión de Derecho público constitucional), también aparece en otros ámbitos, como es el caso, por ejemplo, de la *patria potestad* de los progenitores sobre su prole (cuestión de Derecho privado familiar); si bien, en todos los casos, tiene un sesgo finalista (en rigor, sistémico), ya que la *función* sólo se justifica en la medida en que se encamina a lograr un fin que consiste en el bien (público o privado) que debe ser alcanzado o preservado por dicho sistema (por ejemplo, la seguridad ciudadana o la protección de los intereses del menor o tutelado).

2. Los *fines* del Estado como determinantes de sus *funciones*.

Aplicando esta teoría sistemológica al Estado, es obvio que el sistema (unidad de intelección coherente) en que este consiste (y que viene determinada por su naturaleza de grupo social organizado de carácter superior a los demás que en el mismo se integran) tiene como fin primordial (que es su bien en sentido filosófico-sistémico) subsistir y mantenerse para detectar las necesidades públicas exigidas por el interés general de la población que lo compone; y, recibiendo, asumiendo y organizando la fuerza social prestada por ésta a tal efecto, proceder a colmarlas o subvenir las, en la medida de lo posible, devolviendo aquella fuerza, a la población que la aportó, mediante la provisión de obras, bienes y servicios públicos.

De forma compendiosa, podemos resumir, pues, los *finés* del Estado en la *conservación* del grupo social en que consiste (mediante una eficaz diplomacia, milicia, policía, judicatura y hacienda) y en la *promoción* del mismo (mediante una eficiente organización y prestación de obras y servicios públicos y sociales de todo tipo, según las exigencias del momento y los medios disponibles) ⁴³.

Ahora bien, los fines estatales van más allá de la conservación y promoción material del grupo social superior en que consiste, ya que también comprende el reconocimiento, respeto, garantía y protección eficaz de los derechos humanos de cuantos lo componen o reciben la acción política de sus dirigentes. En otras palabras, es también fin primordial del Estado lograr, mantener y promover la *democracia*, ya que esta debe ser entendida como aquel régimen político (esto es, aquella conformación funcional del Estado) en el que se reconocen, respetan, garantizan y protegen eficazmente los derechos humanos, según el estándar de formalización, interpretación y aplicación de los mismos que se observa en la comunidad internacional integrada por los Estados con una contrastada tradición en ese sentido.

Los derechos humanos se presentan, así, simultáneamente, como limitadores y orientadores del poder político del Estado y determinantes de la amplitud de sus funciones; y todo ello con carácter diacrónico, esto es, como fruto de una larga evolución histórica.

En efecto, si la revolución *religiosa* (de los siglos XVI y XVII) descubrió la libertad de conciencia, las otras grandes revoluciones que han construido Occidente, esto es, la *política* (del s. XVIII, derivada de la Ilustración) y la *social* (de los siglos XIX y XX, derivada de las ideas marxistas y socialdemócratas), descubrieron los demás derechos humanos tal y como actualmente los concebimos; es obvio, por un lado, que el necesario respeto a los mismos limita también esencialmente el *poder político* del Estado, en cuanto que tales derechos expresan otros tantos *ámbitos reservados* que el Estado no puede invadir porque pertenecen a las personas a quienes dicho poder político afecta y, en especial, a las que, en forma de fuerza generada por el grupo

⁴³ Antes de la revolución social del s. XX, los *finés* del Estado prácticamente se reducían a los de conservación y seguridad del grupo antes referidos (defensa, diplomacia, justicia y hacienda), por lo que aquel modelo era conocido como *Estado de policía*. Pero, en la actualidad, los fines del Estado se han expandido para comprender entre ellos la satisfacción de las más variadas necesidades sociales exigidas por el bienestar (*welfare*) de la población, por lo que el modelo es denominado *Estado del bienestar*, *Estado provisor* o *Estado providencia*, ya que le compete proveer a la satisfacción de tales necesidades sociales mediante prestaciones de todo tipo. La obra que supuso el cambio de paradigma en este sentido fue la *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, de J.M. KEYNES (1936). Tras las recientes crisis económicas, se está planteando, con carácter general, la cuestión de los *límites del crecimiento* que, en este último modelo de Estado, plantea su *sostenibilidad* y, no sin amplia contestación social, pretende replantearlo en el sentido de limitar sus prestaciones en la medida de los medios, sobre todo económicos, disponibles para llevarlas a cabo. Sobre esta problemática, cfr. MAYOR ZARAGOZA, Federico, "La problemática de la sostenibilidad en un mundo globalizado", *Revista de Educación*, 1, 2099, págs. 25-52.

social en que el Estado consiste, se lo han conferido a éste, no para ser tiranizados por ella, sino para recuperarla en forma de seguridad, obras y servicios públicos⁴⁴.

Pero también, por otro lado, no menos obvio es que el grado y medida en que sean percibidos tales derechos humanos determina las *funciones* que el Estado ha de organizar y desempeñar para reconocerlos, garantizarlos y protegerlos con eficacia. En suma, la implicación de los derechos humanos en el concepto mismo de democracia y la identificación de esta como finalidad del Estado revelan también el carácter diacrónico de las *funciones* estatales.

3. La clásica tripartición las funciones estatales.

Es claro, pues, que, para el logro de sus finalidades, las funciones que el Estado ha de emprender y mantener en la actualidad son muy variadas (desde organizar las fuerzas armadas y de seguridad pública o la administración de justicia, hasta mantener el sistema educativo o tributario, pagar pensiones, controlar el mercado de valores o construir aeropuertos).

Pero tradicionalmente se han quintaesenciado en tres clásicas, que, por modular o poder modular cualquier actuación estatal concreta, ya se identificaron en el siglo XVIII, y que son: i) la de dictar normas jurídicas que ordenen y disciplinen lo que debe ser hecho para lograr los fines estatales (función *legislativa*); ii) la de llevar a efecto tales normas jurídicas, realizando en la práctica las actuaciones y adoptando las medidas precisas para ello (función *ejecutiva*); y iii) la de atender y resolver los conflictos que las personas y grupos infraestatales planteen sobre la interpretación o aplicación, en casos concretos, de tales normas, actuaciones o medidas (función *judicial*).

Partiendo de la propuesta que Locke había formulado, en su *Tratado sobre el gobierno civil*, al distinguir las funciones legislativa, gubernativa y federativa (es decir, la atinente a potestades estatales de carácter internacional), el texto paradigmático a este respecto es, una vez, *El Espíritu de las leyes*, en cuyo Libro XI, relativo precisamente al estudio de la “Constitución de Inglaterra”, Montesquieu afirma:

44 En la clásica teoría del roussonian “contrato social”, base, como hemos señalado, de la explicación del moderno constitucionalismo, los derechos humanos no pueden ser desconocidos ni invadidos por el Estado a cuyo poder político son inmunes, ya que son anteriores al mismo y, por tanto, tampoco derivan de la Constitución estatal, pues constituyen una *reserva de poder* que la población no ha transferido, en forma de fuerza social, al Estado, sino que ha conservado como patrimonio inalienable de la propia naturaleza humana, de suerte que el Estado y su Constitución, que, precisamente, han sido creados para preservarlos y promoverlos, sólo pueden reconocerlos, protegerlos y garantizarlos eficazmente, pero no menoscabarlos o, mucho menos, desconocerlos o suprimirlos. Para la moderna visión de los derechos humanos, cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993; DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 2002; y RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006.

“Il y a dans chaque état trois sortes de pouvoirs, la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l’autre, simplement la puissance exécutrice de l’état”⁴⁵.

Aunque el texto causa cierta perplejidad a nuestro actual rigor conceptual (pues, si bien separa el ámbito interno del internacional, no distingue netamente entre *funciones* y *poderes*), es, sin embargo esencial, al distinguir con claridad lo legislativo (que cifra en hacer y derogar leyes permanentes o transitorias), lo ejecutivo (que resume en proveer a la seguridad física y jurídica interior y exterior) y lo judicial (que concreta en resolver procesos civiles y penales), acuñando así una idea básica en el funcionamiento estatal y en la ulterior doctrina de la *división de poderes*.

Por eso, fijados en los epígrafes precedentes los conceptos de *poder*, de *Estado*, de *poder político* con sus distintas manifestaciones, así como de las *funciones* estatales, estamos ya en condiciones de abordar el concepto de *Poderes del Estado*.

VIII. LOS PODERES DEL ESTADO

1 Concepto.

Denominamos *Poderes del Estado* (con mayúscula, para resaltar su aspecto orgánico-subjetivo) a cada uno de los órganos o complejos orgánicos constitucionalmente encargados de realizar las *funciones* estatales, en especial y por antonomasia, las tres *funciones*, clásicas, típicas y esenciales, de legislar, de ejecutar lo legislado, y aplicarlo a la resolución de conflictos concretos, juzgándolos y haciendo ejecutar lo juzgado. Cuando se refieren a las tres expresadas *funciones* clásicas, tales *Poderes* son denominados, por ello y respectivamente, *Legislativo*, *Ejecutivo* y *Judicial*.

⁴⁵ “En cada Estado existen tres clases de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de los asuntos que dependen del derecho de gentes y la potestad ejecutiva de los que dependen del derecho civil. En virtud de la primera, el Príncipe o Magistrado hace leyes transitorias o definitivas, y enmienda o deroga las existentes. Por la segunda, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, instaura la seguridad pública y previene las invasions. Por la tercera, castiga a los delitos, o juzga las disputas que surgen entre los particulares. Se dará a ésta última el nombre de potestad de juzgar, y a la otra, simplemente, el de potestad ejecutiva del Estado”.

2. Naturaleza.

A) Los Poderes estatales como concepto *segundo*.

La tradición académica es proclive a considerar a los *Poderes* estatales como un concepto *primero*, quizá por el carácter orgánico que implican y por la influencia escolástica de explicar las instituciones jurídicas con arreglo a la trilogía romana de *personas, cosas y acciones*, que impele a comenzar estudiando sus elementos subjetivos, proseguir con los objetivos y terminar con los formales y funcionales. Eso explica, por ejemplo, que suelen examinarse, por ese orden, la *población*, el *territorio* y el *poder*, como elementos integrantes del Estado.

Sin embargo, estimo más fructífero considerar a los *Poderes* del Estado como un concepto *segundo*, ya que entiendo que su noción sólo se aclara partiendo antes de la explicación, que ya se ha efectuado, de los conceptos *primeros*, de *fuerza, poder* (con sus distintas modalidades de poder *político, potestad y poder constituyente y poderes constituidos*), *Estado* y *función*.

En efecto, los *Poderes* estatales son órganos o complejos orgánicos destinados a desempeñar concretas *funciones* estatales y la esencia de éstas es el *poder político* que entrañan y aplican; el cual, a su vez, no es sino una especie del género *poder*, cuya esencia es, como se ha expuesto, la *fuerza*, en este caso la del grupo social que, ejerciéndola, originariamente, como *potestad constituyente*, ha logrado configurarse como un grupo superior; esto es, fundarse y ser reconocido como Estado y, luego, ejerciéndola derivativamente como *poder constituyente*, ha conseguido dotar a tal Estado de una Constitución y asignar las *funciones* estatales a una *organización*, es decir, a un conjunto de órganos o complejos orgánicos que conforman los, por ello, llamados *poderes constituidos*.

B) Los Poderes estatales como *organización social*.

Por tanto, *Poderes* no es aquí un simple plural del sustantivo *poder*, que funcione como sinónimo amplificador del mismo y tenga un sentido objetivo de fuerza social superior y multiforme; sino una noción distinta, aunque relacionada por derivación, que alude a los órganos o complejos orgánicos (perspectiva subjetivo-organizativa) a los que constitucionalmente se encomienda el desempeño de las *funciones* estatales. En otras palabras, los *Poderes* estatales conforman la *organización* del Estado que éste tiene como cualquier otro grupo social que, sin ella, no existiría o persistiría como tal.

Ahora bien, como toda *organización*, la estatal consiste en un conjunto de *órganos*. El concepto de *órgano* es también sistémico, pues presupone un *sistema* (unidad de

intelección coherente dotada de funciones en orden al logro de sus propias finalidades), en el que conforma la estructura directiva, de la que el *órgano* es sólo una unidad básica, caracterizada por una *función* concreta que le corresponde.

En este sentido, las nociones de *órgano* y *organización* son aplicables a todo tipo de sistemas (p.e, el corazón es un órgano esencial del sistema circulatorio, lo mismo que el núcleo es el órgano central de una célula); pero, aplicadas a los sistemas humanos de carácter social, expresan las estructuras directivas de tales sistemas (su *organización* social) y las distintas unidades caracterizadas que las integran (los *órganos* de las que aquellas estructuras se componen).

Como es sabido, cada *órgano* consta, al menos, de dos elementos que lo componen: el elemento subjetivo o sujeto, es decir, la persona física (o conjunto de personas físicas), que ostenta su titularidad (*l'huomo*, en terminología italiana); y el elemento funcional o función, es decir, la competencia o tarea que tiene encomendada (*l'ufficio*, en la misma terminología) para lograr (en la medida de la misma) el fin (*l'scopo*) propio del sistema a cuya organización pertenece.

Pues bien, la organización del grupo estatal está conformada por *órganos* (o complejos orgánicos) que tienen asignadas *funciones* estatales caracterizadas (como la legislativa, al ejecutiva o la judicial) cuyo desempeño concreto corresponde a las personas físicas que son titulares de los mismos.

Repárese en que las *funciones* estatales pueden estar encomendadas a *órganos* simples, de titular unipersonal (como el Jefe del Estado o un Juez de lo penal) o pluripersonal (como una Cámara parlamentaria o un Tribunal de justicia), pero también a *complejos orgánicos*, a veces enormes (como la Administración pública central, que consta de diversos Ministerios, cada uno de ellos con múltiples *órganos* jerárquicamente subordinados).

En Derecho administrativo de la organización, suelen distinguirse los *órganos* (que tiene asignadas funciones decisorias, con relevancia externa para ante la ciudadanía), de las meras *unidades* administrativas (que, pese a la posible importancia de sus funciones, no las tienen decisorias, sino de apoyo a los *órganos* y, por tanto, con una relevancia exclusivamente interna). Sin embargo, en Derecho constitucional y, en general, en la Ciencia política, los *Poderes* del Estado tienen, de por sí, relevancia decisiva y externa, ya que desempeñan *funciones* constitucionales; y, por eso, decimos que conforman verdaderos *órganos* o *complejos orgánicos*, sin perjuicio de que, en el seno de los aparatos administrativos en que los mismos se descompongan, sea posible ulteriormente (desde una perspectiva jurídico-administrativa) distinguir también entre verdaderos *órganos* y meras *unidades* auxiliares.

C) Determinación de tales *Poderes* en los Estados unitarios y compuestos.

Una de las confusiones típicas en esta materia es afirmar que, así como las *funciones* estatales clásicas pueden reducirse a la legislativa, la ejecutiva y la judicial; también los *Poderes* del Estado pueden identificarse como el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La confusión estriba en que pronto se descubren, como luego expondré, que los tres *Poderes* realizan *funciones* propias de los demás.

Por eso, una coherencia rigurosa con la perspectiva orgánica que he expuesto, más bien requiere identificar, en los *Estados unitarios* (es decir, aquellos cuyo poder se ejerce de manera indistinta sobre todo su territorio): el Poder Legislativo, con las Cámaras parlamentarias; el Ejecutivo, con el Gobierno; y, el Judicial, con los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en los *Estados compuestos*⁴⁶, tales identificaciones hay que realizarlas (respectivamente, esto es, tanto en el nivel central como en cada uno de los niveles políticamente descentralizados): con las distintas Cámaras parlamentarias; con los diferentes Gobiernos; y, eventualmente (es decir, salvo cuando el Poder Judicial es unitario), con los diversos órganos judiciales; y, además, hay que tener en cuenta la existencia de órganos o complejos orgánicos que representan o afectan al Estado en su conjunto (como la Jefatura del Estado, el Tribunal Constitucional o el Poder judicial cuando es único para todo el Estado).

Además, en el referido caso de los *Estados compuestos*, tal identificación de los Poderes estatales puede complicarse merced al fenómeno de la que podemos llamar *impersonación*, por el que, en ocasiones, los órganos centrales no se comportan ejercitando funciones propias de las competencias propiamente centrales (esto es, no ejercitando exclusivamente las funciones asignadas al *Oberstaat* y comportándose sólo como órganos del mismo, sin afectar a los órganos y territorios de las instancias políticas que conforman el *Gliedstaat*), sino las globales (del *Gesamstaat*, al que, a tales efectos, *impersonan*), como sucede, entre nosotros, cuando el Congreso aprueba una Ley orgánica en regulación de un derecho fundamental.

⁴⁶ Son *Estados compuestos* los *federales*, *regionales* o *autónomos* y, en general, todos aquellos en los que el *poder político* se encuentra sectorizado competencialmente, de suerte que existen *Poderes*, en el sentido de órganos o complejos orgánicos: i) por un lado, *centrales* (es decir, que integran el *Oberstaat*, en la terminología alemana, donde *ober* significa superior y que prefiero traducir como *Estado central*, como sucede con la Federación en Estados Unidos o Alemania), los cuales, sobre determinadas materias, lo ejercen sobre todo el territorio estatal; ii) por otro lado, *descentralizados políticamente* (que integran el *Gliedstaat*, en la misma terminología, donde *glied*, significa fragmentario y que prefiero traducir como *Entidades políticas descentralizadas*, como sucede con los Estados federados norteamericanos, los *Länder* alemanes, las Regiones italianas o las Comunidades Autónomas españolas), los cuales, sólo lo ejercen sobre otras materias y únicamente sobre sus respectivos territorios infraestatales; y iii) finalmente, *globales* (es decir, que integran el *Gesamstaat*, en la referida terminología, donde *gesam* significa total y que prefiero traducir como *Estado global*), los cuales realizan funciones que afectan a todo el Estado en su conjunto, sin distinguir instancias centrales y descentralizadas (como es el caso de la Jefatura del Estado o el Tribunal Constitucional). Esta terminología procede de la obra del jurista alemán del s. XIX Georg JELLINEK, *Fragmentos de Estado*, que puede consultarse en español en la serie *Cuadernos* de Ed Civitas, Madrid, 2016.

D) Relevancia de las personas físicas titulares de los órganos a los que se atribuyen los *Poderes* estatales.

Es tal la complejidad orgánica que presentan las Constituciones de los Estados unitarios y, más aun las de los compuestos, que el análisis de los Poderes estatales constituidos suele derivar con facilidad a una concepción organicista, esto es, a concebir al Estado como una persona ideal cuyos miembros son sus distintos Poderes constituidos. Esta misma visión conduce con frecuencia a calificar como *gobernantes* a los titulares de tales Poderes, por oposición a los *gobernados*, que serían el resto de la población estatal. Se trata, en suma, de una perspectiva que tiende a absolutizar el poder político del Estado, dificulta la limitación del mismo y es proclive a reducir a los *ciudadanos* (titulares activos de derechos públicos subjetivos) a la condición de *súbditos* (titulares pasivos de posiciones jurídico-públicas de vinculación).

Estimo, por tanto, que es preciso recordar, una vez más, el carácter de grupo social que tiene el Estado y resaltar, en el estudio de su poder político, y, en concreto, de las *funciones* que le corresponden y de los Poderes (órganos y complejos orgánicos) a los que las mismas están atribuidas, la figura de las personas físicas que encarnan a éstos últimos, es decir, de los *titulares* de los órganos y complejos orgánicos en que tales Poderes se materializan.

Los órganos parlamentarios, gubernativos y judiciales tienen como titulares a personas físicas concretas, las cuales son responsables de su actuación en los mismos, ya que, de forma directa o indirecta, han sido elegidos o seleccionados, por la población integrante del grupo, para recibir de ella la fuerza social en que consiste el poder político que ejercen y, no para que la destinen a sus propios y particulares intereses, sino para que la devuelvan, a dicha población, en forma de la seguridad y de provisión de los bienes y servicios que el interés público requiere, tanto para la preservación y garantía eficaz de los derechos humanos, como para la conservación y progreso del propio grupo estatal.

Estas personas físicas, más que *gobernantes* de súbditos *gobernados*, son, pues, *servidores* públicos de los *ciudadanos* y responsables ante ellos de sus actos; por eso, todas las posiciones jurídicas de ventaja que les reconozca el ordenamiento jurídico han de ser entendidas como *funcionales*, esto es, esencialmente limitadas a cuanto es preciso para el logro de las funciones estatales de dirección, control y provisión social que tienen encomendadas.

Esto dicho, me ceñiré, en los epígrafes que siguen, a exponer brevemente algunas características de los tres clásicos Poderes estatales constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que interesa precisar para comprender la *división de poderes* y las complejidades que la misma implica en los Estados actuales.

IX. EL PODER LEGISLATIVO.

1. Origen y evolución.

A) Los mitos genéticos del poder de legislar.

Todo grupo social organizado precisa normas jurídicas que ordenen la convivencia de sus componentes (principio *ubi societas, ibi ius*). Ahora bien, las más antiguas civilizaciones referían toda ordenación a una divinidad creadora que había convertido el *caos* originario en un ordenado *cosmos* del que formaba parte también la tierra y sus habitantes, por lo que toda norma humana, para ser legítima, es decir, conforme con el orden natural del universo, debía enlazar directamente con aquella divinidad providente y autora de las leyes eternas y universales. Dicha divinidad podía expresar sus mandatos en forma de *oráculos* formulados a través de un *medium* en trance, como la sibila délfica; en cuyo caso, tales respuestas eran custodiadas (en los *libros sibilinos*) e interpretadas por los *pontífices* (sacerdotes especializados en tender puentes entre la humanidad y la divinidad), que así (muchas veces confundidos con los propios reyes) se convirtieron en los primeros legisladores⁴⁷ y también en los únicos autorizados para declararlas e interpretarlas de forma auténtica⁴⁸.

B) El paradigma democrático ateniense.

Pero la monopolización por los aristócratas del formidable poder sacerdotal de conservar, interpretar y declarar la voluntad divina contenida en las leyes reveladas y plasmadas en costumbres ancestrales (*mores maiorum*) produjo, según la precitada dinámica del *abuso de poder*, una consolidación y progresiva ampliación de sus privilegios económicos (p.e, como terratenientes), jurídicos (p.e, como acreedores), sociales (p.e,

⁴⁷ El radical indoeuropeo “*m(a/e)n*” significa hombre grande para ante el pueblo y, por eso, no es extraño que, con distintas grafías y fonéticas, aparezca en los nombres de los grandes legisladores a los que se atribuía la fundación o institucionalización de un pueblo, como el egipcio (Manes), el babilónico (Hammurabi), el cretense (Minos), el hindú (Manu) o el hebreo (Moisés). El mismo significado de maestro u hombre sabio tiene el onomástico sínico *Kung-Fu-Tse*, latinizado como Confucio, el gran preceptor jurídico y moral de China. Todos estos personajes, míticos o históricos, coincidían en haber contactado con la divinidad celeste (en un monte sagrado o en una revelación trascendental) de la que habían recibido las leyes que habían plasmado en tablas o códigos, incluso de piedra, para que permanecieran en vigor de forma perdurable. Pero tales leyes, como sucede paradigmáticamente con la mosaica, solían limitarse a formular grandes principios de Derecho natural (no robar, no matar, no mentir), que debían luego ser aplicados a casos litigiosos concretos.

⁴⁸ Esto explica que, en las primeras civilizaciones, como se aprecia en la Roma arcaica: i) que el Derecho humano (*ius*) no era sino un trasunto del divino (*ios*), tal y como expresa claramente la desinencia del genitivo griego del padre de todos los dioses, *Zeus-D(ios)*; y ii) que los primeros juristas romanos fueran sacerdotes especializados en resolver litigios humanos, en los que sus respuestas (*responsa*) u opiniones (*sententiae*) eran indiscutibles, al recabarse del prestigio oracular de los pontífices, por lo que, a lo sumo, se motivaban en privado y sólo con fines de formación artesanal, es decir, para que sus discípulos conocieran su fundamento (*ratio iuris*) y pudieran luego inspirarse en ellas.

como patronos) y políticos (p.e, como dirigentes), hasta que el pueblo llano (que pechaba con el esfuerzo laboral, tributario y militar) exigió reformar la situación.

Las primeras reformas consistieron en una mera *formulación* clara de las leyes (Dracon). Una segunda conquista social fue la *moderación* de las leyes más extremas (Solón). Pero no era bastante; el pueblo recabó para sí la *aprobación* de las leyes en una asamblea popular (*ecclesia, boulé*) y la *aplicación* de las mismas en tribunales también populares (*heliaia*). Es lo que llevaron a cabo las reformas revolucionarias, efectuadas en la ciudad-estado de Atenas, durante el s. V a.C, por Clístenes, Efialtes y Pericles, considerados como fundadores de la democracia griega.

A esta fase, corresponde, posiblemente, el origen etimológico del sustantivo latino “*lex*”, como derivado de “*lego*”, que significa no tanto la acción del magistrado consistente en “*leer*” ante el pueblo reunido en una asamblea (*Comitia*) un texto normativo para que este lo apruebe, cuanto la acción de dicho pueblo consistente en “*elegir*”, de “*eligo*”, primero, a dicho magistrado y, luego, optar por la aprobación del texto normativo que el mismo sugiere⁴⁹.

Traslaticamente, por tener también carácter obligatorio en sus respectivos ámbitos, se aplicaría la denominación “*lex*”, en el ámbito privado (*leges privatae*), para las cláusulas testamentarias (*lex sucessionis*) y las contractuales entre particulares (*lex contractus*), para los estatutos de colectivos privados (*leges collegium et sodalitiium*) y para las reglamentaciones de una explotación dadas por su dueño (*lex rei suae dictae*); y, en el ámbito público, para las regulaciones dictadas unilateralmente, es decir, sin previa o posterior aprobación popular o senatorial, por un magistrado (*leges dictae*) en un ámbito de su competencia, que podía ser material, como una concreta explotación minera (*lex metalli*); espacial, como un municipio provincial (*lex municipalis*); o, sectorial, como la ordenación del mercado encomendada a los censores (*leges censoriae*) o la de los procesos judiciales encomendada a los pretores y que estos establecían durante su mandato anual (*edictum pretoris*, como *lex annua*), aunque éste terminó por hacerse permanente (*edictum perpetuum*).

C) Evolución posterior.

La democracia griega, aunque imperfecta, desde nuestra actual visión de los derechos humanos, constituyó el primer ensayo humano de poder popular, pero no sobrevivió a Pericles pues la tiranía aristocrática se reimplantó con la sucesiva

⁴⁹ La función del magistrado era consultar (de ahí, que al magistrado supremo se le denominara *cónsul*) al pueblo (*plebs*) para conocer (*scire*) la opinión y voluntad del mismo expresada en una votación mayoría (*plebiscitum*), que se conocería por el nombre del magistrado cuya propuesta (*rogatio legis*) había sido sometida al pueblo (*legem ferre*) y que, en lo sucesivo, sería obligatoria con carácter general (*vis legis*), al haber sido aprobada (*legis lata*) por dicho pueblo, si bien ese mandato popular (*iussum populi*) requería, según las épocas y los casos, la aprobación, posterior o previa, del Senado (*Senatus consultum*).

hegemonía de Esparta, Tebas y Macedonia y, finalmente, del Imperio romano que, por su parte, también enterró las conquistas populares de la época republicana.

La *ley* se convirtió así, no ya en expresión sacerdotal de la voluntad divina ni en manifestación de la voluntad comicial del pueblo, sino simplemente en formalización solemne de la voluntad regia o imperial. Así, en la época imperial romana, las *leges dictae* se convirtieron en *constitutiones* (generales) y *edicta* (singulares) imperiales directamente obligatorios.

Esta concepción se mantuvo en el Imperio de Oriente hasta la caída de Bizancio en el s. XV y también en el Derecho canónico latino, aunque, en este último, basándose: durante el primer milenio, en la primacía patriarcal del Obispo de Roma sobre las Iglesias particulares de Occidente; tras la reforma gregoriana y la superación del Cisma de Occidente y del conciliarismo, en la investidura petrina del Papa y su prelación sobre los concilios ecuménicos; y, finalmente, en la teología sobre la naturaleza fundacional de la Iglesia. En el Derecho canónico ortodoxo posterior al cisma de Oriente, la primacía patriarcal en las distintas Iglesias autocéfalas se matizó por el contrapeso consultivo de los jerarcas inferiores organizados en sínodos permanentes.

En los reinos de la Europa medieval surgidos tras la caída del Imperio romano de Occidente, si bien los reyes comenzaron muy limitados por el pactismo impuesto por las instituciones parlamentarias estamentales, terminaron, con la ayuda teórica que supuso a la recepción del Derecho común (romano y canónico), por asumir la soberanía como monarcas absolutos, aunque la ejercieran, según materias o territorios, a través de órganos habilitados, por una delegación regia revocable, como era el caso de los Consejos, en el régimen polisinodal de la Monarquía hispánica de los Austrias; o de las autoridades comisariales (Ministros, Intendentes) introducidas por los Borbones, si bien la introducción de las mismas ya había comenzado en España al final del reinado de Carlos II, en imitación de las reformas auspiciadas en Francia por Luis XIV.

Esta situación perduró en Europa hasta que las Revoluciones inglesa del s. XVII y francesa del s. XVIII devolvieron todo el protagonismo legislativo a los Parlamentos, ya en el marco de la *división de poderes*. Empero, la nueva democracia tardó todo el s. XIX en expandirse por el mundo occidental y, en el s. XX, quedó frenada, en los países del bloque del Este, formados tras la Segunda Guerra Mundial, así como en los de cultura islámica, donde persiste la antigua concepción unitaria del poder político y religioso.

2. Concepto: el Parlamento.

Desde la perspectiva diacrónica que hemos abocetado, el Poder legislativo se concreta en el órgano u órganos estatales que tienen por objeto aprobar leyes, entendidas éstas en un sentido material y amplio como equivalentes a normas jurídicas generales y obligatorias.

Pero, en los Estados democráticos, viene entendiéndose, con más rigor, por Poder Legislativo, sólo aquel órgano pluripersonal o complejo de órganos pluripersonales y de carácter representativo que, con estructura y funcionamiento parlamentarios, tiene constitucionalmente asignado un ámbito territorial y material en el cual queda habilitado para ejercer, como función principal, la de aprobar normas jurídicas con rango de ley, tras elaborarlas mediante un procedimiento formalizado en el que se asegure la participación de las minorías.

Se alude así, no tanto al sentido *funcional* (es decir, al ejercicio de la función legislativa) cuanto al *subjetivo*, es decir, al órgano o complejo orgánico que, por disposición constitucional, legisla con eficacia en un ámbito espacial y material determinado; pero con dos precisiones: i) que esa sea su función *principal*; y ii) que la normativa que apruebe tenga el rango normativo de *ley*. Estas dos precisiones excluyen del concepto estricto de Poder Legislativo a todo órgano cuya función principal no sea la de aprobar leyes, como sucede con los Gobiernos (y algunos otros órganos extraparlamentarios) que son titulares de la potestad de aprobar normas jurídicas con rango meramente reglamentario.

3. Tipología parlamentaria uni o bicameral.

Aunque algunas Constituciones mantienen, para el Poder Legislativo entendido en el expresado sentido estricto, denominaciones históricas que eran más propias de las Asambleas gentilizas o estamentales, se ha impuesto la denominación genérica de *Parlamento* que alude a la oralidad que caracteriza su funcionamiento. En España, se ha conservado la denominación de *Cortes* (nombre derivado de la *curia regia extraordinaria* convocada por el monarca para aprobar subsidios económicos) que era tradicional en los antiguos Reinos hispánicos y en nuestro constitucionalismo histórico.

El Parlamento, siendo esencialmente pluripersonal, puede configurarse como un órgano legislativo único o dual. En el primer caso, sólo consta de una Asamblea legislativa o Cámara (Parlamento unicameral). En el segundo, conforma un complejo orgánico que consta de dos Cámaras, es decir, de dos órganos pluripersonales y colegisladores en cuanto que participan en el procedimiento legislativo (Parlamento bicameral).

El bicameralismo obedece a épocas en que el doctrinarismo político defendió la limitación del *principio democrático* o soberanía popular (representada por una Cámara baja o Congreso, conformada por diputados popularmente elegidos) con el *principio monárquico* o soberanía regia (representada por una Cámara alta o Senado, compuesta por nobles o notables de regia designación).

El bicameralismo, pues, nació como una forma orgánica de limitación del Poder Legislativo; pero, una vez que la Cámara alta es también de elección popular, se ha convertido en una opción constitucional para llevar a la práctica sistemas electorales distintos (corrigiendo así los inevitables defectos de cada uno) e introducir en el procedimiento legislativo una segunda lectura de las propuestas (permitiendo así una legislación más reflexiva) o, en los Estados compuestos, una instancia de representación territorial (posibilitando así una legislación más acorde con la distribución territorial de las competencias).

4. Finalidad.

Es una obviedad señalar que el Poder Legislativo tiene por objeto elaborar normas jurídicas, pero tal evidencia precisa de importantes matizaciones para ser aprehendida con la profundidad que la *división de poderes* requiere. Me limitaré a exponer dos. Una primera es la relación de las normas que del mismo emanan con el concepto y fuentes del ordenamiento jurídico, entendido como Derecho en sentido objetivo. Otra es la posición institucional que tales normas tienen en dicho ordenamiento.

A) El Poder legislativo y el Derecho: la ley como fuente jurídica.

El Poder Legislativo, al ser un poder constituido y producir normas jurídicas, las introduce en el ordenamiento jurídico del Estado al que pertenece y, en esa medida, se comporta como origen de la fuente del Derecho objetivo a la que denominamos genéricamente “*la ley*”. Pero este planteamiento supone tener resueltas previamente diversas preguntas de hondo calado, como ¿qué es el Derecho?, ¿es el Derecho un concepto equivalente al de ordenamiento jurídico?, ¿cuál es el origen y la finalidad del Derecho? Y, sobre todo, ¿Derecho y ordenamiento jurídico son realidades sólo estatales?

Las respuestas a estas cruciales preguntas están condicionadas por las diversas concepciones filosóficas que pueden mantenerse sobre los conceptos implicados en ellas, en especial, sobre la persona humana, la sociedad y el Estado. Por mi parte, en coherencia con la concepción sistémica que vengo sosteniendo⁵⁰, entiendo: i) que el

⁵⁰ He explicado esta perspectiva en tres libros: i) *La Rioja como sistema*, Logroño, 3 vols., Gobierno de La Rioja, 1993; ii) *La asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas*, Logroño, IER, 1996; y iii) *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, Barcelona, Euinsa, 1997; y en varios artículos doctrinales que pueden consultarse en internet en la base informática de Revistas y documentos académicos *Dialnet* de la Universidad de La Rioja.

Derecho es un fenómeno grupal consistente en una fuerza social organizada como un sistema (formal, normativo, orgánico, pluridimensional y personalista) que, implementado con los demás que componen el mundo, se dirige a lograr la convivencia pacífica mediante un orden social justo; ii) que *ordenamiento jurídico*, es el conjunto orgánico de valores, principios, normas, costumbres y criterios jurisprudenciales y doctrinales plasmados en disposiciones imperativas y coactivas a las que el grupo social, capaz de producirlas y del que emana su fuerza, considera justas y necesarias para ordenar las relaciones entre sus componentes y las de éstos con la organización del grupo.

Así concebido, el *Derecho* es una de las manifestaciones de la fuerza sistémica generada por un grupo social capaz de producirla (al que los canonistas - al analizar los requisitos de admisibilidad de una costumbre como obligatoria- denominan *comunitas capax*); pero no la única, pues también lo son la potencia económica o la militar, entre otras. Lo que caracteriza y convierte en *jurídica* (teniendo presente es el adjetivo *jurídico/a* califica a todo lo relativo al Derecho) a esta manifestación de la fuerza social no es, por tanto, el que sea una *fuerza* (es decir, no es, como suele afirmarse, el carácter *imperativo* y *coactivo* del Derecho, ya que tal carácter deriva de la fuerza social que entraña y que es susceptible de otras manifestaciones no jurídicas), sino su carácter *ordenador*, ya que su objetivo es implantar el *orden* jurídico querido por el grupo social que lo genera; y también su carácter *ordenado*, ya que, para lograr tal orden, dicha fuerza se plasma en un conjunto coherente de disposiciones, eso sí, imperativas y coactivas, esto es, en un *ordenamiento* jurídico. Se cierra así el bucle: el *ordenamiento* (jurídico) produce el *orden* (jurídico).

Derecho y *ordenamiento jurídico* coinciden, pues, en su fin, que es lograr el *orden jurídico* en el grupo social correspondiente, según los valores queridos por los componentes del mismo grupo, entre los que suelen destacar la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad. De ahí, el usual empleo como sinónimos de ambos conceptos (Derecho y ordenamiento jurídico), aunque ambos pueden y deben ser gnoseológicamente diferenciados, pues presentan dos perspectivas distintas de una misma “realidad” (en el sentido filosófico de algo “que es”, o sea, que existe, en este caso, el fenómeno jurídico al que ambos aluden).

En efecto, el concepto de *Derecho* alude, más bien, al ser o esencia óptica del fenómeno (esto es, trata de contestar a la pregunta *¿qué es la cosa?*, en este caso, el *Derecho*, con la respuesta de que consiste en la fuerza social organizada de un grupo humano. El concepto de *ordenamiento jurídico* alude, más bien, a la estructura y funcionalidad sistémica de esa realidad (es decir, responde a la cuestión *¿cómo es la cosa?*, en este caso, el *ordenamiento jurídico*, con la respuesta de que es un conjunto de disposiciones que son imperativas y coactivas porque expresan la fuerza social del grupo que las formula como Derecho).

En otras palabras: aunque su fin es el mismo (el orden jurídico), el concepto de *Derecho* es más *nouménico* o sustancial, puesto que expresa “*qué es*” (fuerza social organizada) la realidad que manifiesta, permitiendo así identificar aquel fin como una consecuencia óptica (*telos*) de dicha realidad; mientras que el de *ordenamiento jurídico* es un concepto más *fenoménico* e instrumental, puesto que expresa “*cómo se presenta*” (su estructura) y “*cómo funciona*” (su funcionamiento), permitiendo así identificarse, ante aquel fin, como un medio (*mesos*) para lograrlo.

A partir de ahí, se colige que el *Derecho* y el *ordenamiento jurídico* no son realidades exclusivamente *estatales*, sino, como intuyó el brocardo medieval *ubi societas, ibi ius*, inherentes a todo grupo social organizado, por lo que existen *Derechos* y *ordenamientos jurídicos* que, sin perder su esencia de fuerza social organizada, tienen carácter *supra-estatal* (como el internacional o el comunitario europeo, propios, respectivamente, de la comunidad de todos los sujetos internacionales o de los que integran la UE)⁵¹, *extra-estatal* (como el que procede de la autonomía de la voluntad de sujetos privados)⁵², o *praeter-estatal* (como el canónico, propio de

⁵¹ La fuerza social que encierra el Derecho interno de cada Estado aparece también en el ámbito externo, cuando el grupo estatal es reconocido por otros Estados como una “*potencia*” más en las relaciones internacionales. En ellas, el Estado despliega sus potestades exteriores, especialmente la de convenir tratados internacionales y, mediante los mismos, crear Organizaciones internacionales (de cooperación o integración) o adherirse a las pre-existentes. El efecto que ahora interesa destacar es que, de tales tratados y Organizaciones, emanan normas jurídicas que conforman un nivel jurídico (el nivel jurídico *inter* o *supra-nacional*) que es distinto al constitucional; y digo *distinto* y no *superior*, porque tales normas internacionales, siendo externas al grupo estatal, priman sobre las estatales internas, incluso las internas del nivel constitucional, mas no por razón de *jerarquía*, sino de *competencia*, es decir, porque pertenecen a un ámbito de materias en las que el grupo estatal ha convenido con otros semejantes que sean regidas por ellas. Esta última precisión competencial es importante porque resuelve la antigua polémica del *monismo* o *dualismo*, es decir, sobre la primacía o no del Derecho internacional sobre el interno.

⁵² Existen también normas jurídicas que, siendo *internas*, esto es, generadas dentro del espacio sujeto a la soberanía del grupo estatal, sin embargo no emanan de ninguno de los poderes públicos constituidos, sino del poder (fuerza) de la voluntad inherente a las personas físicas y sus agrupaciones, como sucede con las estipulaciones contractuales entre particulares, las cláusulas testamentarias o los estatutos y regulaciones internas de las personas jurídicas privadas de base asociativa o fundacional. El engarce de estas normaciones privadas en el ordenamiento jurídico estatal suele ser explicado por su relación con la *ley* estatal que: i) por un lado, señala las condiciones para el reconocimiento de la personalidad física o jurídica y la capacidad de obrar de las personas privadas que las generan; ii) por otro, establece los límites (*ius cogens*) de admisibilidad de tales normaciones para preservar el orden público (en sus distintas manifestaciones, policial, mercantil, sanitario, etc) y los derechos de terceros; y iii) fija los puntos de conexión que, en caso de conflictos de Derecho internacional privado, determinan la regulación pública aplicable a las relaciones privadas que presenten elementos (personales, reales o formales) de extranjería. Pero la explicación profunda de dicho engarce ordinamental, más que en el nivel *legal*, se encuentra en el *constitucional*, ya que la *autonomía de la voluntad* de la que proceden las normaciones privadas tiene su origen en el *contrato social* por el que, como razonó Rousseau, las personas integrantes del grupo estatal cedieron, a la organización de éste, la fuerza social precisa para constituir el Estado, pero no (por imposibilidad ontológica) su dignidad, en la que se basan todos los derechos humanos, y, por ello, se reservaron dichos derechos que, quintaesenciados en los de libertad y propiedad, conforman el ámbito nuclear de la *autonomía de la voluntad*, fuente de las normativas privadas, que los poderes públicos constituidos no pueden negar ni desconocer; aunque, obviamente, sí limitar para garantizar el orden público y los derechos de los demás. Esta limitación ha de hacerse siempre mediante una norma con rango de *ley*, esto es, procedente del órgano legislativo democráticamente elegido, pues sólo él representa el interés y la voluntad generales. En otras palabras, la voluntad de los particulares es, por razones constitucionales, fuente de obligaciones y norma jurídica, pero sólo en la medida en que, respetando su contenido nuclear esencial, sea admitida por la voluntad general, la cual sólo puede ser formulada con rango de *ley* por el órgano parlamentario que la representa.

la comunidad eclesiástica)⁵³ e incluso *meta-estatal* (como el natural, propio de la comunidad humana)⁵⁴.

El espejismo consistente en reducir los actuales conceptos de *Derecho* u *ordenamiento jurídico* al ámbito estatal sólo apareció cuando, en el siglo XVI, surgió la idea de la soberanía y nacieron los primeros Estados europeos, esto es, grupos sociales configurados estatalmente; y se reforzó: en el siglo XVII, con el absolutismo de los monarcas; en el siglo XVIII, con las revoluciones populares; en el siglo XIX, con el *principio de las nacionalidades*; y, en el siglo XX, con los totalitarismos. Pero la globalización, que caracteriza al siglo XXI, ha redescubierto el carácter social del fenómeno jurídico y lo ha resituado en todo grupo capaz de generarlo, incluido, por supuesto, el grupo estatal

⁵³ Los creyentes en una confesión religiosa, cuando forman grupos sociales organizados, como son las Iglesias, generan sus propias disposiciones jurídicas, que conforman un ordenamiento (en el caso de la Iglesia católica, dicho ordenamiento conforma el Derecho canónico que podemos denominar “interno”, con distintas ramas, como el constitucional, el procesal, el administrativo, el matrimonial o el penal). Pero las disposiciones jurídicas de las Iglesias y otros grupos religiosos no deben ser confundidas con las que los Estados dictan para regular el fenómeno eclesiástico o religioso (Derecho eclesiástico del Estado), aunque algunas de éstas últimas revistan un cierto carácter *paccionado* en su elaboración (caso de las Leyes estatales que, en España, aprueban los Convenios entre el Estado y algunas confesiones más implantadas socialmente). Ante el Estado, los ordenamientos eclesiásticos o religiosos son manifestaciones de la *autonomía de la voluntad* reconocida internamente a los grupos religiosos *intra-estatales* (normalmente, en la Constitución y en una *Ley de cabecera de grupo normativo* que regula el derecho humano a la libertad religiosa). En el caso de la Iglesia católica, hay, además, normas, llamadas de Derecho canónico “externo”, que son concordadas con los Estados, por lo que tienen carácter de Derecho internacional, al tener la Santa Sede personalidad internacionalmente reconocida. Sin embargo, el Derecho vaticano no tiene proyección exterior, ya que es un ordenamiento jurídico interno del Estado de la Ciudad del Vaticano, también internacionalmente reconocido.

⁵⁴ La referencia a la *justicia* como valor característico del orden jurídico pretendido por todos los grupos sociales ha planteado históricamente la cuestión de si no será una dimensión inherente al concepto de Derecho, debido a la existencia, por encima de todos los ordenamientos, de un Derecho más alto (*higher law*), como sería un *Derecho natural*, deducido de la ontología y dignidad de la persona humana y plasmado en los distintos derechos humanos, una de cuyas dimensiones sería la *justicia*, entendida como virtud moral y exigencia óptica de la persona en las relaciones entre particulares (justicia *conmutativa*) o en las de éstos con la organización estatal (justicia *legal*) o viceversa (justicia *social*). Sociológicamente, es decir, prescindiendo de planteamientos trascendentales, el ámbito de ese Derecho sería la propia comunidad humana en la que el *Derecho natural* se presentaría como la fuerza moral de la dignidad humana y de los derechos humanos de ella dimanantes; en tal caso, la justicia sería entendida, más que como una exigencia óptica de la persona humana trasladada a los grupos sociales, como una relación de adecuación, individual y colectivamente comprendida y sentida como necesaria, entre dos o más situaciones similares, cuyo distinto tratamiento jurídico se estima injustificado; es decir, como una tensión moral hacia la igualdad. Este planteamiento deja, obviamente, imprevista la postura, mantenida por la Iglesia católica, de un engarce entre el Derecho natural racionalista y un ordenamiento superior que es conocido a través de la teología sobre la providencia universal de la divinidad (*lex aeterna*) y las fuentes reveladas (*lex divina*). Pero es de constatar que, en el constitucionalismo democrático, la interdicción de la arbitrariedad hace que la *última ratio* para enjuiciar el ajuste a Derecho de una disposición sea la *racionalidad*, especialmente, la de tipo jurídico que presente, por lo que se entiende que los órganos independientes encargados de interpretar la Constitución, como son los Tribunales constitucionales, han de prescindir, no sólo de las fundamentaciones extra-jurídicas (como las históricas, culturales, filosóficas o económicas), sino también de las jurídicas meta-constitucionales, sobre todo teniendo en cuenta que el alto grado de formalización de los derechos humanos en los textos constitucionales e internacionales ratificados por los Estados con tradición democrática, permite justificar las decisiones exclusivamente en base a textos positivos y a criterios interpretativos de los mismos amparados en la Ética socialmente compartida.

que, por el carácter paradigmático que ha representado y el protagonismo ordenador que ostenta, sigue siendo el sujeto de referencia en esta materia y, además, debe seguir siéndolo, habida cuenta el decisivo papel que desempeña la soberanía en la garantía eficaz de los derechos humanos, frente a los niveles más débiles que, en cuanto a dicha garantía, aún ofrecen los grupos *infra* o *supra*-estatales.

Por ello, puede observarse que, si bien es cierto que la existencia de normas internacionales y privadas puede incentivar concepciones extra-estatales del Derecho, no menos lo es que las normas internacionales proceden de convenciones a las que ha consentido el Estado y que sólo son aplicables al mismo si éste previamente las ha ratificado e incorporado a su propio ordenamiento jurídico; y, que las normaciones privadas sólo son eficaces en el ámbito estatal si respetan las leyes estatales que reconocen y delimitan la autonomía privada de la que proceden. En otras palabras, el Derecho solo adquiere vigencia (de *vis*, fuerza) en el ámbito del grupo estatal en cuya fuerza social consiste.

Volviendo, pues, al ámbito estatal, es claro que la fuerza (*potencia constituyente*) del grupo social al que denominamos Estado genera su propio *Derecho*, es la que da *vigencia* (término derivado, como *vigor*, del sustantivo latino *vis*, fuerza) a su propio *ordenamiento* (del que es fuente material) y determina cuáles son las *fuentes* formales del mismo, entre las que, como señalé antes, se encuentra “*la ley*”; pero en el bien entendido de que dicha expresión no alude sólo a la *ley* en sentido *formal* (es decir, a la aprobada por el Poder Legislativo previa la correspondiente tramitación parlamentaria), sino también a la *ley* en sentido *material* (es decir, cualquier disposición jurídica general oficialmente publicada, como son los reglamentos aprobados por el Poder Ejecutivo). Por tanto, “*ley*”, como fuente del ordenamiento, alude más bien a “*la legalidad*” vigente y, con ello, abre el concepto a la tremenda complejidad que hoy tiene dicha *legalidad* y tiende a diluir el Poder Legislativo bajo la difusa e inconcreta investidura de “*el legislador*”⁵⁵.

De ahí que sea preciso, como anunciaba antes, plantearse la posición institucional de la ley parlamentaria (*formal*) en el ordenamiento jurídico, si bien ello plantea previamente la cuestión de la existencia de distintos niveles normativos en dicho ordenamiento.

B) Poder Legislativo y ordenamiento jurídico: los niveles normativos.

Centrados exclusivamente en el ámbito estatal (o sea, prescindiendo ahora de los ámbitos *supra* o *infra* estatales, como los integrados por la normativa emanada de la comunidad internacional o de la autonomía privada), el ordenamiento jurídico, como

⁵⁵ Para la complejidad del problema de las fuentes del Derecho, cfr. el ensayo de Alff ROSS *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, CEC, 2018.

conjunto de disposiciones imperativas y coactivas emanadas del grupo estatal) opera en distintos niveles que, como puso de relieve la doctrina germánica (sobre todo, Kellinek y Kelsen), son, sustancialmente, el *constitucional*, el *legal* y el *impositivo*.

La fuerza social inherente al Derecho opera, en un primer momento (pre-jurídico), como *potencia constituyente*, pero enseguida se juridifica en forma de *poder constituyente*, para instaurar la Constitución, establecer los *poderes constituidos* en la misma y delimitar sus respectivos ámbitos de actuación (*división de poderes*). Por eso, el primer nivel jurídico en el que aparece y opera el Derecho no es el *legal* (propio del Poder legislativo constituido), sino el *constitucional*, que, por su origen en la soberanía del grupo estatal, presenta una legitimidad originaria que lo convierte en previo y superior a cualquier otro del mismo grupo estatal, pero de carácter interno.

En el nivel *constitucional* del ordenamiento jurídico, se encuentran las disposiciones de la *Constitución* (y, en el caso español actual, también las del denominado *bloque de la constitucionalidad*, integrado por las que el Tribunal Constitucional puede tomar en cuenta para interpretar la Constitución en los distintos asuntos que le competen, razón por la que no hay uno, sino varios “bloques” según el sector de asuntos afectado). En este nivel, el ordenamiento trata más bien de establecer las condiciones generales de sujeción de la ciudadanía y de los poderes constituidos, al orden de valores, principios y derechos fundamentales establecidos por la Constitución (parte dogmática), así como a diseñar en ella la organización y competencias territoriales de los distintos poderes públicos constituidos (parte orgánica).

Por consiguiente, el Poder Legislativo sólo actúa directamente en este nivel cuando se presenta como Asamblea constituyente, es decir, investida, por la potencia constituyente popular, del poder constituyente originario preciso para formular la Constitución o del poder constituido necesario para reformarla. Pero puede actuar indirectamente en este nivel cuando el Parlamento aprueba leyes materialmente constitucionales, como las antes aludidas de los españoles *bloques de la constitucionalidad*. En tales casos, el Parlamento *impersona* al Estado en sentido global (*Gesamstaat*) pues, tanto la Constitución como las disposiciones que integran el correspondiente *bloque de la constitucionalidad* forman parte del ordenamiento de dicho Estado global, no (en los Estados compuestos) del ordenamiento del Estado central (*Oberstaat*), ni de los sub-ordenamientos de los entes territoriales dotados de autonomía política (*Gliedstaat*). Por eso, en España, los Estatutos de Autonomía, aunque presenten una elaboración pacticia y hayan sido refrendados por la población de la Comunidad Autónoma de procedencia, forman parte del ordenamiento del Estado global (*Gesamstaat*), son aprobados mediante Ley Orgánica (que es una forma de ley que sólo puede aprobar el Congreso de los Diputados, *impersonando* aquí al referido Estado global) y quedan sujetos a las potestades de interpretación y declaración de inconstitucionalidad que competen al Tribunal Constitucional (que también

forma parte del citado Estado global, como la propia Constitución y el mismo *bloque de la constitucionalidad* –a efectos autonómicos– en que el Estatuto de Autonomía se integra).

Esto dicho, los Parlamentos actúan ordinariamente sólo en el nivel *legal* del ordenamiento, esto es, en el que el Poder Legislativo elabora leyes en sentido *formal*, tras una tramitación parlamentaria con todas las garantías democráticas que aseguran los derechos de los representantes populares que los componen. Este nivel *legal* del ordenamiento tiene por objeto formular el interés general del grupo social (estatal o sub-estatal) correspondiente y señalar los límites que del mismo se derivan para los derechos fundamentales que, en el nivel anterior, es decir, en el *constitucional*, han sido reservados y reconocidos a la ciudadanía. En suma, la ley *formal*, respetado el núcleo indisponible de los derechos fundamentales, limita el ejercicio de los mismos en la medida exigida por el interés general.

Ahora bien, el nivel *legal* del ordenamiento no queda monopolizado por las leyes *formales* aprobadas parlamentariamente, ya que, en el mismo, se integran las disposiciones reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo y, por ello, en la sumisión de los reglamentos a las leyes que les sirven de cobertura estriba una de las consecuencias de la *división de poderes*.

Finalmente, el nivel *impositivo* del ordenamiento jurídico comprende las disposiciones jurídicas de aplicación de la legalidad a casos concretos, que son adoptadas en firme por órganos pertenecientes a los Poderes Ejecutivo (al dictar actos administrativos) y Judicial (al adoptar resoluciones judiciales). Por tanto, es un nivel ajeno a las funciones propias del Poder Legislativo, si bien queda afectado por el mismo en cuanto que la legalidad vigente ha de prestar necesariamente cobertura a toda actuación ejecutiva o judicial.

La existencia de, al menos, estos tres niveles del ordenamiento, conduce a plantear la cuestión de los criterios que presiden la estructuración ordenada de las disposiciones que lo componen; y, como es sabido, a tales efectos, se han identificado dos principios fundamentales: el de *jerarquía* y el de *competencia*.

El *principio de jerarquía* implica que las distintas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico estatal se gradúan en función del nivel normativo al que pertenecen, de suerte que las *constitucionales* priman sobre las *legales* y éstas sobre las meramente *impositivas*, ordenándose, a su vez, estas dos últimas por razón del grado de *legitimidad democrática* (es decir, por la mayor o menor cercanía a la soberanía popular, en rigor, a la potestad constituyente del pueblo, fuente originaria del poder soberano estatal) que, según la forma en que hayan sido seleccionados, presenten los titulares de los órganos que las formulan; de suerte que la ostentan de *primer grado*

los que han sido directamente elegidos por sufragio universal libre y secreto del pueblo; y de *segundo grado*, los elegidos por aquéllos y así sucesivamente⁵⁶.

De ahí que las normas *constitucionales*, al proceder del poder constituyente del pueblo, deban primar sobre las que proceden de poderes constituidos (como el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial) y que las de éstos deban ordenarse según el grado de *legitimidad democrática* que presente el órgano del que emanen; ya que, en efecto, las normas procedentes del Poder Legislativo, al derivar del Parlamento (que es un órgano pluripersonal integrado por personas que han sido elegidas directamente por el pueblo mediante un sufragio universal, libre y secreto) gozan de una legitimidad democrática de *primer grado* que las hace primar sobre las disposiciones meramente reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo, cuyos integrantes, en cuanto tales, han sido elegidos por el Parlamento, como el Presidente del Gobierno (que, por eso, tiene una legitimidad de *segundo grado*), o por dicho Presidente (como los Ministros, que, por eso, tienen una legitimidad de *tercer grado*), o por los Ministros (como los demás altos cargos nombrados por un Ministro, los cuales tienen una legitimidad de *ulterior grado*). En el nivel impositivo del ordenamiento jurídico, las disposiciones (actos administrativos y resoluciones judiciales firmes) se ordenan por la jerarquía orgánico-funcional del órgano que dicta la resolución que haya devenido firme.

Esta gradación de la legitimidad democrática explica la jerarquía que ordena las normas que integran el ordenamiento jurídico según los órganos que las aprueban. La escuela kelseniana acuñó la figura de la *pirámide normativa* para exponer esta jerarquización de las normas que (prescindiendo ahora de la antes aludida norma

⁵⁶ Para precisar el concepto de *legitimidad democrática*, importa distinguir, primero, los conceptos (polisémicos) de *legalidad* y *legitimidad*. Por *legalidad* no me refiero ahora al conjunto orgánico de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, excluyendo las de su nivel *constitucional (constitucionalidad vigente)* e incluyendo las que pertenecen al nivel *legal* del mismo (*legislación vigente*), sino a la cualidad jurídica determinada por el ajuste o no de una situación social cualquiera al ordenamiento jurídico vigente en el grupo estatal de que se trate. *Legitimidad*, sin embargo, alude a la conformidad o no que una situación social cualquiera, esté o no ajustada a la legalidad, pueda tener con respecto al Derecho natural (es decir, con el sistema de valores y exigencias derivados de la propia naturaleza humana), o a otro meta-ordenamiento (*higher law*) de referencia (como, por ejemplo, el histórico, determinado por la tradición; o el nacional, derivado de la cultura e identidad de una nación). Esta diferencia hace que puedan existir situaciones que, siendo reputadas *legales* (en el sentido de conformes a la legalidad vigente) por un grupo estatal, sin embargo, no sean consideradas *legítimas* desde la perspectiva del meta-ordenamiento que se tome como instancia crítica de contraste. Esta confrontación puede conducir, individualmente, a problemas éticos que incluso pueden ser respetados por la legalidad (caso de la *objeción de conciencia*) y, colectivamente, a posturas de rechazo a la *legalidad* en base a una pretendida *legitimidad*, como es el caso de los llamados *derechos de resistencia, de desobediencia*, o incluso a la *revolución*, que, en sus manifestaciones más extremas suponen una apelación a la *potestad constituyente originaria* del pueblo. Por eso, la *legitimidad* es una idea potencialmente revolucionaria, que no forma parte del razonamiento de los poderes constituidos, pero sí de los grupos independentistas. La denominación *legitimidad democrática* puede también aludir a un meta-ordenamiento de contraste, como sería el determinado por el estándar internacional o constitucional de los países dotados de regímenes democráticos con tradición democrática (este razonamiento suele también aflorar en los debates nacionalistas para tratar de justificar la aplicación, a grupos secesionistas no colonizados, del derecho de autodeterminación de los pueblos colonizados); pero, en el texto, lo empleo en el sentido técnico-constitucional indicado, es decir, como el grado de cercanía a la soberanía popular que viene determinado por la forma de selección del titular de un órgano dotado de potestades normativas.

suprema hipotética, cuyo contenido sería “*cúmplase la Constitución*”) comienza con la Constitución, sigue con las leyes parlamentarias y los reglamentos (según la ordenación de las autoridades que los aprueban) y termina con los actos de aplicación (administrativa y judicial) de toda la normativa anterior.

La estructura piramidal ayuda a comprender el ordenamiento jurídico de los Estados unitarios, pero, en los Estados compuestos, el principio de *jerarquía* normativa que la inspira debe ser coherente con el de *competencia*, por el que las distintas materias legislables son repartidas constitucionalmente entre las distintas instancias legisladoras (Parlamentos y Gobiernos del *Oberstaat* o Estado central y del *Gliedstaat* o entidades políticamente descentralizadas, como nuestras Comunidades Autónomas) mediante fórmulas complejas que exigen un delicado ajuste que frecuentemente corresponde perfilar al Tribunal Constitucional.

En efecto, en los Estados compuestos, con arreglo a técnicas federales de distribución competencial, hay materias constitucionalmente: i) reservadas exclusivamente al *Oberstaat*, esto es, al Parlamento o Gobierno centrales (como las que afectan a Estado en sentido global o *Gesamstaat*; las que se refieren a territorios estatales no integrados en instancias descentralizadas; las que tienen por objeto armonizar y coordinar actuaciones en todo el territorio estatal; o aquellas en que las instancias descentralizadas sólo tienen competencias *ejecutivas* pero no legislativas); ii) repartidas entre los órganos centrales y los descentralizados (como sucede en las llamadas competencias *compartidas* mediante la técnica *bases-desarrollo*, en que el Estado central se reserva la normación de las *bases* y las instancias descentralizadas la del *desarrollo* de las mismas); iii) atribuidas indistintamente a ambas instancias territoriales (como sucede en las denominadas competencias *concurrentes*); y iv) reservadas exclusivamente al *Gliedstaat*, esto es, a las instancias territorialmente descentralizadas (por eso, suelen ser denominadas competencias *exclusivas*; aunque, en rigor, no lo son, pues deben ser entendidas sin perjuicio de las competencias horizontales atribuidas al *Oberstaat* o Estado central).

Por tanto, en los Estados compuestos, la pirámide normativa kelseniana se mantiene para explicar: i) la jerarquía de la Constitución sobre los sub-ordenamientos creados por las instancias territoriales descentralizadas; y ii) la jerarquía normativa interna que es propia de cada uno de esos sub-ordenamientos territoriales; pero es insuficiente para explicar simultáneamente la separación de tales sub-ordenamientos entre sí y la subordinación de todos ellos a la Constitución.

Por otro lado, el *principio de competencia* se aplica también para explicar la reserva de determinadas materias a un determinado tipo formal de legislación, así como la reserva de ese concreto tipo a aquéllas materias; es lo que sucede, entre nosotros, con las Leyes orgánicas, los reglamentos parlamentarios y, en general, con todas las leyes formales parlamentarias que, por disposición constitucional o estatutaria, requieren una mayoría especial para su aprobación final. En estos casos, la triple *reserva* (*material, formal y*

procedimental) impuesta por el *bloque de la constitucionalidad* excluye que la materia objeto de la misma sea regulada por una norma distinta, pero ello no significa que la Ley orgánica (o, en general, la que sea objeto de la reserva) sea jerárquicamente superior a la ley ordinaria, sino, simplemente, que, entre ambas, rige el *principio de competencia*.

El mismo *principio de competencia* se aplica a las normas internacionales contenidas en Tratados o en Resoluciones de Organizaciones (internacionales) de cooperación o (supranacionales) de integración, como las comunitario europeas (por eso, la normativa europea no *deroga* -plano de vigencia- ni *anula* -plano de la validez-, sino que *desplaza* -plano de la eficacia- a la normativa interna de los Estados miembros en las materias de su competencia, mediante los llamados efectos de *primacía* y *eficacia directa*).

Pues bien, podemos resumir lo expuesto señalando que la compleja imbricación del Poder Legislativo en los distintos niveles del ordenamiento y la estructuración de éste según los principios de *jerarquía* y *competencia*, determina no pocos de los problemas prácticos que presenta en la actualidad la *división de poderes* y a los que luego aludiré.

C) Poder Legislativo y orden jurídico.

El *orden social* de un grupo se convierte en *orden jurídico*, y se denomina así, cuando su implantación efectiva es pretendida por el Derecho del grupo empleando, como medio para lograrlo, las disposiciones imperativas y coactivas que constituyen el *ordenamiento jurídico*. De esta dinámica instrumental (donde el *sujeto* es el grupo social y, paradigmáticamente, el grupo estatal; el *medio* empleado es el ordenamiento jurídico; y el *fin* es el orden jurídico), resulta que podemos concebir al *orden jurídico* como el efecto que el conjunto orgánico de disposiciones imperativas y coactivas que componen el ordenamiento jurídico de un grupo social produce al incidir sobre los componentes de ese mismo grupo, determinando para los mismos correlativas posiciones de vinculación, poder y libertad, cuyo conjunto interrelacionado expresa el modelo de convivencia social querido por el grupo, según los valores estimados por la mayoría del mismo.

Para la intelección del *orden jurídico*, la Teoría general del Derecho ha elaborado una serie de conceptos máximamente abstractos, como son los de *disposición*, *posición*, *relación*, *institución*, *situación*, *estado*, *esfera*, *estatuto* o *rama* jurídica.

– La *disposición o norma jurídica* es todo mandato imperativo y coactivo que forma parte del ordenamiento jurídico⁵⁷. En coherencia con los conceptos antes fijados, no

⁵⁷ El término *disposición jurídica*, que empleo preferentemente en el texto, es propia del imperativismo jurídico (que lo prefiere a la usual expresión *norma jurídica*, acuñada por el normativismo jurídico), entendiendo que revela mejor la naturaleza de fuerza y voluntad sociales que es inherente al concepto de Derecho, mientras que *norma* parece aludir a una regla racional de conducta que puede aparecer también en otros sistemas normativos, como el moral o el de las meras relaciones sociales. Empero, hecha esta advertencia, entiendo que, una vez que a estas expresiones se les añade el calificativo *jurídicas* (que las distingue de las propias de otros ámbitos normativos, como las *morales*), pueden emplearse ambas como sinónimas.

todas las disposiciones del ordenamiento proceden de la ley (las hay, por ejemplo, que proceden de la costumbre, de la jurisprudencia o de los principios jurídicos generales); ni siquiera todas proceden del grupo estatal (las hay, por ejemplo, que proceden de los contratos privados entre particulares, por eso su eficacia *-fuerza de ley*, la llama curiosamente el art. 1091 de nuestro Código civil- queda limitada -por el *principio de relatividad* de los contratos- al ámbito de los contratantes). Pero todas las *disposiciones o normas jurídicas* presentan una estructura similar, en cuanto que cuentan con un supuesto de hecho (*tatbestand*) al que aplican una consecuencia jurídica (*rechfolging*), como se aprecia con claridad en las que contienen tipos penales.

Pues bien, las *disposiciones*, cuyo conjunto forma el ordenamiento jurídico, al incidir sobre la realidad social normada por las mismas, la *afectan* jurídicamente, esto es, la *juridifican*, convirtiéndola en contemplada y regulada por el Derecho. Este efecto primario es denominado *efecto-autoridad* de la norma y del mismo se derivan los, bien conocidos, *efectos obligatorios* de las normas jurídicas (no cabe alegar *ignorancia* para eludir su cumplimiento; el *error de Derecho* sólo tiene los efectos que el Derecho establezca; el *desuso* no prevalece contra una disposición vigente, etc); y los, no tan bien conocidos, *efectos constitutivos*.

Los *efectos constitutivos* son producidos por la incidencia de las disposiciones jurídicas sobre los componentes sociales, esto es, sobre los sujetos (personas físicas o jurídicas), objetos (en rigor, sobre quienes ostentan la titularidad de los mismos) y actuaciones (en rigor, sobre quienes las llevan a cabo); ya que dicha incidencia genera y *constituye*, en las personas afectadas, diversas *afectaciones jurídicas*.

– La *posición jurídica* es la afectación más primaria y puede consistir en conferir, a una o varias personas, un *poder* concreto de actuación (sea en forma de derecho subjetivo, privilegio, beneficio u otra ventaja)⁵⁸, sujetarles a una *vinculación* (sea

⁵⁸ Se las denomina posiciones jurídicas *positivas* porque amplían la esfera jurídica de los destinatarios, pero importa resaltar que suponen conferir un *poder* concreto de actuación, ya que, en el marco de explicación global del fenómeno del *poder* que trato de presentar en este estudio, implican una *concretización* progresiva del mismo, en cuanto que la que la fuerza social que sustenta al *Derecho* (con mayúscula, es decir, el *Derecho objetivo*), se condensa en una norma o disposición jurídica que la transforma en un *poder concreto* de actuación, el cual puede ser técnicamente construido como un *derecho* (como minúscula, es decir, *subjetivo*), al que corresponde el correlato de una *obligación* que se impone a otra persona de carácter privado (derechos subjetivos y obligaciones de Derecho privado) o público (derechos públicos subjetivos y obligaciones de Derecho público), pero también como una mera *facultad* (situación simple de poder que forma parte de un derecho subjetivo más amplio que engloba también a otras facultades), un *privilegio* (situación de ventaja comparativa que la norma confiere solo a ciertas personas por razones de interés público), un *beneficio* (situación de ventaja comparativa que sólo se confiere a quienes previamente absuelvan determinadas cargas que expresan un interés público que se trata de conseguir con ellas), o incluso una *potestad* (situación de poder concreto directamente conferida por la norma, pero que conlleva también obligaciones, por lo que es funcional, es decir, pensada en función de una finalidad de interés público que la explica y modula, como sucede, p.e. con la patria potestad). Es importante aprehender esta proteica dinámica de concretización para vislumbrar, en cada posición jurídica positiva de carácter concreto, la esencia de fuerza social que encierra, la sustenta, incardina en el ordenamiento y la remite al cuadro sistémico general del Derecho del grupo social correspondiente, normalmente, el estatal.

en forma de *obligación* concreta de dar, hacer u omitir; *carga, modo, gravamen* u otra sujeción pasiva)⁵⁹; o permitirles un *ámbito*, más o menos amplio, de actuación que está *exento* de regulación ajena (sea en forma de *libertad*, de *autonomía*, de *exención*, de *no sujeción* o de otras afectaciones neutras)⁶⁰.

El conjunto de posiciones jurídicas que, en cada momento y por todos los conceptos, afectan, a una persona o grupo, conforma su *esfera jurídica*, la cual, por consiguiente, es objeto de todo tipo de disposiciones, incluso de propia procedencia, pues la *autonomía* no es sino la capacidad, jurídicamente reconocida, de ordenar, dentro de ciertos límites legalmente establecidos, la propia esfera jurídica, como sucede, en Derecho privado, con la *autonomía de la voluntad*⁶¹ o, en Derecho público, con las *autonomías políticas*⁶².

⁵⁹ Estas *posiciones* jurídicas se denominan negativas porque restringen la esfera jurídica de sus destinatarios; pero en su construcción técnica, son el reverso de las *positivas*. Así, al *derecho subjetivo* o a sus facultades integrantes, corresponde la *obligación jurídica* de satisfacerlos (el término *deber/es* tiene más bien un sentido moral, salvo cuando se emplea como sinónimo de posiciones jurídicas pasivas); al *privilegio*, la de soportarlo; al *beneficio*, la *carga* que previamente es necesario absolver para conseguirlo; y, a la *potestad*, la *sujeción* a la misma. Desde la perspectiva del *poder*, son mandatos imperativos que la fuerza social inherente al Derecho puede concretar en forma negativa (como exigencias de abstención u omisión) o positiva (como exigencias de dación o acción).

⁶⁰ Las posiciones de *libertad* son también resultado de la fuerza social inherente al Derecho y sus construcciones técnicas tienden a garantizar ámbitos que el Derecho no quiere regular por motivos de interés público, como las *no-sujeciones* (declaraciones de que algo no se encuentra encuadrado en el supuesto de hecho de una norma, contribuyendo así a delimitarlo), las *exenciones* (reconocimientos de que de algo se encuentra comprendido en el supuesto de hecho de una normas, pero existen motivos de interés general que requieren exceptuarlo de la correspondiente consecuencia jurídica que, sin dicha excepción, sería aplicable) o las *dispensas* (inaplicaciones de la norma a ciertos casos en los que pueden concurrir ciertas circunstancias particulares de interés público para cuya apreciación se habilita a la autoridad competente al respecto).

⁶¹ La conceptualización jurídica de las *autonomías* es compleja, pues pueden consistir en ámbitos exentos de regulación porque el Derecho estatal *no puede* incidir en ellos, por la sencilla razón de que el grupo social del que procede la fuerza en que el Derecho consiste no le ha habilitado para ello, sino que se ha *reservado* su regulación, imponiendo un núcleo indisponible para el legislador. Así sucede con los derechos humanos, una de cuyas manifestaciones es la propiedad, en cuya dinámica hay ámbitos de regulación que corresponden a los propios interesados mediante la denominada *autonomía de la voluntad*, esto es, la posibilidad de auto-regulación de la propia esfera jurídico-privada dentro de los límites que la ley establece por razones de interés general, como es el orden público o la necesaria preservación de intereses de terceros.

⁶² Las *autonomías políticas* (ámbito de autogobierno del *Gliedstaat*, es decir, de los grupos territoriales sub-estatales dotados de un Poder Legislativo propio), son “de construcción constitucional” ya que sus límites son definidos por la Constitución u otras normas que se sitúan en el nivel *constitucional* del ordenamiento jurídico estatal, como sucede en España con la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, existen *autonomías* constitucionalmente reconocidas a grupos no dotados de un Poder Legislativo propio, como las entidades locales (*autonomía local*) o las Universidades (*autonomía universitaria*); las cuales son “de construcción legal”, pues sus límites son determinados por la legislación, esto es, en el nivel legal del ordenamiento jurídico. En estos casos, el ordenamiento opera, primero en el nivel constitucional, reconociendo la autonomía, y luego, en el nivel legal, configurando sus límites. El problema de cómo conseguir que los límites legalmente impuestos no desdibujen el reconocimiento constitucional de la autonomía se resuelve construyendo ésta mediante la técnica de la *garantía institucional*, por la que se entiende que la Constitución ha garantizado un ámbito que la legislación *infra*-constitucional debe respetar y que está definido por los elementos esenciales que tradicionalmente han constituido la imagen de dicho ámbito, la cual debe ser legislativamente preservada. Esta técnica es la empleada también en la Constitución española para garantizar la autonomía de los territorios forales.

- Como es sabido, la interconexión de *posiciones jurídicas* conduce al concepto de *relación jurídica*. A partir de ahí, un conjunto caracterizado de relaciones jurídicas conforma una *institución jurídica*, lo mismo que un conjunto caracterizado de instituciones jurídicas conforma una *rama* del Derecho y todas las disposiciones de las distintas ramas del Derecho integran el *ordenamiento jurídico*. La dinámica o ciclo funcional de los efectos constitutivos de las disposiciones que componen dicho ordenamiento jurídico se cierra cuando se aprecia que el *orden jurídico* resultante de aplicarlas no es sino una visión macroscópica del conjunto interrelacionado de posiciones de poder, vinculación y libertad que tales disposiciones habían previsto.

Para comprender este juego de agregaciones conceptuales sucesivas que conducen a la noción final de *orden jurídico* y, sobre todo, para explicar la participación de las personas en sus distintas fases, se emplea el plástico concepto de *situación jurídica* y su derivado, el *estado jurídico*.

- *Situación jurídica* es todo fenómeno unificado por una o más circunstancias que le dotan de unidad de intención sentido; cuando tal situación es un conjunto de *posiciones* interrelacionadas, se denomina, como se ha indicado, *relación jurídica*; cuando es un conjunto de relaciones, *institución jurídica*; cuando es un conjunto de *disposiciones* sectoriales, suele emplearse para denominarla el italianismo *estatuto jurídico*.
- El concepto de *situación jurídica* tiene importancia para determinar el concepto de *estado jurídico*, que no es sino la participación de una persona o grupo en una situación jurídica que determina el ámbito de poderes, vinculaciones y libertades reconocidos a la misma. Cuando esa participación se define en función de circunstancias objetivas (condiciones jurídicas), como la residencia, se habla más bien de *condición jurídica*; y cuando se define en función de circunstancias subjetivas (cualidades jurídicas), como la capacidad de conocimiento y voluntad, se habla más bien de *estado jurídico*. Los más conocidos *estados jurídicos* son los llamados *estados civiles* (porque determinan el ámbito de participación de una persona en los negocios civiles según sus condiciones naturales y sociales). Un *estado jurídico* intermedio (porque, según la forma de adquirirla, puede suponer condiciones y cualidades) es la *nacionalidad* (que determina el ámbito de participación de una persona en el grupo estatal como ciudadano).
- A partir de ahí, surgen los conceptos de: i) *titularidad* (que es el estado jurídico consistente en la efectiva tenencia u ostentación de una concreta afectación de poder, vinculación o libertad); ii) *capacidad jurídica* (que es la susceptibilidad que toda persona tiene de ostentar titularidades jurídicas); iii) *capacidad de obrar* (que es la posibilidad que una persona tienen de obrar con eficacia jurídica con respecto a las posiciones jurídicas de que es titular); y iv) *esfera jurídica* (que es el conjunto de posiciones jurídicas de que una persona es titular por todos los conceptos).

5. Centralidad de la institución parlamentaria.

Pues bien, recapitulando la compleja deconstrucción conceptual (del *Derecho*, del *ordenamiento* y del *orden* jurídico) que se ha expuesto en el epígrafe anterior, es importante subrayar que corresponde, no exclusiva, pero sí principalmente, al Poder Legislativo y, en concreto, a la *ley formal* (parlamentaria), introducir *disposiciones* jurídicas en el ordenamiento y, por tanto: definir las *posiciones* jurídicas de poder concreto y correlativa vinculación que las mismas determinan para los ciudadanos; modulando así de forma decisiva las *relaciones* jurídicas que las implican, el sentido general de las *instituciones* y los límites que el interés general requiere imponer sobre las *situaciones* y *estados* jurídicos, así como para el reconocimiento social de las *capacidades* jurídica y de obrar, y la fijación del ámbito de las distintas *autonomías* de Derecho privado (como la autonomía de la voluntad) y público (como las de construcción constitucional o legal); modulando, en suma, las *titularidades* y condicionando el ámbito de las *esferas* jurídicas de todas las personas y grupos intra-estatales.

En suma, el papel del Poder Legislativo y, en concreto del Parlamento, en la configuración del *orden jurídico* estriba en que, del mismo, emanan las principales disposiciones del ordenamiento jurídico, cuales son las *leyes formales* parlamentarias.

La función de tales leyes es precisamente: i) señalar los límites de actuación admisibles es decir, de lo que puede y no puede ser hecho en el seno del grupo estatal (función *de delimitación* del *agere licere* social); ii) conferir concretos *poderes* (en rigor, todo tipo de posiciones jurídicas activas) de actuación (función *de habilitación*); iii) imponer los *deberes* (en rigor, todo tipo de posiciones jurídicas pasivas) correspondientes (función *de vinculación*); iii) marcar y garantizar los ámbitos de *libertad* (en rigor, todo tipo de posiciones jurídicas neutras) que deben ser respetados (función *de preservación*); iv) establecer medidas para facilitar, promover y premiar el cumplimiento (función *de fomento*); y v) determinar las consecuencias jurídicas del incumplimiento (función *de reacción*), señalando, en su caso, el ámbito y efectos de la invalidez (reacción mediante *invalidación*), las sanciones, eventualmente penales, aplicables en caso de incumplimiento o realización de infracciones tipificadas (reacción mediante *sanción*) y las medidas adecuadas para restablecer el orden alterado (reacción mediante *reparación*).

Las disposiciones contenidas en las leyes son, como todas las jurídicas, *imperativas*, pero pueden ser construidas técnicamente mediante preceptos *facultativos* (si se deja al destinatario decidir su aplicación), *dispositivos* (si el destinatario puede desplazar su eficacia mediante pactos en contra), *cogentes* (si no admiten decisiones ni pactos en contrario), *declarativos* (si se limitan a reconocer o formular), *constitutivos* (si crean posiciones jurídicas), y más o menos *expeditivos* en las reacciones contra su incumplimiento o infracción.

Todo ello genera una *escalidad normativa* o *escala de la normatividad* que admite múltiples variantes, desde preceptos que sólo enuncian valores, principios, criterios, guías, planes, directrices, bases o pautas de comportamiento, con valor más o menos indicativo o vinculante; a otros que señalan reglas hermenéuticas (leyes interpretativas), imponen taxativamente actuaciones (leyes preceptivas), las prohíben (leyes prohibitivas) o sancionan (leyes sancionadoras), incluso de forma punitiva (leyes penales). Por su ámbito personal, material, espacial y temporal, caben leyes y preceptos legales comunes o limitados a personas que se encuentren en determinadas situaciones (leyes de Derecho singular), a ciertos sectores de actividades (leyes sectoriales), a cierto territorio (leyes de Derecho particular) o tiempo (leyes transitorias o derogatorias) o que establecen la manera de resolver conflictos normativos (leyes conflictuales, como las de Derecho internacional privado).

Esta profusión de funciones de la ley y de tipologías de sus preceptos se debe a la gran variedad de exigencias y matices de regulación que dimanar de la variopinta realidad social del grupo en el que está constitucionalmente habilitado para legislar cada Parlamento. Dicha realidad social presenta circunstancias que requieren una diferente formulación, adaptación y modulación de lo que postula el interés público en cada una de ellas. Pero, en todo caso, las disposiciones de las leyes parlamentarias encierran una decisión de voluntad popular (se habla así de *voluntas legis vel legislatoris*) a través de la cual los representantes elegidos por el pueblo determinan cuál es el interés general y lo que, en función del mismo, debe ser hecho (*res quae agenda sint*) en la materia objeto de regulación, para configurar así el *orden jurídico* que resulte al aplicarlas (función de *ordenación*).

Por todo ello, en los regímenes democráticos los Parlamentos ocupan una posición institucional de centralidad en el sistema de poderes constituidos, hasta el extremo de que, como se verá, la doctrina de la *división de poderes* fue inicialmente entendida en Francia, partiendo del modelo parlamentario inglés, en función de una irresistible supremacía parlamentaria.

X. EL PODER EJECUTIVO.

1. Origen y evolución.

A) La concepción divina del poder ejecutivo.

Tres primitivos monosílabos latinos de origen indoeuropeo quintaesenciaban la función legislativa (*lex*), ejecutiva (*rex*) y judicial (*ius*) que competían a la organización política romana, la cual suele ser tomada como paradigmática. Los tres

remitían a una divinidad, masculina, paterna, suprema y celestial (en griego, *Zeus-[d]ios*, dios padre, latinizado como *Jupiter*) que, luchando contra oscuras, irracionales y titánicas fuerzas (*titanomaquia*), había convertido (como se ha señalado también al tratar del origen mítico del Poder Legislativo) el primigenio *caos* en *cosmos*, es decir, que había configurado y ordenado el universo racionalmente con leyes inmutables. La voluntad de esa divinidad guerrera, victoriosa y omnipotente (*vos*, radical ínsito en el genitivo griego (*d*)*ios*, que se reputa origen de *ius*, derecho) era tenida como la fuente de todo poder en el cielo y la tierra; y se creía que la misma era comunicada mediante los pontífices, esto es, personas físicas investidas de la función sacerdotal (del latín *sacer*, sagrado, y el indoeuropeo *d̄hē*, hacer) consistente en establecer puentes de comunicación entre la humanidad terrenal y la divinidad celestial para declarar qué era conforme (*fas*) o contrario (*nefas*) al designio divino⁶³.

A imitación de ese orden celestial, las comunidades humanas de cariz político más ancestrales, en el referido ámbito indoeuropeo cuyo paradigma es la Roma fundacional, eran grupos familiares y patriarcales de estructura clánica, regidos por un etnarca (*rex*, el que rige), que los gobernaba con el auxilio de un consejo de ancianos padres de familia (*Senatus*, de *senes*, anciano) y un colegio de sacerdotes presidido por un sumo pontífice. El gobierno consistía en asumir y dirigir la fuerza (*vis*) de la comunidad para garantizar, ante todo, su supervivencia (de ahí que Cicerón recordase a los cónsules gobernantes que *salus populi suprema lex esto*, esto es, que, para ellos, la salvación del pueblo siempre había de ser la suprema ley).

B) El poder militar como origen de las potestades ejecutivas.

Por tanto, la prioritaria función ejecutiva asignada al *rex* era el mando militar (*imperium*) para dirigir la guerra (*bellum gerere*) contra los enemigos cuya victoria significaría la aniquilación del grupo como tal; una guerra que, en principio, se presenta, pues, como defensiva, pero que puede terminar siendo ofensiva si, pretextando la preservación de los intereses vitales del pueblo, es empleada con fines de expansión o conquista.

⁶³ Los sacerdotes tenían funciones que, en la Roma antigua, fueron determinando una especialización. Por un lado, la función *cultual* (celebrar ritos litúrgicos y ofrecer sacrificios a la divinidad, para alabarle, darle gracias, pedirle clemencia o ayuda) dio lugar a los *pontífices* en sentido religioso estricto (de *religare*, reconectar a los hombres con la divinidad). Por otro, la función adivinatoria (de *ad divinare*, acercarse a la divinidad para escrutar su voluntad) por los, muy prestigiosos, *augures* (de *avis*, ave, y *gusio*, oír) y los, más sencillos, *arúspices* (de *harus*, entraña, y *auspicio*, observar); ambos partían de la idea de la adecuación del microcosmos al macromos que permitía conocer éste examinando aquél, bien mediante una observación de la dinámica externa de los seres más cercanos al cielo, como las aves o de la estática interna de las entrañas de los selectos animales sacrificados a la divinidad. Las respuestas de ambos (*auguria*, *auspicia*) eran conservadas por los colegios augurales y su técnica en los *libros haruspicinos*, aunque la primacía interpretativa residía en los antes citados *libros sibilinos* que, custodiados por las vestales, recogían los oráculos de las sibilas.

Las funciones legislativa (*leges ferre*, dar leyes al pueblo) y judicial (*ius dicere*, declarar lo justo en litigios concretos) eran propias de tiempos de paz (según la máxima ciceroniana *silent leges inter arma*, las armas silencian las leyes), pero la caución de la guerra seguía siendo prioritaria (según la máxima de Vegecio, *si vis pacem, para bellum*, prepara la guerra si deseas la paz) y, en esa línea, se explican las grandes obras viarias (calzadas, posadas), portuarias (muelles, arsenales), hídricas (puentes, acueductos) y de defensa urbana (murallas, fortificaciones) e incluso de celebración triunfal (arcos, columnas, templos, estatuas y monumentos funerarios) ejecutadas por los ingenieros militares. La declaración de la guerra y la firma de la paz (*ius belli ac pacis*) eran, pues, las atribuciones ejecutivas primordiales, ambas ligadas a quien ostentaba el supremo mando militar (*imperium*) a título de *rex* o, derrocada la monarquía, de magistrado nombrado como jefe del ejército (*imperator*).

Este mando comenzó a proyectarse fuera del ámbito estrictamente castrense, primero con los emisarios encargados de negociar la paz (*legati de pace*) y luego de administrarla (*militia civilis*), mediante el cobro de las exacciones de sumisión pactada (*stipendium*) o impuesta por conquista (*tributum soli*), las concesiones de tierras a los veteranos (*ius centuriationis*) o cultivadores (*ius in agro vectigali*) o el gobierno provechoso de las provincias y la administración de los caudales resultantes (*fiscus principis*) mediante representantes extraprocesales (*procuratores fisci*) y procesales (*advocati fisci*).

C) Aplicación del imperium al ámbito de la ciudad.

Pero aún parecía que el *imperium* era algo propio de zonas inseguras, como las de frontera exterior (el *limes*, trazado tras combatir con los bárbaros, expresión onomatopéyica que alude a los que apenas balbucean una lengua inteligible), las provincias en vías de pacificación⁶⁴, o el siempre inseguro campo (*ager*); esto es, de ámbitos de vanguardia donde la civilización (de *civitas*, ciudad) aún no estaba asentada; de suerte que no procediera aplicar dicho concepto de *imperium* a la retaguardia, donde se ubicaba el ámbito de la ciudad.

Por ciudad (*urbs*) se entendía no sólo Roma (que era la urbe fundacional por excelencia, donde regía el antiguo derecho de los de los ciudadanos libres (*ius quiritarium*; de *quirites*, señores), sino todas las urbes itálicas del Lacio, que habían sido conquistadas tras las primeras guerras expansivas, y las extra-itálicas a

⁶⁴ Los países ocupados a los vencidos eran denominados con el sustantivo *provinciae* que recoge las ideas de *pro*, fomento o explotación; *vincis*, de o a costa de los vencidos. Las provincias eran *imperiales* cuando estaban sujetas al *imperium* (mando militar establecido para precaver rebeliones ulteriores), situación que se mantenía hasta que estuvieran pacificadas (*pacatae*) y fueran susceptibles de ser puestas bajo el control del Senado (*provinciae senatoriales*).

las que, por su pacificación, se les había reconocido el mismo régimen latino (*ius latii*); y terminó por extenderse a todo el imperio romano (*urbi et orbi*) tras la generalización de la ciudadanía ordenada por Caracalla (*Constitutio antoniniana* del año 212).

Pues bien, la ciudad tenía su propio Derecho (el *ius civile*), que no se basaba en la fuerza (*potestas*), sino en el reconocimiento (*auctoritas*) manifestado en el respeto debido a: i) los criterios de los antepasados (*mores maiorum*); ii) la experiencia de los ancianos (*senes*); iii) la posición social preeminente de los padres de familia (*patres familiae*); iv) el prestigio político (*auctoritas patrum*) de las decisiones (*Senatusconsulta*) de quienes conformaban el Senado⁶⁵; v) el prestigio de los *jurisprudentes*⁶⁶; y vi) sobre todo ello, se erigía la suprema majestad del propio pueblo (*maiestas populi*) cuya voluntad colectiva se expresaba en las leyes (*leges*) que eran aprobadas por los Comicios (*Comitia*)⁶⁷.

Pero este denso acervo de *auctoritas* (que regía la convivencia ciudadana fuera de los espacios militares) necesitaba también el concurso de la *potestas* para evitar altercados y garantizar la paz social en los ámbitos civiles.

Por eso, el *imperium*, no sólo se confería, en el ámbito urbano (*pomerium*)⁶⁸, a los mandos militares con función policial directa (*praefectus pretorii* o jefe de la guardia pretoriana), sino también a otras magistraturas (civiles) encargadas, por tiempo limitado, de la administración de lo público (*res publica*), como los *cónsules*⁶⁹ los

⁶⁵ La condición de senador se adquiría directamente por pertenencia a la clase patricia (*patres patricii*) o indirectamente mediante el nombramiento senatorial (*conscriptio*) para altos cargos (magistraturas *maiores*), tras cuyo desempeño, el que había sido nombrado se convertía en senador, aunque perteneciera a las clases ecuestre o plebeya (*patres conscripti*).

⁶⁶ Los juristas eran, en su origen, sacerdotes especializados en resolver conflictos humanos con criterios celestiales, razón por la que sus respuestas (*responsa*) se recababan de la antigua sabiduría oracular y augural de los pontífices, hasta el punto que se decía que el Derecho (*ius*) sólo consistía en la autoridad de los prudentes (*in sola auctoritas prudentium consistit*, como señaló Pomponio en D.1.2.2.12), la cual se extendía a las opiniones (*sententiae*) que, basados en ellas, dictaban los jueces o árbitros legos en Derecho.

⁶⁷ Los Comicios legislativos eran los *centuriata* (esto es, aquellos en los que el pueblo se ordenaba militarmente por *centurias*), aunque también los había *tributa* (en que el pueblo se ordenaba por *tribus*, con función más bien electiva de magistrados) y *curiata* o *calata* (en que el pueblo se ordenaba por *curias*, con funciones más ancestrales, como elegir al magistrado con imperio supremo, el *rex*, y aprobar las *arrogationes*, es decir, las adopciones solemnes para dar sucesor a un *pater familiae* aprobando un testamento *calatis comitiis*; si bien, desaparecida la monarquía, para esta segunda función, las curias no se reunían sino que eran presentadas por 30 *lictors*).

⁶⁸ *Pomerium*, de *post-moerium*, es decir, intra-muros, es una expresión arcaica que alude al sagrado recinto de la ciudad de Roma que, como fundador de la urbe y en una clara acción mistagógica originaria, demarcara Rómulo con hitos y el rey Servio Tulio con murallas, aunque fue objeto de modificaciones posteriores por el dictador Sila y los grandes emperadores de la dinastía julio-claudia.

⁶⁹ La denominación *cónsul* (el que consulta) se debe a, si bien eran los supremos encargados del gobierno ordinario, debían consultar al Senado las principales decisiones a las que, además, el cónsul compañero (significativamente llamado *collega*) podía oponer su veto o *intercessio*.

pretores (que tenían encargado el orden y seguridad públicas y especialmente en el ámbito de la administración de la justicia)⁷⁰; los *ediles* (encargados de los asuntos locales); o los *cuestores* (supervisores del mercado)⁷¹

D) La concentración del poder de imperio.

A partir Augusto y, decididamente, tras la *lex de imperio Vespasiani* (circa 70 d.C), los emperadores fueron asumiendo las funciones supremas de los diversos cargos militares (*imperium militiae*), civiles (*potestas pretoria*) y sacerdotales (*pontificatus maximus*), de la época republicana, incluso tomaron la inviolabilidad de los tribunos populares (*sacrosanctitas tribunicia*), y la facultad de conferir el *ius respondendi* a los juristas (que terminaron por convertirse en funcionarios áulicos dedicados a reescribir, en nombre del emperador, las respuestas jurídicas, llamadas *rescripta* por escribirse al margen de las propias cartas de consulta); llegando a orientalizarse, como los *basilei* helenísticos, e incluso a recibir culto como divinidades, bajo los títulos de divino y augusto. Entonces sus *edicta* se convirtieron en *constituciones imperiales*, que desplazaban toda otra norma o se imponían como leyes nuevas (*novellae*).⁷²

Concluyó así la progresiva expansión del *imperium* (de caracterización militar y, por ende, coactiva) que, ya en época republicana, abarcaba todo ámbito en el que era preciso aplicarlo para garantizar la seguridad ciudadana, instaurar o restaurar la

⁷⁰ El vocablo *praetor* indica un origen militar, pues deriva de *pre-ire*, ir al frente. Sin embargo, las magistraturas menores denotan, por su etimología, más bien un origen funcional determinado por la misión que se les asignó por exigencia de la plebe al patriciado urbano; así, el término *aedil* evoca la vigilancia de los templos y los grandes edificios públicos (*aedes*), que constituyó una de sus primeras misiones; y la voz *quaestor*, enlaza con *quaerere*, investigar.

⁷¹ Estas magistraturas eran reputadas *ordinarias* (a diferencia de la *dictadura* o el *tribunado*, que eran *extraordinarias* y, por ello conferidas por el Senado mediante un *Senatus consultum ultimum*); se dividían en *mayores* (cónsules, pretores) y *menores* (ediles, cuestores) y a las mismas se accedía respetando una carrera de cargos (*cursus honorum*) regulada por la *lex Villia*, de suerte que las magistraturas *menores* eran conferidas, mediante una *lex de imperio*, por los *Comitia tributa* (lo que releva un *imperium* más bien policial) y las *mayores* por los *Comitia centuriata* (lo que evoca el trasfondo militar de todo *imperium*); por lo mismo, sólo las magistraturas *mayores* eran *curules* en el sentido de que la investidura del *imperium* urbano que conllevaban, por afectar al recinto sacro o *pomerium* de la ciudad, requería además una *lex curiata*, esto es, una decisión del pueblo adoptada en los Comicios curiados (*Comitia curiata*), es decir, organizados por las antiguas 30 curias (de *co-viria*, unidad de soldados), aunque éstas sólo actuaban simbólicamente representadas por 30 *lictors*. En las provincias, estas funciones estaban encomendadas a los gobernadores, que las ejercían en lugar de (*pro*) de sus homólogos capitalinos, a título de *procuratores* (en las imperiales), *procónsules* o *propretores* (en las senatoriales), así como a los cargos urbanos similares. En los municipios, se reproducía el esquema con los *dumviro*s (semejantes a *cónsules*), un concejo de notables (*senatus*) y otros cargos edilicios. Todas las magistraturas, durante el tiempo de su mandato, estaban investidos de la *potestas edicendi* o de promulgar edictos para general conocimiento de las actuaciones que no estaban dispuestos a tolerar.

⁷² Una concentración tal de poder permitió a Justiniano dictar sendas constituciones universales para todo el orbe (*Constitutiones Tanta* y *Deo auctore*, de 533 y 534 d.C) por las que confería vigencia de *imperium* a todo el acervo de fuentes jurídicas romanas que ordenó recopilar en el que (para diferenciarlo del canónico) Dionisio Godofredo denominaría (en 1583) *Corpus Iuris Civilis* (es decir, las *responsa* de los prudentes, el edicto pretorio perpetuo, las *leges comiciales*, los *senadoconsultos*, y los *rescripta, edicta* y *constituciones* imperiales).

paz y el orden público, es decir, en todas las situaciones de potencial o real enfrentamiento entre ciudadanos, o, lo que es lo mismo, en las “guerras” entre particulares, las cuales, a diferencia de las guerras contra un enemigo exterior, no comprometían la existencia del grupo como tal, postulando su defensa militar, pero sí la tranquila convivencia, requiriendo la imposición coactiva de la paz. El *imperium* añadió así, a su carácter militar (coactividad, ejecutividad), la naturaleza pretoria (inmediatez, agilidad) que, desde entonces, presenta el Derecho Administrativo.

E) El origen de las instituciones administrativas.

Pues bien, por lo que ahora nos interesa (caracterizar al Poder Ejecutivo), podemos afirmar que, en estas instituciones greco-romanas de acusado carácter militar y policial, se encuentra el origen de las Administraciones especiales militar, diplomática y financiera, así como el germen de la regulación jurídico-pública de la expropiación forzosa, la contratación administrativa, las obras públicas y la ordenación rural y urbana; y, como se acaba de expresar, el carácter pretorio del Derecho administrativo. También al Derecho canónico, sobre todo tras la reforma gregoriana y el triunfo del decretalismo (predominio de la legislación pontificia mediante decretales sobre la tradición conciliar canónica recopilada en el Decreto de Graciano y defendida por los decretistas), se deben aportaciones trascendentales para la concepción del Poder Ejecutivo, en materias como la fiscalidad (merced al sistema de diezmos y a la reforma tributaria del papado de Avignon), el patrimonio (por el modelo oficios y beneficios), la organización (debido a la nacimiento de las personas jurídicas, el papel de los concilios o el carácter de las potestades vicarias), el procedimiento (sobre todo en materia disciplinaria y electoral) o las fuentes formales (sobre todo los breves pontificios y los *decreta* singulares); que terminaron, en el s. XVI recopiladas en el *Corpus Iuris Canonici*.

Este era el panorama heredado a consecuencia de la recepción europea del Derecho romano-canónico que fue considerado *ius commune*, tanto en sus aspectos jurídico privados como en los jurídico públicos. En éstos últimos, fue trascendental la labor de glosadores y comentaristas de ambos *Corpora Iuris*, sobre todo tras las obras de Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, respecto al Derecho Romano, o Hugo de Pisa (*Hugucio*), Enrique de Susa (el *Hostiense*) Juan Andrés, Nicolas Tedeschi (el *Abad parnomitano*), Juan Teutónico, Bartolomé de Brescia, Bernardo de Parma o Raimundo de Peñafort, respecto al Derecho canónico; que prepararon los grandes textos legislativos de la Recepción (como las *Partidas* de Alfonso X el sabio) y más tarde las grandes compilaciones normativas de la Edad Moderna en todo Europa (como, entre nosotros, la *Recopilación de las Leyes de Indias* o la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*).

Esta situación de *unificación de poderes* (unida al hecho de que las funciones legislativa y judicial han tenido siempre unos perfiles jurídicos característicos que facilitan

su identificación en cualquier época) provocó la idea de que la esencia del gobierno, en tiempo de paz, consistía en ejercer las funciones jurídicas de dictar leyes, aplicarlas y resolver litigios concretos, mientras que la función ejecutiva era relegada al ámbito de la coacción interna (policial) y externa (militar), por lo que se entendía como una manifestación no jurídica de la fuerza grupal dirigida a garantizar y, en caso, restablecer el orden público y la seguridad ciudadana en sus distintos aspectos y sectores.

F) La raíz de las inmunidades de poder.

Hubo, pues, que esperar a la formulación ilustrada de la *división de poderes*, esto es, hasta el fin del Antiguo Régimen (que, en algunos países se prolonga hasta comienzos del siglo XX) para superar el primitivo concepto indiviso del poder con arreglo al cual la fuerza grupal era aglutinada por un monarca (rey, emperador) que ejercía el más alto mando militar, pero que también era el supremo legislador y juez.

Pero, con la *división de poderes*, no se resolvieron todos los problemas pues la anterior *confusión de poderes* había hecho arraigar la idea de que las funciones legislativa y judicial (que han sido siempre las más claramente identificables como *jurídicas*, al consistir, respectivamente, en dictar leyes generales y aplicarlas a casos concretos) constituían la esencia de la ordenación jurídica del grupo político en tiempos y espacios de paz, mientras que la función ejecutiva (por su origen militar) lo era de la ordenación no-jurídica del mismo grupo, tanto en tiempos y espacios de guerra como de paz. En esta idea residual, se encuentra el germen de las *inmunidades* del Poder Ejecutivo que no terminan de ser erradicadas.

El razonamiento absolutista al respecto era claro: si la soberanía residía en el rey y, por eso, este dictaba leyes obligatorias, sentencias inapelables y mandatos indiscutibles, ninguna ley, sentencia o mandato podía oponerse a la voluntad regia y, como nadie, y mucho menos el rey, puede mandarse o prohibirse a sí mismo (principio *nemo imperare sibi nec se prohibere potest*, formulado por Marciano en D.4.8.51), se consideraba que el rey estaba por encima, es decir, no sujeto a ninguna ley (principio *princeps a legibus solutus* o de inmunidad de legislación), no podía ser juzgado por nadie (principio *princeps soli deo iudicatus* o de inmunidad de jurisdicción) ni sometido a ningún otro mandato o coacción (principio *sacrosanctitatis principis* o de inviolabilidad general) y tampoco podía exigírsele ninguna responsabilidad por daños (principio de indemnidad, *the King can do no brown*, el rey no puede equivocarse y, por tanto, tampoco causar ningún daño, en el sentido de que hay que soportar los que produzca sin poder reclamar su indemnización). Obviamente, estas prerrogativas regias se extendían a todos los órganos dependientes de la Corona, también a los encargados del gobierno, la gestión y la administración pública.

Por eso, la *división de poderes*, al implicar la sumisión del Poder Ejecutivo al Derecho (expresado principalmente en las leyes cuya aplicación compete a los jueces), determina el final de cualquier *inmunidad de poder* y el *principio de responsabilidad general* de todos los que lo ostentan en cualquier circunstancia o manifestación. Y, de ahí que la *lucha por el Derecho* a que aludía Ihering tenga como uno de sus principales capítulos el de la *lucha contra las inmunidades de poder* (como vislumbró magistralmente, entre nosotros, D. Eduardo García de Enterría).

2. Concepto: Gobierno y Administración.

El Poder Ejecutivo se encarna en dos complejos orgánicos, el Gobierno y la Administración, cuya caracterización es precisa para comprender el funcionamiento y las disfunciones de la doctrina de la *división de poderes*.

A) El Gobierno.

Desde la perspectiva que ofrece el origen y evolución histórica expresados, el Poder Ejecutivo tiene por objeto adoptar y llevar a cabo cuantas decisiones requiera la subsistencia y progreso del grupo estatal.

En los Estados democráticos, el Poder Ejecutivo se concreta en aquel órgano pluripersonal o complejo de órganos pluripersonales llamado *Gobierno*, que tiene constitucionalmente asignado un ámbito espacial (territorio) y material (competencias) en el cual queda habilitado para ejercer, como función principal, la de desarrollar y ejecutar las leyes parlamentarias aplicables en ese ámbito, así como las de formular y realizar, en ese mismo ámbito, las correspondientes “políticas” (es decir, orientaciones y directrices de actuación), que, según el ámbito de habilitación conferido, pueden revestir carácter exterior o interior, militar o civil.

En los Estados con forma *unitaria*, el ámbito de actuación constitucionalmente asignado al Poder Ejecutivo coincide con el del territorio estatal; pero, en los Estados *compuestos*, se distingue, por un lado, el ámbito ejecutivo del Estado central (*Obersstaat*) asignado al “Gobierno” (central o federal); y, por otro, el ámbito ejecutivo constitucionalmente asignado a los “Gobiernos” (regionales, autonómicos o federados) de las distintas entidades territoriales dotadas de autonomía política (*Gliedstaat*).

En ambas formas de Estado, el concepto de Poder Ejecutivo se extiende también traslaticiamente a los órganos o complejos orgánicos rectores (“Gobiernos”) de las entidades locales que, aunque tengan una autonomía constitucionalmente reconocida (que les confiere, entre otras, la potestad de dictar *ordenanzas* que deben aplicar en sus respectivos ámbitos competenciales) no disfrutan, sin embargo, una auto-

nomía política en sentido estricto, en cuanto que no pueden constituir Parlamentos formalmente legiferantes y en cuanto que sus respectivos ámbitos competenciales de actuación vienen delimitados por las leyes estatales y autonómicas generales y sectoriales, que convienen a la autonomía local en una *autonomía de configuración legal*, siempre que tales leyes no afecten al núcleo de competencias locales que está constitucionalmente garantizado, con la técnica de la *garantía institucional*, para mantener la imagen que tradicionalmente se ha asignado a las entidades locales y sin la que son inidentificables.

Esto dicho, e insistiendo en lo antes señalado respecto al Poder Legislativo, la expresión Poder Ejecutivo alude, no tanto al sentido funcional (es decir, al ejercicio de la función ejecutiva), cuanto al subjetivo, es decir, al órgano o complejo orgánico que, por disposición constitucional, la tiene encomendada en su respectivo ámbito de actuación. Hasta ahora, se ha aludido a este órgano o complejo orgánico con el término genérico “Gobierno” o “Gobiernos”, en cada uno de los ámbitos de actuación ejecutiva constitucionalmente reconocidos; pero ahora se impone distinguir específicamente dos complejos orgánicos distintos, aunque interrelacionados: el *Gobierno* y la *Administración*, si bien su configuración difiere en los Estados con forma unitaria y los compuestos.

En los Estados con forma unitaria, el *Gobierno* es, en sentido estricto, el complejo orgánico que tiene atribuida la función ejecutiva en su nivel superior, que, además de la adopción de las decisiones constitucionales que exijan las relaciones con los otros dos Poderes estatales, comprende el mando militar supremo, la dirección de las relaciones exteriores, la exacción de los tributos, el desarrollo de las leyes parlamentarias mediante reglamentos, la adopción de cuantas medidas (distintas a dictar leyes parlamentarias y sentencias judiciales) requiera la conservación y progreso del grupo estatal; y, como consecuencia de todo ello, la dirección de la Administración en todas sus facetas (militar y civil; exterior e interior). El complejo orgánico gubernamental está integrado por el Gobierno en sentido estricto (es decir, el órgano pluripersonal que constitucionalmente conforman el Presidente del Gobierno, elegido por el Parlamento, y los Ministros, designados por el Presidente del Gobierno) y los órganos unipersonales o complejos orgánicos constituidos para auxiliarle de forma directa en los grandes sectores de actividad ejecutiva (Vicepresidentes del Gobierno, Comisiones Delegadas del Gobierno, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales, así como los Gabinetes respectivos y las Comisiones de coordinación entre esos niveles).

En los Estados compuestos, la función ejecutiva está constitucionalmente repartida entre el *Gobierno central* (que suele asumir en exclusiva la función militar, la exterior, la exacción de los grandes tributos y la formulación de bases y directrices de ac-

tuación vinculantes para las entidades del *Gliedstaat*) y los *Gobiernos autonómicos* de carácter regional o federal (que suelen asumir la exacción limitadas de algunos tributos y la formulación y ejecución de propias políticas en las materias que constitucionalmente tengan asignadas). Los Gobiernos autonómicos están integrados por el Presidente elegido por el propio Parlamento y los Consejeros, designados por el referido Presidente del Gobierno autonómico, así como como los órganos de auxilio directo en los grandes sectores de actividad ejecutiva (Vicepresidentes del Gobierno, Comisiones interdepartamentales, Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales, así como los respectivos Gabinetes y Comisiones de Coordinación entre esos niveles).

El Gobierno en las entidades locales se reparte, según sus dimensiones, en órganos directivos como el Alcalde, la Junta de Gobierno o el Pleno y las Comisiones, formadas por Concejales electos, salvo cuando existan órganos de democracia directa como las Asambleas vecinales.

B) La Administración pública.

La *Administración pública* es un complejo orgánico que tiene constitucionalmente encomendada el auxilio, apoyo y realización de las políticas gubernamentales por debajo de la línea política de la organización que, en España, se sitúa inmediatamente después del nivel orgánico propio de las Direcciones Generales u órganos asimilados a ellas.

La Administración puede operar en el nivel estatal del *Oberstaat* (es decir, ejerciendo las funciones de auxilio al Gobierno central, federal o confederal) o del *Gliedstaat* (esto es, ejerciendo las funciones de apoyo a los Gobiernos políticamente descentralizados propios de las entidades territoriales dotadas constitucionalmente de autonomía política, aunque no de soberanía, como son los de las Regiones, Comunidades Autónomas o Estados federados o confederados); así como también las de apoyo a las funciones de los Gobiernos locales (o sea, los de las entidades locales dotadas de una autonomía, no política sino meramente administrativa y de configuración legal, aunque esté constitucionalmente garantizada). Esta tripartición da origen a la Administración *estatal, autonómica y local*.

En cada uno de esos niveles, la Administración pública goza de una *personalidad jurídica única*, por lo que carecen de ella los sub-complejos orgánicos (Ministerios, Consejerías, Concejalías u otros departamentos) que la integran, salvo que la ley haya constituido a algunos de ellos en substrato orgánico y competencial dotado de sustantividad suficiente para dotarle de un patrimonio y una personalidad jurídica distinta e independiente, con la finalidad meramente instrumental de que gestione más eficazmente determinado sector del interés público.

Por el carácter fundacional de esta última operación, el conjunto de organizaciones resultantes suele ser denominado *Administración institucional*, que también expresa la circunstancia esencial de que estas entidades (de amplia tipología, como organismos autónomos, sociedades públicas, agencias y otras instituciones) dependen (mediante diversas técnicas, más o menos amplias e intensas, de *tutela administrativa*) de la Administración (estatal, autonómica o local) que las ha promovido.

A su vez, la existencia de estas organizaciones personificadas determina la distinción entre Administraciones *territoriales* (que suelen ser las tutoras o encargadas de su control orgánico y funcional) y las *no territoriales* (que suelen ser las tuteladas o controladas).

Existe, además, en la organización (al igual que en otros sectores administrativos, como la normación o el demanio) una *escalidad* que aquí afecta a la *personificación*, pues, en efecto, sin necesidad de dotarles de personalidad jurídica, existen órganos con un autonomía orgánica y funcional, más o menos amplia, como son los llamados “servicios sin personalidad” (por ejemplo, una Escuela pública, un Hospital o un Establecimiento penitenciario) o las “instituciones no personificadas” (como los Altos Órganos Consultivos o las Defensorías del Pueblo).

Esta opción organizativa puede terminar afectando a la *división de poderes* cuando la organización personificada adquiere una tal independencia con respecto a cualquier órgano territorial de tutela que se convierte en una instancia más de Poder Ejecutivo, al margen de los Gobiernos y demás Administraciones, como sucede con los órganos independientes para la regulación de sectores económicos concretos, como la banca, el mercado, la energía u otros.

También cabe distinguir entre Administración *general* (que es la encargada de labores generales y comunes de apoyo a los Gobiernos, de suerte que el personal que las desempeña no precisa para ello disponer de titulaciones propias de una carrera o profesión específica) y Administración *especial* (que es la encargada de labores especializadas, como las militares, forenses, sanitarias, diplomáticas o tributarias, entre otras, de suerte que el personal que las tiene encomendadas precisa para desempeñarlas el reconocimiento académico de una profesión titulada específica).

En todo caso, como derivación del contrato social originario, la Administración se encamina siempre al logro del interés público determinado por las leyes (*principio de legalidad*), de suerte que el ordenamiento jurídico es el único factor habilitante para la actuación administrativa y, sin esa cobertura legal, las actuaciones administrativas devienen ilegales. En este sentido, las disposiciones jurídicas confieren potestades a las Administraciones, sin las que, carecen de capacidad de obrar, pues tienen prohibido todo lo que no les está expresamente permitido; a diferencia de lo

sucede con los ciudadanos, en los que opera el *principio de libertad*, conforme al cual les está permitido todo lo que no les haya sido expresamente prohibido.

Esto dicho, toda Administración, en cuanto que es una estructura esencialmente servicial, tiene asignado un sector del *interés público* a cuya satisfacción queda vinculada y esa sectorización facilita la organización administrativa de las competencias gestoras para asignarlas a complejos orgánicos diferentes (como los Ministerios y, dentro de cada uno, a otros inferiores, como las Direcciones Generales).

No obstante, la actuación administrativa puede ser estereotipada en grandes modalidades que fueron denominadas tradicionalmente como la *policía*, el *fomento* y el *servicio público*, pero que ahora suelen más bien conocerse como actividades de *control* (mediante actos de autorización, limitación, expropiación, tributación o sanción exigidos por el interés público), *promoción* (mediante actos consistentes en premios, beneficios, subvenciones y otras ventajas dirigidas a estimular la realización de finalidades de interés público) y *prestacionales* (mediante construcción de obras públicas, concesiones serviciales y demaniales o prestaciones directas de bienes y servicios exigidos por el interés público).

Todas estas modalidades y aspectos tienen, como veremos, trascendencia en orden al funcionamiento y comprensión de las disfunciones de la *división de poderes* en la actualidad.

3. Tipología.

Acaba de aludirse a las principales configuraciones organizativas de que es susceptible la *Administración pública* según su ámbito, su personificación o el sector de interés público a cuya atención esté destinada: por eso, ahora sólo me centraré en las principales modalidades que presenta la configuración del *Gobierno*.

Antes de comenzar, es preciso recordar que el Gobierno puede presentarse también como supremo órgano jerárquico de la Administración al que la legislación habilita para adoptar determinadas actuaciones administrativas. Es lo que sucede, en el ámbito estatal, cuando el Gobierno se comporta como *Consejo de Ministros*; o, en el ámbito autonómico español, cuando se comporta como *Consejo de Gobierno*. Esta precisión tenía importancia cuando los actos llamados “políticos” se imputaban al Gobierno para eximirlos de control jurisdiccional posterior, a diferencia de los “actos administrativos” del Consejo de Ministros, los cuales podían ser revisados jurisdiccionalmente. Pero, actualmente esa diferenciación carece de sentido ya que toda actuación jurídico-pública es jurisdiccionalmente revisable, aunque algunas son máximamente discrecionales por la amplitud, técnica o política, de opciones que permite al Poder Ejecutivo la norma habilitante.

Esto señalado, la tipología del Poder Ejecutivo se refiere fundamentalmente al Gobierno y en concreto a la cuestión de las distintas *formas de Gobierno*. En este punto, conviene distinguir, no desde una perspectiva administrativa sino constitucional, tres series distintas de conceptos: i) por un lado, el concepto territorial, de *forma de Estado* (que alude a las distintas maneras de distribución constitucional del poder político sobre el territorio, para distinguir los Estados *unitarios* de los *compuestos* (regionales, autonómicos, federales o confederales); ii) por otro, el concepto funcional de *forma de régimen político* (que alude al grado de reconocimiento, respeto, garantía y eficacia real de los derechos humanos, para distinguir Estados *democráticos* y *no democráticos*); y iii) finalmente, el concepto *organizativo* de *forma de Gobierno* (que alude a las distintas configuraciones del Gobierno y, por extensión, de los órganos que encabezan los demás Poderes estatales).

En este último sentido, ya hemos aludido a la forma organizativa uni o bicameral del Parlamento. También cabría aludir a la configuración de la Jefatura del Estado como una *Monarquía* (forma de Gobierno en la que la titularidad de la Jefatura del Estado o Corona tiene una duración indefinida y se defiende mediante el orden sucesorio constitucionalmente establecido para la dinastía reconocida) o una *República* (cuando dicha titularidad es temporal y se provee mediante procedimientos no sucesorios, sino electivos). También cabe aludir a la configuración del Poder Judicial como unitario o descentralizado con órganos supremos de carácter central.

Pero, centrándonos sólo en la *forma de Gobierno* que alude a éste como cabeza del Poder Ejecutivo, las configuraciones son bien conocidas. Cabe, por ejemplo, un Gobierno *presidencialista* (no tanto por la personalidad de su titular cuanto por el hecho constitucional de ser democráticamente elegido de forma directa por el pueblo), o *parlamentario* (si su Presidente es nombrado tras obtener la investidura del Parlamento, sin cuya confianza o con cuya censura no puede mantenerse).

La diferencia entre estos dos tipos básicos es crucial, ya que, en los sistemas *presidencialistas*, el Presidente goza de una legitimidad democrática de primer grado, igual a la del Parlamento; ya que, como éste, su elección procede de un sufragio popular directo; circunstancia que le dota de una especie *vis resistiva* ante las Cámaras y que, por consiguiente, afecta a la *división de poderes*, puesto que se traslada a toda la acción gubernamental y de la Administración.

Sin embargo, los Gobiernos *parlamentarios* gozan de una legitimidad democrática de segundo grado, en cuanto que su Presidente ha sido elegido por el Parlamento; los Ministros, por el Presidente; y los demás altos cargos gubernamentales inferiores, por el Gobierno o por los Ministros. En este modelo, el Gobierno depende de la confianza parlamentaria y, por tanto, de la configuración de mayorías en las Cámaras. Tan es así que existen modelos, como el británico, en que el Gobierno es

teóricamente sólo una Comisión (ejecutiva) del Parlamento (*Gobierno de Gabinete*). Estas distintas configuraciones (que, además, no suelen presentarse en estado puro, sino, más bien, con elementos mixtos que forman una *escalidad* según los distintos modelos del Derecho Comparados) influyen obviamente en la modulación concreta de la *división de poderes* en cada sistema constitucional y son fuente de muchas de las disfunciones y aciertos que cada uno de ellos presenta.

4. Finalidad.

Si al tratar de la finalidad del Poder Legislativo se aludía a la obviedad de que su objetivo es dictar normas jurídicas con rango formal de ley parlamentaria, al abordar la finalidad del Poder Ejecutivo procede insistir nuevamente en otra obviedad, cual es que el mismo trata de ejecutar las leyes parlamentarias.

Lo que sucede es que también aquí las cosas son más complejas, pues: i) en primer lugar, el origen del Poder Ejecutivo revela que éste tiene asignada otra finalidad más radical y primigenia, cual es asegurar la persistencia del grupo estatal; ii) en segundo lugar, que, además, persigue el progreso material de dicho grupo estatal; y iii) en tercer lugar, que también el Poder Judicial aplica las leyes y tiene funciones de ejecución; por lo que hay que deslindar su respectiva posición institucional. Los epígrafes que siguen tratan de aclarar todo ello.

A) Poder Ejecutivo y control social.

El grupo estatal, como todo otro grupo social, se ha constituido sobre la base de una voluntad de vida en común y, por eso, la subsistencia y conservación del grupo como tal conforma una finalidad primordial, por lo mismo que es condición necesaria de cualesquiera otras. Esa permanencia o *salus populi* es la *suprema lex*, la razón última que explica el grupo y que polariza la función ejecutiva, ya que la fuerza social se ha generado y entregado a los gobernantes precisamente para que la devuelvan al grupo en forma de control, seguridad y defensa, incluso militar.

Es más, la organización social de que se ha dotado el grupo estatal para el logro de sus finalidades de orden y convivencia pacífica suponen la asunción en exclusiva de la fuerza pública necesaria para ello, esto es, del monopolio de la fuerza social.

En efecto, en un marco de convivencia pre-estatal, las personas físicas se reservaban la fuerza para su auto-defensa y la ejercían libre e ilimitadamente, incluso hasta la atrocidad más irracional, en forma de reacción, individual o parental (*venganza de la sangre*), contra los agraviantes o de *guerra privada* contra los oponentes. Esta situación puede reproducirse en el caso de debilitamiento de la organización estatal,

como sucede actualmente en el caso de los llamados “Estados vacíos” donde el orden queda en manos de grupos guerrilleros o de “señores de la guerra” en un marco de caos terrorista generalizado.

Sin embargo, el “contrato social” implica la cesión de la fuerza a la organización estatal para que la asuma y monopolice, de suerte que la *venganza* ya no pertenezca a los particulares, sino a la organización del grupo estatal, para que esta la ejerza racionalmente y en la forma, limitada y proporcional, impuesta por el ordenamiento jurídico.

Por eso, el monopolio de la violencia, el mando de las fuerzas armadas y de seguridad pública es la función primera del Poder Ejecutivo, la cual se traduce en la adopción de todo tipo de medidas que exija el control social del grupo para que, en éste, sea posible el orden y la convivencia pacífica.

B) Poder Ejecutivo y provisión social.

Una vez constituido y estabilizado el grupo estatal o, en su caso, restablecido el orden y la convivencia pacífica, las finalidades generales para las que se ha constituido el grupo estatal no quedan colmadas sólo con la aprobación parlamentaria de leyes y la aplicación de las mismas por los órganos jurisdiccionales, ya que, tras la *revolución social* de principios del s. XX, ha quedado superada la idea liberal de que el Estado debe limitarse a sus funciones de control social (*Estado de policía*), para asignarle también las de provisión social, esto es, las de satisfacer las necesidades sociales mediante la aportación de bienes y prestaciones públicos.

En efecto, las necesidades sociales no se limitan a la garantía de la persistencia del grupo estatal (defensa militar exterior) ni a la conservación interior del orden público en sus diversos sectores (seguridad ciudadana, protección civil, policía sanitaria, disciplina urbanística, entre otras), sino que se extienden a la satisfacción de otras necesidades públicas, relativas a la seguridad social (como la educación, la asistencia sanitaria o el sistema de pensiones), el progreso económico (mediante la planificación económica, la ordenación mercantil, financiera y tributaria dirigida al desarrollo económico o el fomento empresarial) y el bienestar colectivo, en sus distintas facetas (como las comunicaciones, el transporte o la cultura); necesidades todas ellas que, por su elevado coste y dimensión, sólo pueden ser satisfechas mediante bienes y prestaciones de carácter público, es decir, facilitados por el mismo grupo estatal.

La tensión entre las *necesidades* sociales y los *bienes y prestaciones* públicos precisos para satisfacerlas es una constante histórica, pero que era resuelta atribuyendo la fase prestacional, no a la organización del grupo estatal, sino a la propia sociedad que experimentaba las necesidades, la cual las atendía a título de caridad (como virtud moral de base religiosa) o de filantropía (como exigencia ética de solidaridad social).

La industrialización comenzada en el siglo XIX y el capitalismo preciso para impulsarla condujeron a una insostenible situación social para las clases sociales menos favorecidas que terminó con la *revolución social* de comienzos del siglo XX. Esta última, junto con la *revolución religiosa* del s. XVI (que, tras las guerras de religión, alumbró la libertad de conciencia como primer derecho humano reconocido) y la *revolución política* del s. XVII y XVIII (que, tras las revoluciones inglesa y francesa y la independencia norteamericana, alumbró la *división de poderes*, el constitucionalismo, la democracia y los demás derechos humanos), integra la tríada fundamental de revoluciones que han conformado nuestra actual cultura política.

Las dos primeras grandes revoluciones experimentaron una dinámica parecida; ya que, tras un primer periodo de exaltación y reacción, que condujo a indudables excesos; se entró en una fase más moderada de consolidación de logros y reformas. Lo mismo sucedió con la tercera, esto es, con la *revolución social*, ya que, tras la experiencia totalitaria (marxista y fascista), surgió la versión social-demócrata del llamado *Estado de Bienestar (Welfare State)*, que asume como función propia la de satisfacer las necesidades sociales mediante la prestación de bienes y servicios públicos adecuados con objeto de lograr un nivel de vida acorde con la dignidad humana.

Precisamente, este engarce con la dignidad de la persona humana es el que ha permitido construir el binomio *necesidad social-prestación social* con la técnica de los *derechos fundamentales* denominados (para distinguirlos de los *derechos políticos clásicos*, como las libertades de pensamiento, expresión, reunión, asociación y participación política, alumbradas por el liberalismo), *de segundo nivel* (como los derechos sociales a la educación, la sanidad, la vivienda digna o al trabajo) o incluso *de tercera generación* (como los de protección de datos, seguridad informática, o preservación medio-ambiental).

Por supuesto, estas nuevas categorías de derechos requieren leyes parlamentarias que los definan y delimiten, ya que, al exigir prestaciones económicas cuantiosas y depender en gran medida de factores tecnológicos, deben ajustarse a las disponibilidades presupuestarias y al nivel económico general; es decir, quedan condicionados a su sostenibilidad económica y al marco general de desarrollo técnico y económico del grupo estatal de que se trate; marco éste que, en gran parte, depende, a su vez, de variables mundiales, debido al fenómeno de la globalización.

Este planteamiento resitúa el centro del *Estado del bienestar* en el Poder Ejecutivo, ya que es este quien debe efectuar las labores de planificación, presupuestación, arbitración de recursos económicos y materiales, no sólo para poder prestar los bienes y servicios públicos correspondientes, sino también para controlar los mercados y promover el desarrollo económico general que permita que el grupo estatal disponga de la potencia económica y tecnológica que posibilite la sostenibilidad del sistema de prestaciones que este tipo de Estado requiere.

Desde la perspectiva constitucional, conviene reparar en que la que antes denominábamos *potencia constituyente* del grupo estatal tiene también un acusado componente económico. La riqueza nacional en todas sus vertientes supone una “potencia instalada” que hace que unos Estados sean más “poderosos” que otros por razón de su “peso” económico y también que el nivel de prestaciones sociales que puedan acometer sea más o menos exigente.

Por eso, en la actualidad, el Poder Ejecutivo, no sólo tiene por misión la clásica de ejecutar leyes parlamentarias, que le ha dado nombre, sino también, e incluso prioritariamente, la de arbitrar cuantas medidas sean precisas para lograr la sostenibilidad del sistema de prestación de los bienes y servicios públicos que requieren las crecientes necesidades sociales en todos los ámbitos contemplados por los nuevos derechos fundamentales. Y esa nueva misión estriba, por supuesto, en promover y ejecutar la legislación correspondiente, pero, además, en promover el desarrollo económico y social que permita llevarla efecto y mantenerla, esto es, hacerla posible y sostenible.

C) Poder Ejecutivo y ejecución jurídica.

Finalmente, es preciso abordar la distinción entre la ejecución que compete al Poder Ejecutivo y la que asume el Poder Judicial. En efecto, la denominación Poder Ejecutivo obedece a que su misión clásica era y sigue siendo la de ejecutar las leyes parlamentarias; pero el Poder Judicial también aplica dichas leyes en todo tipo de juicios y, además, tiene la función de hacer ejecutar lo juzgado. Se impone, pues, aclarar este aspecto.

Comencemos reconociendo que ambas ejecuciones (la de lleva a cabo el Poder Ejecutivo y la que efectúa el Poder Judicial) tienen un *idem* en el que coinciden, que, por un lado, consiste en que ambas toman a las leyes parlamentarias como punto de partida e instancia normativa obligatoria para llevarlas a efecto en la práctica; y, por otro, que ambas se integran en el nivel impositivo del ordenamiento jurídico.

En efecto, en la pirámide kelseniana, que explica la estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico, tras el *nivel constitucional* (integrado por las disposiciones que componen la Constitución y las demás normas que integran los distintos *bloques de la constitucionalidad* según el sector implicado en ellos), se encuentra el *nivel legislativo* (integrado por las disposiciones con rango de ley y, subordinadas a ellas, las de rango reglamentario) y, finalmente, en la base de la pirámide, se encuentra el *nivel impositivo* (integrado por el conjunto de disposiciones de aplicación de las integradas en niveles o fases anteriores, es decir, de normas constitucionales o legales).

Pues bien, en esta última fase o *nivel impositivo*, se encuentran, sin duda, las disposiciones emanadas del Poder Judicial en forma de resoluciones jurisdiccionales (como son los decretos, mandamientos, providencias, autos y sentencias), ya que todas ellas parten de las normas constitucionales y legales que tales resoluciones aplican al caso litigioso concreto que les compete resolver. Pero también se encuentran en ese mismo nivel las disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo en forma de actos administrativos (de conocimiento, juicio o voluntad, y sus más variadas manifestaciones, como las autorizaciones, las concesiones, las prohibiciones o los mandatos); ya que, por virtud del *principio de legalidad*, todos ellos han de contar con una previa habilitación legal que determina la competencia, el procedimiento y la fundamentación para dictarlos.

Es cierto que la ejecución que corresponde al Poder Ejecutivo también conlleva la potestad reglamentaria y la de dictar actos administrativos generales y, en tales casos, la *generalidad* inherente a ambos tipos de disposiciones administrativas hace que sea más fácil diferenciar esa ejecución de la que corresponde al Poder Judicial cuando resuelve casos concretos. Pero la dificultad persiste cuando se comparan actos administrativos singularizados (es decir, no *generales*, sino que tienen por objeto casos concretos) con resoluciones judiciales también singularizadas.

En este supuesto, la diferencia no es *objetiva* (pues en ambos supuestos se trata de aplicar legislación a un caso concreto y de llevarla a efectos, en su caso, mediante el empleo de facultades de *imperium*); pero es, por un lado, *subjetiva*, en cuanto que es diferente Poder constitucional del que deriva el acto (el Ejecutivo, en un caso, y el Judicial, en otro); por otro lado, *formal*, en cuanto que es diferente el procedimiento del que deriva el acto (que es procedimental-administrativo, en un caso; y procesal-jurisdiccional, en otro); y, finalmente y sobre todo, de *posición institucional* del aplicador (ya que, si bien ambos Poderes están vinculados por la normativa aplicable, sin embargo el órgano del Ejecutivo se pronuncia sobre una relación jurídica en la que interviene como parte en defensa del interés público subyacente; mientras que el órgano del Judicial interviene como un dirimente imparcial y ajeno a la relación litigiosa).

Estas similitudes y diferencias hacen que, en el *nivel impositivo* del ordenamiento jurídico, sólo pueda hablarse propiamente de disposiciones jurídicas cuando las resoluciones judiciales o administrativas, no sólo han devenido firmes o, aún sin firmeza, resultan provisionalmente ejecutables; sino que, además, se ha procedido a ejecutarlas, aun contra la oposición del interesado, pues es entonces cuando traslucen la esencia de actos de *imperium* que encierran en cuanto que emanados de un Poder público.

XI. EL PODER JUDICIAL.

1. Origen y evolución.

A) En la Grecia clásica.

Esquilo, en su tragedia *Las Euménides*, recogió el momento mítico en que, para superar la *venganza de la sangre* con la que Las Furias exigían la muerte del matricida Orestes, la diosa Atenea lo acoge e instituye, para juzgar los delitos de sangre, el Tribunal del Areópago, con estas divinas palabras, que pueden reputarse el acto fundacional del Poder Judicial:

“Ciudadanos de Atenas que vais a juzgar por primera vez una causa de sangre, mirad la institución que fundo; porque, en adelante, subsistirá por siempre este Consejo de Jueces (que se asentará en esta colina donde las Amazonas ofrecieron sacrificios a Ares, por lo que se llamó Areópago, para debelar a Teseo, fundador de la ciudad); aquí velarán por los ciudadanos, imponiendo el respeto y el temor que impelen a respetar las leyes y a no cometer injusticias; os doy un Tribunal incorruptible, venerando y severo, que será guardián de la ciudad y que velará por los que duermen; y ahora, levantaos, votad y sentenciad esta causa con arreglo a vuestros juramentos”.

Repárese en el énfasis que el dramaturgo pone en el respeto, temor y severidad del Tribunal y en su función de guardián de la ciudad-Estado, es decir, en sus potestades de *imperium*. Y es que, en la antigüedad, se tenía claro que también el poder de juzgar participaba de la esencia *militar* de la *potestas de imperium*⁷³.

B) En Derecho romano-canónico.

Dicha potestad, como hemos reseñado al analizar el Poder Ejecutivo, se revelaba con toda crudeza en los conflictos bélicos contra enemigos externos, pues ponían en peligro la misma existencia del grupo estatal; pero esta no quedaba afectada si el conflicto era interno (*guerra civil*) y menos aún si se trata de un conflicto entre particulares (*inter privatos*), como sucedía, en el primitivo Derecho romano, en los casos de perjuicios derivados del incumplimiento de la confianza (*fides*) debida a la palabra dada (*nuncupatio*) en forma de promesa (*stipulatio*) o de contrato (*contrac-*

⁷³ Repárese que, en la propia narración de Esquilo, la diosa que funda el tribunal es Atenea *promacos* (la guerrera victoriosa que se veneraba en la acrópolis ateniense revestida con todo su armamento bélico) y que, en las palabras fundacionales, invoca al dios de la guerra (Ares) y al origen bélico de la ciudad (la victoria de Teseo contra las Amazonas), para establecer, en la misma colina de la victoria (monte Areópago), la institución judicial guardiana de la ciudad; para expresar así que se le encomienda la misma subsistencia del grupo estatal fundado tras aquella conquista militar. Enlaza, pues, la institucionalización del Poder Judicial ateniense con el mito genético de la propia ciudad-Estado de Atenas.

tus); o en los de daños resultantes de la comisión extracontractual de actos dolosos (*delicta*), culposos (*cuasidelicta*) o espontáneos (*cuasicontractus*).

En estos casos, la reparación del agravio injustamente causado (*damnum iniuria datum*), en principio, no afectada al grupo estatal (*res publica*) sino que era un asunto privado (*res privata*) y, por tanto, tenía que ser exigida por el propio agraviado por la infracción (*venganza individual*) o, en su defecto o imposibilidad, por sus familiares (*venganza parental* o *de la sangre*). Estas formas de venganza (*vindicta*, término derivado de *vis*, fuerza e *indicere*, señalar a otro) representaban una autotutela de la propia esfera jurídica, sobre todo en el ámbito penal; pero también en el civil, donde aparecía como reivindicación (de *res-rei*, cosa, *vim-vis*, fuerza y *dicare*, afirmar), resumida gráficamente en las frases sacrales *res mea ese aio* (digo que esto es mío) y *ubi rem meam invenio, ibi vindico* (reclamo lo mío allí donde lo localizo).

Ahora bien, la venganza y la restitución privadas ocasionaban con frecuencia graves tumultos donde prevalecía el más fuerte; y esa situación afectaba ya al orden público, por lo que requería la intervención pacificadora de las magistraturas de *imperium* para enjuiciar y zanjar el asunto con una decisión resolutoria. Por eso, la mentalidad jurídica greco-romana concibió el proceso como una auténtica “guerra privada” (*litigium*, de *lis-litis*, contienda) que, como tal, exigía también un control militar, por lo que fue encomendado a una magistratura especializada, como el Areópago en Atenas, o el pretor en Roma.

Entre los primeros *quirites* romanos, el grupo social comenzó a intervenir tímidamente señalando, por ley, aquellas acciones vengativo-reactivas de autotutela privada que se consideraban lícitas (*legis actiones*), como recuperar una propiedad indebidamente perdida (*manus iniectio*), cobrar una deuda impagada (*condictio*) o recobrar una garantía (*pignus*) injustamente retenida (*pignoris capio*). Pero enseguida se reputó lícito pedir al pretor que nombrase un juez o árbitro que resolviera el conflicto (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*), petición que sólo era atendida si se garantizaba previamente el pago de una multa disuasoria que el magistrado impondría a quien, habiendo afirmado, previa y solemnemente, esto es, por lo más sagrado (*per sacramentum*), tener un derecho frente a otro (*in personam*) o sobre una cosa (*in rem*), sin embargo, luego, resultara condenado.

Pero el arcaico procedimiento de las *legis actiones* sólo era accesible a los ciudadanos romanos mediante el, verbal y rígidamente ritualizado, *iudicium legitimum*, que no era accesible a los extranjeros (*peregrini*); por lo que las controversias entre estos o con ciudadanos romanos eran enjuiciadas por el Pretor peregrinus, cuyos ágiles procesos, basados sólo en su *imperium* (*iuditia quae imperio continentur*), terminaron siendo asumidos y ofrecidos a todos los ciudadanos, tras la Ley Ebuca del 130 a.C., por el Pretor urbano y, en su ámbito, por los ediles, así como, en provincias, por los Prefectos *iure dicundo*, con el consiguiente desplazamiento (no derogación) del sistema tradicional.

Así, el proceso romano se modeló en torno a las intervenciones decisivas del pretor (o equivalente) para impulsarlo como magistrado dotado del *imperium* necesario para poner orden en el conflicto⁷⁴.

El pretor no fijaba el Derecho (*ius*), es decir, los criterios de razón jurídica (*quaestiones iuris*), los cuales eran facilitados al juez por los jurisperitos (*iuristae*), tampoco intervenía en la aportación de las pruebas y argumentos, pues eran cuestiones de hecho (*questiones facti*) que correspondían a los abogados (*advocati*); pero sí ejercía la trascendental potestad de asegurar el orden público⁷⁵.

De esta forma, el proceso clásico o *formulario* romano se estructuró en una fase *in iure*⁷⁶ donde predominaba la *potestas*, pues comprendía todos los actos de

⁷⁴ Entre tales intervenciones pretorias, cabe destacar las siguientes: i) recibir la demanda (*editio actionis*); ii) decidir sobre su propia competencia (*forum*) por razón del lugar, la materia o las personas; iii) determinar la capacidad procesal (*postulatio*) de las partes (si eran *sui iuris*) o de sus representantes legales (si eran *alieni iuris*) y, eventualmente, de sus procuradores causídicos (*procuratores*), exigiéndoles las oportunas cauciones (*cautio rem ratam salva fore*); iv) fijar las posiciones de demandante y demandado, si eran único o plurales (*litisconsortium*); v) aclarar lo que considerase preciso mediante las oportunas preguntas (*interrogationes*); vi) imponer al actor una caución jurada en previsión de su eventual temeridad (*iusiurandum calumniae*) vi) citar al demandado (*in ius vocatio*), imponiéndole cauciones para comparecer (*cautio iudicatum sisti*) y cumplir lo que se resolviera (*cautio iudicatum solvi*), en incluso nombrando personas que lo condujeran a juicio (*vades*) y multándole si no comparecía (*vadimonium*); vii) calificar el tipo de acción pretendida y la procedencia de abrir o no un proceso para sustanciarla (*datio vel denegatio actionis*); viii) invitar a las partes a solventar amistosamente la controversia mediante un desistimiento o confesión (*confessio in iure*), un allanamiento (*in iure cessio*), una transacción (*transactio in iure*) o un juramento decisorio (*iusiurandum in litem*), todo ello de ejecución garantizada (mediante las *actiones praescriptis verbis* y *ex stipulatu*); ix) decidir sobre la prescripción (*praescriptio*) de lo pedido (según se tratara de pretensiones *temporalia*, es decir, sujetas a plazo perentorio, o duraderas, *perpetuae*); x) fijar su valoración o cuantía (*litis aestimatio*); xi) adicionar la petición a instancia del actor (*additiones*) o del demandado (*exceptiones*); xii) nombrar, de entre una lista (*album*), un juez o un árbitro único (*datio iudicis vel arbitri*) o pluripersonal (tribunal de *recuperatores*) aceptado por las partes; xiii) fijar con testigos el objeto de la controversia de acuerdo con las partes (*litis contestatio*), quedando así el asunto litigioso inamovible (*iudicium acceptum*) y sometido a juicio (*res in iudicio deducta*), por lo que la acción quedaba consumida (*consumatio actionis*), de suerte que no podía replantearse hasta que fuera resuelto (*litispendentia*), ni cuando lo fuese (*res iudicata*); xiv) redactar la *fórmula*, esto es, un modelo (escrito y tipificado, para cada clase de conflicto, en el edicto pretorio), por el que se ordenaba al juez que resolviera (*agere per formulam*), sin margen de apreciación (*stricto iuris*) o con cierta amplitud de criterio (*arbitrium*), dando su opinión (*sententia*) condenatoria (*condemnatio*) o absolutoria (*absolutio*) del demandado, según se probara o no (*demonstratio*) que el demandado llevaba razón.

⁷⁵ El pretor ejercía potestades de orden público procesal: congelando provisionalmente las situaciones posesorias mediante disposiciones tajantes (*interdicta*); decidiendo si iniciar o no el proceso (*datio actionis*); exigiendo a las partes las garantías previas (*cauciones*) para evitar litigios temerarios (*poena temere litigantium*) y los juramentos (*iusiuranda*) necesarios para fijar sus posiciones; ejecutando (*executio*) la sentencia; llevando a cabo las adjudicaciones (*adjudicationes*), multas y condenas pecuniarias (*poenae*) o personales (*noxales*) contra los reuientes (*adversus infitantes*); y expidiendo las órdenes (*mandata*), disposiciones (*decreta*), entregas posesorias de bienes (*missiones in bona*) o enajenaciones forzosas (*venditiones bonorum*) que procedieran; e incluso resolviendo ejecutivamente cuestiones incidentales y prejudiciales (*praeiudicia*) mediante provisiones especiales (*edita repentina*).

⁷⁶ La expresión *in iure* revela una seriedad castrense: i) por razón de la persona, pues el magistrado administra justicia como lo hacían, en campaña o en los campamentos, los *tribunos* militares (de donde la voz *tribunal*); ii) por razón del lugar, pues el magistrado se constituye en el foro (centro de la ciudad, haciendo que la expresión *foro* pasase a indicar el lugar de administración de justicia); y en un lugar preeminente y elevado, para ver y oír bien y ser bien visto y oído (de ahí, las expresiones forenses *vista* y *audiencia*), como la más alta plataforma enlosada (*stratura*; de donde

imperium que correspondía adoptar al pretor para preservar el orden público, preparar el proceso, vigilar su ordenado desarrollo y ejecutar la sentencia; y una fase *apud iudicem*, donde predominaba la *auctoritas*, pues comprendía todos los actos de razonamiento y arbitrio jurídico que correspondían al juez (*iudex*, y a los juristas *-iurisconsulti-* que le asesoraban con sus respuestas *-responsa-* y dictámenes *-consilia-*) para valorar la prueba (*probatio*)⁷⁷ y resolver el litigio dictando su autorizada opinión (*sententia*)⁷⁸.

las expresiones forenses en estrados o magistratura); iii) por razón de la forma posicional, pues el magistrado toma asiento en la plegable silla *curul* (de *currus*, carro de guerra), rodeado de escribas y ejecutores (*lictiores*); y iv) por razón de la forma indumentaria, ya que el magistrado se presentaba *togado* (expresión que, desde entonces, califica a los profesionales del foro) y concretamente revestido de la toga *praetexta*, así llamada por estar tejida (*texta*) en la fina lana blanca propia de todos los ciudadanos romanos libres, varones y mayores de edad (*toga virilis*), pero con los bordes (*praetexta*) rojos, como la que llevaban los menores, para simbolizar que, así como éstos estaban sujetos a sus padres (*patria potestas*), los magistrados lo estaban a la autoridad del Senado (*patres patriae*). La toga roja con bordes dorados (*toga picta*) había sido privilegio exclusivo de los reyes, por lo que sólo reapareció en el bajo imperio, por influencia bizantina, como signo de los emperadores. El cambio del blanco al negro en el color de las togas forenses se produjo en la Edad Media por influjo del hábito talar de los jueces eclesiásticos tras la reforma gregoriana y, en España, se consolidó en la Edad Moderna cuando, en 1576, Felipe II (queriendo emular las *leyes suntuarias* que Augusto dictó para moderar el lujo), instauró una severa etiqueta procesal en los Reales Consejos (y demás órganos con funciones judiciales), introduciendo, sobre el traje negro de golilla y bonete alto, una garnacha o capa, también negra, que era, larga, para los Consejeros; y, más corta (que conservan los alguacilillos en las corridas de toros), para oficiales y auxiliares. El empleo y tamaño de los vuelillos o puñetas de encaje para proteger las mangas del roce fue regulado (junto con el empleo de condecoraciones) en la LOPJ de 1870, para reservarlas a fiscales, jueces y magistrados. Sin embargo, en otros países europeos, los magistrados judiciales más altos, al ejercer la administración de justicia por delegación regia, adoptaron las vestimentas del rey al que impersonaban, por lo que emplearon togas rojas y esclavinas de armiño y, desde el s. XVII, pelucas. Las Revoluciones inglesa y francesa no afectaron a estas tradiciones. En EEUU, como reacción anti-británica tras la independencia, se mantuvo la toga, pero sólo para los jueces y sin tocados o pelucas. En algunos países, se han adoptado togas de distintos colores según las jurisdicciones. Las togas con puñetas, birretes y mucetas de capirote alto y con los colores de las distintas Facultades (rojo, Derecho; verde, Derecho Canónico, etc) derivan de Bolonia, pero su empleo sólo fue académico. La toga negra veneciana, de amplios vuelos y con bordes de color (rojo, para los Consejeros; azul, para los Letrados) fue empleada por los dogos y, quizá por influencia del viejo Consejo de Italia, se ha conservado en el Consejo de Estado y, por derivación, en los Altos Órganos Consultivos de las CCAA.

⁷⁷ La prueba (*probatio*) es una actividad que no versa sobre el Derecho (*quaestio iuris*), sino sobre los hechos (*quaestio facti*), por lo que no corresponde propiamente a los juristas sino a los abogados de las partes (de ahí la despectiva frase de Aquilio Galo “*nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*”); si bien hay que distinguir dos fases: i) en la fase de *práctica*, la prueba es cuestión de *potestas* (aunque no por referencia al ejercicio de un poder público, sino al privado que las partes ostentan sobre la *litis* civil para iniciarla, mantenerla o terminarla); y de ahí que sea una *carga* que recae sobre el que afirma una pretensión (*is qui agit*); ii) en la fase de *apreciación y valoración*, la prueba es cuestión de *auctoritas* (porque las pruebas son medios *de convicción* que se dirigen a la *razón*) y, por eso, incumbe al juez, como una dimensión propia del *enjuiciamiento* del asunto. La etimología del verbo latino *pareo* (al que pertenece la expresión procesal formularia romana “*si paret, tu iudex condemna, si non paret, absolve*”; “*si resulta probado, tu juez, condena; y, si no, absolve*”) es reveladora ya que procede del radical indoeuropeo “*par*” (ver), expresando que el juez, tras la *vista* del asunto, está en condiciones de apreciar lo que las pruebas presentan como *patente* y puede, en base a ello, dar su opinión (*sententia*). Por ello, la apreciación valorativa de las pruebas practicadas no es una actividad de *jurisdicción* (*iurisdictio*), esto es, de *potestas*, porque no implica a la *voluntad* del juzgador; sino de *judicación* (*judicatio*), esto es, de *auctoritas*, porque implica al *entendimiento* del juez, en cuanto que consiste en llegar (a su buen *saber* y *entender*, aunque su criterio pueda ser ilustrado por los juristas) a una *certeza moral* sobre la *facticidad* que constituye la premisa mayor del macro-silogismo judicial estereotipado en el brocado *da mihi factum, dabo tibi ius*.

⁷⁸ La experiencia terminó fijando qué reclamaciones tenían visos de prosperar (*actiones*), contra personas implicadas (*in personam*) o dependientes de ellas (*adiecticiae*), sobre cosas (*in rem*) o su valoración (*reipersecu-*

Superada la República e instaurado el Principado, el bifásico proceso formulario fue superado y sustituido por la *cognitio extraordinem*, es decir, un juicio monofásico en que el magistrado asumió tanto las tradicionales funciones de *imperium* como la de practicar y valorar las pruebas, juzgar el asunto, dictar sentencia y ejecutarla.

El Derecho canónico primitivo siguió la misma línea asignando a los obispos la instrucción, cognición, fallo y ejecución de las sentencias, mediante un tribunal al efecto (*episcopalis audientia*) cuya forma de actuar condujo a la gran construcción histórica del proceso judicial canónico, que está en la base de la moderna concepción del Derecho procesal.

C) En la mitología universal.

Por otra parte, tanto en la tradición greco-romana como en la canónica, la institución judicial y el *imperium* en ella comprometido se legitimaban mitológicamente por el origen divino del poder (judicial en este caso) en ella manifestado.

En efecto, al analizar los mitos originarios de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, he aludido a la ancestral idea indoeuropea de un dios padre creador y ordenador del cosmos cuya voluntad (*ios>ius*) debía regir el cielo y también el mundo humano, por lo que era fuente de todo poder y, en especial, de la soberanía regia que lo remedaba en los reinos terrenales. Por ello, el rey, como el dios del que derivaba su poder, era también el único legislador, el máximo aplicador de las leyes y, finalmente, también el supremo juzgador de los actos de cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

Este planteamiento mítico implicaba una secuencia temporal según la cual lo primero era la potencia (regia o popular) que, por voluntad divina, había aglutinado al pueblo en torno a un rey para erigir el reino (grupo estatal) frente a sus enemigos (al igual que dios había creado todo venciendo a las titánicas fuerzas del caos); lo segundo era la legislación regia ordenadora (al igual que dios había puesto orden en el universo mediante leyes inmutables); lo tercero era la ejecución de lo legislado mediante el poder regio de mando y correlativa sumisión popular (al igual que toda la creación se sometía a la ordenación divina); y lo último era el enjuiciamiento de si las actuaciones posteriores de los súbditos se había ajustado o no a las leyes (lo mismo que hacía dios al juzgar la vida de cada uno tras la muerte y la de toda la humanidad al final de los tiempos).

De ahí que, mientras la legislación tenía un sentido creador, correspondiente a una *ratio* genética (del griego *génesis*, creación), es decir, de ordenación inicial que miraba al pasado; la ejecución encerraba un sentido realizador, correspondiente a una

toriae), por gozar del favor del Derecho, al basarse en leyes comiciales, senadoconsultos o respuestas jurisprudenciales acreditadas (*actiones in ius conceptae*); o en el edicto del pretor, por derivar de hechos que el mismo reputaba dignos de protección procesal (*actiones in factum conceptae*), incluso para suplir lagunas del Derecho civil (*actiones útiles*) o integrarlas mediante la analogía (*actiones ejemplares*) o la ficción (*actiones ficticiae*).

ratio presentista, es decir, que atendía a la actualización del orden en el presente; y la jurisdicción mostraba un sentido revisor, correspondiente a una *ratio* escatológica (del griego *eskatos*, final), es decir, que remitía lo hecho a una revisión en el futuro para enjuiciarlo a la luz del código legal que debió ser observado y, en consecuencia, premiar su observancia y castigar su transgresión.

Por eso, el origen del Poder Judicial evocaba los mitos en torno a un *Juicio final* que todas las religiones antiguas entendían como un encuentro de las almas de los difuntos con una deidad que, por haber promulgado la ley que había que observar, la encarnaba y podía confrontar con ella, es decir, juzgar, lo que cada difunto había hecho en vida y emitir así una absolución o condena eternas. Tal es el caso de las tradiciones egipcia⁷⁹, greco-romana⁸⁰, bíblica⁸¹ y cristiana⁸², entre otras⁸³. Todas

⁷⁹ El primer mito genético del Poder Judicial se encuentra en el juicio final (individual) que los antiguos egipcios reflejaron en el *Libro de los muertos*, según el cual el alma del difunto era conducida por el dios (*psicopompo*, guía de almas) Anubis, para proceder al “pesaje del corazón” en la balanza sostenida por la diosa Maat; de suerte que, si había obrado bien, era admitido como inmortal en el reino de Osiris (el juzgador dios del ocaso); y, si había obrado mal, perecía para siempre, devorado por la terrible bestia Ammyt.

⁸⁰ La mitología greco-romana también contemplaba un juicio final individual donde el espíritu del difunto vagaba eternamente por las riberas del río Cocito (o de los lamentos), salvo que pagara un óbolo al barquero Caronte para cruzar el río Aqueronte (de la aflicción) y la laguna Estigia (detestable), y ser conducido, por el dios (*psicopompo*) Hermes, al reino de los muertos, el Hades (cuya puerta custodiaba el pasmoso Can Cervero para que no penetrara nadie vivo), ante un tribunal (de antiguos reyes humanos) formado por Minos (el gran legislador de Creta, que tenía voto de calidad), Eaco (el piadoso y justo rey de Egina) y Radamanto (hermano de Minos, cuya estricta legislación había inspirado la de Esparta) que juzgaba al difunto, de suerte que: los espíritus bienaventurados eran destinadas para siempre a los deliciosos Campos Elíseos, en las Islas Afortunadas; los condenados eran entregados a los perdurables tormentos del tenebroso Tártaro o Erebo, rodeado (para que nadie escapara) por el ígneo río Flagetonte; y los espíritus ordinarios, simples o indiferentes, a los nebulosos y neutrales Campos Asfódelos, de donde podían salir para reencarnarse (e intentar, tras una nueva vida, obtener un juicio más favorable), aunque no sin antes beber las aguas del río Leteo (del olvido), para borrar todo recuerdo anterior.

⁸¹ La tradición bíblica contempla un juicio final universal donde, tras un fiero combate escatológico (Armagedón) es vencida la bestia maligna (Behemot, Leviatán); y todos los difuntos son revividos y reunidos en el valle de Josafat (de *Yeos-shafhad*, Dios juzga), donde los bienaventurados serán admitidos en el *seno de Abraham* y los condenados son sepultados en el *Sheol* o *Jehena* a un eterno sufrimiento (cfr. Joel, 3, Ezequiel 37, 4; y Daniel 12,5).

⁸² La teología cristiana de los “novísimos” (últimas realidades: muerte, juicio, infierno y gloria) contempla un primer juicio final individual donde el alma de cada difunto es juzgada por Cristo según sus obras buenas (ponderadas por el jefe de los ángeles fieles, el arcángel San Miguel) y malas (remarcadas por el jefe de los ángeles infieles, Luzbel), de suerte que las almas buenas son admitidas en el cielo, las malas condenadas al infierno y las intermedias al Purgatorio (para su purificación antes de entrar en el cielo); pero también existe un Juicio final general donde, tras la resurrección de los muertos, toda la humanidad (cuerpos y almas) es enjuiciada por Cristo en su segunda venida (*Parousía*) en la que renovará el mundo (cfr. Mateo, 24 y 25; Marcos 13, Lucas 17 y 21, Apocalipsis 20,7-15 y Romanos 2, 5-11).

⁸³ En el islam, la idea de un juicio final, con un paraíso (*Yanna*, jardín placentero) para los creyentes y un infierno (*Yannama*, fuego castigador) para los incrédulos aparece el Corán (suras 82 y 83) y diversos *hadices* o dichos del Profeta recogidos en la *Sunna*. En el zoroastrismo, se cree también en el juicio final (*Frashokereti*) tras una lucha escatológica entre el bien (*Ormuz*) y el mal (*Ariman*). Las religiones que, como el hinduismo, creen en la transmigración de las almas carecen de una concepción del juicio final universal, pero entienden que la reencarnación (*metempsicosis*) requiere un juicio individual sobre lo hecho en vida (*karma*) que determina el nivel de la nueva vida de destino. El budismo, el taoísmo y el jainismo no presentan una escatología de enjuiciamiento sino de inmortalización por fusión con el todo, aunque, en las variantes mahayánicas, más influidas por el hinduismo, se admite un infierno (*Naraka*) y una nueva iluminación del mundo por la reencarnación de Buda como *Maitreya*.

estas tradiciones enlazan con una visión trascendental de la justicia como necesidad de una retribución, última y proporcionada, del bien y del mal realizado en vida por las personas; y, por tanto, mostraban el ejemplo trascendental sobre el que se modulaban los juicios y jueces terrenales ⁸⁴.

2. Concepto.

El Poder Judicial, en su sentido subjetivo, es el conjunto de órganos o de complejos orgánicos a los que constitucionalmente esta atribuida, reservada y garantizada la dirección y realización, con total independencia, de la función judicial, es decir, la de resolver (de forma objetiva, independiente y exclusivamente fundada en la racionalidad jurídica vigente) asuntos litigiosos concretos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos en los que exista una controversia entre partes conocidas y determinadas o un interés que la ley les ha sometido para que lo fijen y delimiten con la independencia que les es propia.

El Poder Judicial así descrito suele ser identificado con los conceptos de *Justicia* y *Administración de Justicia*, por lo que conviene aclarar estos extremos.

A) El Poder Judicial y la Justicia.

El Poder Judicial suele ser identificado con la *Justicia* (con mayúscula), pero ésta última es un concepto polisémico cuyos distintos sentidos deben ser aclarados.

Por un lado, la *justicia* (en una primera acepción, con minúscula) es una virtud moral, clásicamente definida como la firme y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo; lo que implica (epistemológicamente, es decir, desde la Teoría del conocimiento) que es un concepto “segundo” con respecto al de Derecho, en cuanto que son las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico las que determinan qué es lo suyo de cada cual; y, de ahí, se sigue que quien es justo, por ejercer la virtud de la justicia, no cuestiona el orden jurídico establecido ni los criterios de reparto que lo han generado; y, en este sentido, lo *justo* es lo *conforme a Derecho* (*iustum quia ius*).

La conclusión anterior es paradójica y sorprendente, ya que, en el ámbito social, la *justicia* (en una segunda acepción, también con minúscula) es una aspiración ética hacia el logro de la igualdad entre realidades cuyo tratamiento desigual no se entiende como racional; y, por tanto, opera como idea-fuerza para la crítica del orden establecido y de los criterios de reparto que lo han producido; y en este sentido lo

⁸⁴ Por ello, en la tradición judeo-cristiana, la divinidad monopoliza la venganza y la ejerce en el juicio final o día de la ira (*dies irae*); y así, p.e., en Romanos 12.19 y en Hebreros 10.30, se afirma “no os venguéis vosotros mismos, sino dejad lugar a la ira de Dios; porque escrito está: Mía es la venganza, y yo pagaré, dice el Señor”.

justo es lo *conforme a la justicia*; por lo que puede haber un Derecho injusto, en cuyo caso debe ser modificado para que sea justo (*ius quia iustum*). Además, es de resaltar que, si bien es la igualdad el parámetro originario de esta acepción de justicia, al mismo se han añadido otros, como la racionalidad, la proporcionalidad y la equidad, para calificar de injustas las regulaciones que no los respetan. Desde luego, todo este planteamiento sería extrajurídico o deóntico, es decir, *de iure condendo*, pero no jurídico-positivo (*de lege lata*), si la *justicia* (en esta segunda acepción) no hubiera sido elevada al rango constitucional como valor superior del ordenamiento jurídico (cfr. art. 1.1 CE) que ha de regir su aplicación e interpretación y si la interdicción constitucional de la arbitrariedad no hubiera erigido la racionalidad como canon último de juridicidad (cfr. art. 9.3 CE).

Esta circunstancia hace también que la justicia (nuevamente con minúscula) adquiera una tercera acepción que la hace equivalente al concepto genérico de Derecho u ordenamiento jurídico.

Esto dicho, el Poder Judicial (en cuanto que emana disposiciones jurídicas singulares incardinadas en la fase impositiva del Derecho, es decir, resultantes de aplicar a conflictos concretos las disposiciones jurídicas generales incardinadas en los niveles anteriores del ordenamiento jurídico) es, por antonomasia, el Poder público de aplicación del Derecho y resulta, así, vinculado e identificado con la idea de aplicador de la justicia en la triple dimensión que se ha apuntado, lo que explica que, desde el punto de vista subjetivo, es decir, como verdadero Poder del Estado, sea frecuente y genéticamente denominado también como “la Justicia” (ahora ya con mayúscula).

Pero esa misma identificación y vinculación remite al aparato estatal organizado para administrarla, es decir, al conjunto de órganos o complejos orgánicos, constitucionalmente previstos y legalmente establecidos, para encarnar el Poder Judicial y realizar las funciones que tiene atribuidas. Este aparato suele ser denominado *Administración de Justicia*.

B) Poder Judicial y Administración de Justicia.

Este último término (*Administración de Justicia*, ambas con mayúscula) puede resultar también bastante confuso, ya que comienza con el término *Administración* que (al escribirse con mayúscula) parece aludir a una personificación que ya es inherente al término *Justicia* que (también con mayúscula) le sigue y con el que, así presentado, sería redundante, salvo que se entendiera, a la *Justicia* como equivalente a *Poder Judicial* y, a la *Administración de Justicia*, como el instrumento del que dicho *Poder Judicial* se sirve para cumplir su función, es decir, aplicando al binomio *Poder Judicial-Administración de Justicia* el mismo nexo relacional que existe en el binomio *Poder Ejecutivo-Gobierno* o *Gobierno-Administración pública*. Pero es

que, además, cualquier referencia a la *Administración* (con mayúscula) parece más propia de la órbita del Poder Ejecutivo en cuanto que la *Administración pública* depende del *Gobierno* y aquí se refiere al *Poder Judicial*.

Por otro lado, habría que dilucidar el estatuto del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como órgano de gobierno del mismo y de la *Administración de Justicia* con la que, por razón de la independencia judicial, no mantiene las mismas relaciones de jerarquía que el *Gobierno* (del Poder Ejecutivo) mantiene con respecto a la *Administración pública*, pero tampoco ejerce funciones de *jurisdicción* ni *judicación*, sino sólo de gobierno (con minúscula), organización y gestión, con la correspondiente potestad reglamentaria limitada a esos aspectos.

Para salvar esta situación perpleja, podría entenderse que, en la expresión *Administración de Justicia*, lo que prima es la *Justicia* (con mayúscula) en su sentido subjetivo, es decir, en cuanto que equivalente a *Poder Judicial*, de suerte que aquí el vocablo *Administración* aludiría más bien al sentido objetivo de la función, esto es, a dirección y realización de la función de aplicación del Derecho encomendada al Poder Judicial; pero entonces debía escribirse con minúscula, esto es, como *administración de Justicia*, aunque ello conllevaría el inconveniente de que la preposición *de* indicaría un genitivo, es decir, referiría dicha *administración* objetiva a una concreta manifestación de la misma, como si quisiera aclarar y calificar que se trata de administrar *justicia* (con minúscula), entendiendo entonces la *justicia* en su sentido equivalente a aplicación del Derecho.

Por si fuera poco, la introducción del término *Administración* referida a la *Justicia* ha suscitado la idea, mantenida por los ius-administrativistas, de que se trata de una *Administración especial* que, junto con la militar, la exterior y la hacendística, presenta unas características que la distinguen de la *Administración general*, es decir, de la encargada de las ejercer las funciones ordinarias y comunes del Poder Ejecutivo bajo dependencia del Gobierno. La propuesta no deja de tener su parte de razón, en cuanto que también el Parlamento, y otros órganos constitucionales o estatutarios no incardinados en el Poder Ejecutivo, tienen una organización propia que, materialmente, queda sujeta al Derecho Administrativo en sus actos de gestión ordinaria, como son la contratación, la función pública o la responsabilidad patrimonial; y el mismo modelo puede predicarse de los órganos integrantes del Poder Judicial y, en especial, de su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial.

Para tratar de resolver esta nueva perplejidad, se ha apuntado la necesidad de precisar que el Poder Judicial engloba, como funciones principales, la *jurisdicente* (que es de *auctoritas* y consiste en decir el Derecho, dictando sentencias y otras resoluciones judiciales), la *jurisdiccional* (que es de *potestas* y consiste en fijar, impulsar

y resolver imperativamente el proceso y también en hacer ejecutar lo juzgado) y otras *accesorias* a las anteriores (como la policía de estrados), todas las cuales no son *administrativas* (ni encuadrables en el Poder Ejecutivo, sino claramente *judiciales* y pertenecientes, por tanto, al Judicial). Pero también desempeña funciones que son propiamente *administrativas* (como las competencias sobre el resto de la maquinaria judicial, policial y forense, no directamente *jurisdicente*, que tradicionalmente en España venía asumiendo el Ministerio de Justicia y que, en parte, pueden también asumir, por transferencia, las Comunidades Autónomas, como sucede en otros modelos de Estado compuesto.

El intento de denominar a estas últimas funciones *Administración de la Administración de Justicia* para indicar (en el proceso de transferencia de las competencias *de Justicia* a las Comunidades Autónomas) que no es transferible la función judicial estatal, esto es, la *Administración de Justicia* propiamente dicha, pero sí esta *Administración de la Administración de Justicia*, me parece desechable por redundante y confuso, puesto que también los aspectos de organización de la carrera judicial, que competen al Consejo General del Poder Judicial, son, en rigor *administrativos*, están sujetos a procedimiento administrativo, bien que especial, y se traducen en actos definitivos que son susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa.

Por eso, entiendo que toda esta materia es, en realidad, *Derecho Administrativo*, aunque, por estar regulada en la LOPJ, tradicionalmente se estudie académicamente en sede del *Derecho Procesal*, calificado significativamente de *Orgánico*; pero que, en rigor, sólo incluye otras tantas especies -menores- del género *Administración Especial del Ramo de Justicia*.

Distinto es el caso del *Derecho Procesal* propiamente *rituario* que tiene por objeto regular *procesos* (series de actos procesales) estableciendo los correspondientes *procedimientos* (conjuntos de normas que regulan los procesos) y, aunque, en esa medida, parece también *Derecho Administrativo*, sin embargo debe ser configurado, en cuanto a su naturaleza (más bien desde el *Derecho Constitucional*), como la plasmación normativa de una competencia exclusiva del Estado central consistente en ejercitar la potestad legislativa de las Cortes Generales en materia procesal. Se trata de un ejercicio y una materia que, como la penal o la civil, constituye toda una *rama* del Derecho distinta conceptualmente del Derecho Administrativo.

En suma, lo relevante a efectos de hacer intransferible la *Administración Judicial*, a diferencia del resto de la *Administración de Justicia*, no es tanto que la primera sea algo exclusivamente *judicial* y lo segundo más bien *administrativo* sino que, siendo *administrativos* ambos aspectos, el primero está tan estrechamente ligado a

la independencia judicial que forma parte, por conexión, del conjunto de aspectos que integran la garantía institucional constitucionalmente querida para la misma. En otras palabras, no es que la *Administración Judicial* no sea objeto del *Derecho Administrativo*, que lo es, sino que forma parte de una garantía institucional de *Derecho Constitucional*, tradicionalmente estudiada por los procesalistas.

Así pues y a mi juicio, en nuestro Estado Autonómico, es mucho más claro, y preferible constitucionalmente, hablar de *Administración Especial del Ramo de Justicia*, como concepto genérico que engloba los siguientes subsistemas orgánicos y funcionales:

- La *Administración Judicial*, integrada por el conjunto de competencias (relativas al estatuto de los jueces y a la judicatura como personal jurisdicente, para preservar su absoluta independencia), que en España están atribuidas al Consejo General del Poder Judicial y, en la época preconstitucional, lo estaban al Ministerio de Justicia.
- La *Administración de Justicia* propiamente dicha, integrada por el conjunto de competencias sobre el resto de la maquinaria judicial, no directamente jurisdicente, que tradicionalmente en España venía asumiendo el Ministerio de Justicia y que, en parte, pueden también asumir, por transferencia, las Comunidades Autónomas.
- Las *Administraciones Especiales propias de los distintos estamentos sujetos a Estatutos orgánicos particulares, por su conexión con la Justicia*; como son el Ministerio Fiscal, la Abogacía, la Procuraduría o los Servicios Jurídicos de las Administraciones públicas (estatal, autonómicas, locales, institucionales o corporativas). También podrían encuadrarse en este ámbito los regímenes especiales de la Policía Judicial, los Médicos, y demás peritos o especialistas, forenses.
- La *Administración de algunas otras instituciones forenses*. Es el caso de la llamada *policía de estrados* y de las distintas medidas accesorias adoptadas para el *buen gobierno y funcionamiento ordinario de los juzgados y Tribunales*; cuestiones ambas, tan ligadas a la judicación, que no deben desvincularse de la misma.
- La *Administración consultiva de tipo jurídico*, pero no en general, sino sólo en lo relativo al régimen de los *Altos Órganos Consultivos* del Estado y de las Comunidades Autónomas, es decir, el estatuto jurídico de la *Alta Administración Consultiva*, donde el calificativo *alta* expresa una garantía institucional de independencia, objetividad y externalidad conferida por las leyes con respecto al Poder Ejecutivo, a diferencia del resto de órganos consultivos de

cualquier denominación (Consejos, Juntas o Comités) que, por su incardinación orgánica o dependencia funcional con respecto a otros integrados en la cadena orgánica de las Administraciones públicas, carecen objetivamente de esa garantía institucional⁸⁵.

En cualquier caso, me parece forzoso reconocer que, en esta materia, la terminología no está en absoluto consolidada. Además, el Derecho -como, en realidad, todas las Ciencias-, es esencialmente uno y, por tanto, estas subdivisiones en ramas, géneros y especies, en los casos especialmente fronterizos y dudosos, como el que nos ocupa, aunque intelectualmente interesantes, no dejan de tener un componente bastante convencional y relativo, por lo que las presento sólo para dejar constancia de mi postura, no para polemizar en absoluto sobre las mismas.

3. Tipología. La unidad del Poder Judicial y la forma de Estado.

La tipología del Poder Judicial depende de la forma unitaria o compuesta del Estado que, a su vez, ha experimentado una peculiar evolución diacrónica, que se ha traducido en una distinta planta y organización de los órganos jurisdiccionales.

A) En el Antiguo Régimen.

En el Antiguo Régimen los jueces (de primera instancia) eran libremente nombrados, según los territorios, por el rey (jueces *realengos*) o por los señores jurisdiccionales, laicos (jueces *señoriales*) o eclesiásticos (jueces *abadengos*); pero, cuando se consolidó el poder judicial del rey, éste asumió la jurisdicción de ulterior instancia, ejerciéndola, por delegación revocable, mediante jueces de su itinerante corte (*de circuito*), pronto unificados en un tribunal con sede estable (*Curia*), que podía instituir otros inferiores (*Audientiae*), pero que no reconocía otro superior que el propio rey, quien podía enjuiciar por sí mismo (los *casos de corte* que tenía reservados u otros asumidos, de oficio, por avocación; o, a instancia de los litigantes, por suplicación), aunque solía delegar esa función en el Consejo Real

⁸⁵ Se habrá notado que no mantengo que los Altos Órganos Consultivos pertenezcan a la *Administración de Justicia* como *especie* categorial inclusiva de cuantas competencias en materia de Justicia no sean estrictamente de *Administración Judicial*, sino que pertenecen al *género* que denomino *Administración Especial del Ramo de Justicia* y, por ello, estimo que es, desde dicho género, como debe de interpretarse la ubicación que algunos Estatutos de Autonomía -y el propio art. 107 de la CE relativo al Consejo de Estado- hacen de estos Altos Órganos Consultivos en los epígrafes relativos al Gobierno y la Administración. Con esta matización y en contra de la opinión de algún ilustre colega, me parece adecuado que el Estatuto de Autonomía de La Rioja, reformado por Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, a la hora de recoger, en su artículo 42, la garantía institucional relativa a la existencia y configuración estatutaria del Consejo Consultivo de La Rioja, no lo haya incluido, como otros Estatutos, en el epígrafe correspondiente al *Gobierno* o la *Administración*, sino que lo haya ubicado en el relativo a la *Justicia*; por más que, en el caso riojano, lo haga en el Capítulo II titulado, precisamente, *De la Administración de Justicia*.

encargado de la materia o territorio correspondiente (por lo que había varios que conformaban un sistema polisindial), el cual funcionaba así como un tribunal supremo (*Consilium regis*)⁸⁶.

B) En el constitucionalismo.

El constitucionalismo implantó la división de poderes; así, respecto del *Judicial* y centrándonos en España, la Constitución española de Cádiz (1812) creó el *Tribunal Supremo* (TS), al que subordinó las *Audiencias* (Dto. 09-10-1812); aunque, por los avatares constitucionales, tal reforma no se estabilizó hasta que las Provincias fueron creadas (RD 30-11-1833), divididas (RD 29-01-1834) en Partidos judiciales, e integradas en el ámbito jurisdiccional de las *Audiencias Territoriales* (AT)⁸⁷.

Con estos antecedentes, el consenso, con el que las fuerzas políticas fraguaron la CE de 1978, sustituyó el modelo unitario y centralista del régimen anterior por el denominado *Estado de las autonomías*, forma de Estado compuesto en el que se redistribuyeron los tres Poderes entre las instancias centrales que debían subsistir y las Comunidades Autónomas (CCAA) que se creasen.

Como es sabido, siguiendo el modelo descentralizador de 1931, se repartieron competencias por materias (arts. 148 y 149 CE) entre las Cortes Generales (Congreso y Senado) y los Parlamentos autonómicos, respecto al *Poder legislativo*; y, entre el Gobierno central y los Gobiernos autonómicos, respecto al *Poder ejecutivo*. Pero no se quiso dividir el *Poder judicial*, sino, manteniendo el criterio de la LOPJ' 1870, conservar su unidad para garantizar su independencia (art. 117 CE); aunque adecuando, al territorio de las CCAA, la planta y demarcación de los órganos judiciales de ámbito subestatal.

Así, el art. 152.2 CE previó: i) la creación de los *Tribunales Superiores de Justicia* (TSJ) para culminar la organización judicial en el ámbito autonómico; ii) la parti-

⁸⁶ Tal sucedió: i) en el Reino de Castilla, cuando la *Real Audiencia* (creada en 1371) fijó su sede (1489) en *Valladolid*, donde fue llamada *Chancillería*, por guardar (*cancellare*) el sello regio de imbrantar sentencias. Al constituirse otra en *Granada* (1494), la denominación *Audiencia* se aplicó a tribunales inferiores conformados para *Asturias*, *Galicia* (1567), *Sevilla* (1525), *Canarias* (1526) y distintos territorios de *Indias*; ii) en el Reino de Aragón, cuando, bajo la *Audiencia Real* (instituida en 1344), se erigieron *Audiencias* para *Cataluña*, *Aragón*, *Valencia* (1483) y *Baleares* (1571); y iii) en el Reino de Navarra, al convertir su *Consejo* en tribunal de apelación (1525); criterio éste aplicado, desde 1716, a todos los Reinos hispánicos para posibilitar un último recurso ante el *Consejo Real* correspondiente.

⁸⁷ Dichas AT fueron: i) establecidas (RD 19-12-1835) en *Albacete*, *Barcelona*, *Burgos*, *Cáceres*, *La Coruña*, *Granada*, *Madrid*, *Oviedo*, *Las Palmas*, *Palma de Mallorca*, *Pamplona*, *Sevilla*, *Valencia*, *Valladolid* y *Zaragoza*; ii) respetadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15-09-1870 (LOPJ' 1870); iii) reducidas a una *Sala de lo Civil*, cuando (según la Ley 14-10-1882, Adicional a la LOPJ' 1870) el RD 16-07-1882 integró la *de lo Criminal* en las *Audiencias Provinciales* (AP), creadas (RD 16-07-1892) para el juicio oral instaurado por la Ley de enjuiciamiento criminal de 14-09-1882; iv) incrementadas con una *de lo Contencioso-administrativo* (Ley 26-12-1956); y v) potenciadas con la *Audiencia Nacional* (AN), creada por RDL 04-01-1977.

cipación de las CCAA en la demarcación judicial afectante a sus territorios; y iii) el agotamiento de las sucesivas instancias procesales ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio en que se encontrase el competente en primera instancia.

Esta opción (unidad del Poder judicial con adecuación de su planta a las CCAA) presentaba el problema de qué hacer con las AT reconocidas por la LOPJ'1870⁸⁸; pero, una vez resuelto este por la DA 4ª CE y excluida la jurisdicción militar, el Poder Judicial español quedó organizado en Municipios, Partidos, Provincias y CCAA (art. 30 LOPJ'85), sobre los que ejercen potestad jurisdiccional los *Juzgados* (del art. 26 LOPJ'85: de Paz, de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de Violencia sobre la mujer, de lo Mercantil, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Vigilancia penitenciaria y de Menores), las *Audiencias Provinciales* y los *Tribunales Superiores de Justicia*; mientras que, sobre todo el territorio nacional, la ejercen la *Audiencia Nacional* y el *Tribunal Supremo*.

C) En Los Estados compuestos.

Por consiguiente, a la luz de la evolución histórica del modelo español y del Derecho comparado en esta materia, puede concluirse que: i) en los Estados unitarios, el Poder Judicial es también unitario y de estructura funcionalmente jerarquizada (de suerte que: en la cúspide, se encuentra un Tribunal Supremo con funciones casacionales; en un segundo nivel, los órganos pluripersonales de apelación; y, en la base, los órganos unipersonales de primera instancia); por más que el conjunto se distribuya en *órdenes* por razón de la materia (civil, penal, laboral, etc), cuya cognición se les encomiende y que la competencia de cada uno quede distribuida por razón de las personas, la materia, la cuantía o el territorio; ii) en los Estados compuestos, el Po-

⁸⁸ Para resolverlo, no cabía introducir una Disposición Transitoria en la CE (pues se consensuó mantener la LOPJ'1870 hasta que se aprobase otra) y tampoco un apartado en el art. 152 CE (pues éste sólo alude a las CCAA constituidas por la vía rápida del art. 151 CE). Por ello, el Senado introdujo la DA 4ª CE, que habilitaba a los Estatutos de Autonomía (EA) de CCAA en las que tuviera su sede más de una AT, para mantener las existentes, distribuyendo las competencias entre ellas, sin perjuicio de la futura LOPJ. Así lo planteó una enmienda del Grupo parlamentario (GP) de UCD en el Senado (*Diario de Sesiones*, DS, 54/78), para matizar la que había logrado sacar adelante en el Congreso el GP *Minoría catalana* (DS 91/78) al introducir los TSJ en el art. 152 CE, sin pensar en las CCAA que, a diferencia de Cataluña, tenían más de una AT en su ámbito, como ocurría en Andalucía (And), Castilla y León (CL) y Castilla-La Mancha (CM). La redacción final del texto y su traslado, desde el art. 152 CE a esta nueva DA 4ª CE, fue adoptada por el Pleno del Senado (DS 66/78), al aceptar una enmienda transaccional del GP del PSOE, con objeto de: i) salvaguardar la unidad del *poder judicial* conforme a la LOPJ'1870, reconocedora de las AT; y ii) permitir que los futuros EA de las CCAA no constituidas por la vía rápida del art. 151 CE, para las que no resultaba obligatorio crear un TSJ, pudieran optar: por crearlo y refundir en él las AT existentes en sus ámbitos; o bien no crearlo y mantener dichas AT, redistribuyendo las competencias entre ellas. Estas posibilidades fueron recogidas en la redacción originaria de los arts 48.2 EAAnd, 21 EA CL y 23 EA CM, si bien fueron desplazados por la nueva LOPJ'85 (6/1985, de 1 de julio), que suprimió las AT (DA 2ª), generalizó los TSJ (art. 70) y posibilitó crear *Salas* de los mismos allí donde había una AT o conviviera (art. 78 y DA 3ª); como así hizo la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de planta y demarcación judicial, en *Bilbao, Burgos, Málaga, Santa Cruz de Tenerife y Sevilla* (arts. 2 y 7). Cfr. mi comentario a la DA 4ª CE, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed), *Comentario mínimo a la CE*, Madrid, 2018, págs 745-748.

der Judicial puede continuar siendo unitario (es decir, incardinado en el *Gesamstaat* o Estado global), aunque, siguiendo técnicas federales, acomodado (en instancias inferiores al Tribunal Supremo) a la organización territorial del *Gliedstaat*, esto es, a la organización territorial de las instancias inferiores dotadas de autonomía política (como son los Estados federados, las Regiones o las Comunidades Autónomas).

4. Finalidad.

El Poder Judicial tiene por finalidad resolver casos litigiosos concretos, aplicando a los mismos las disposiciones generales vigentes y concretándolas en resoluciones ejecutivas que, una vez firmes, se incardinan en la fase impositiva del ordenamiento jurídico. Esta descripción teleológica alude, pues, a las funciones de aplicar el Derecho, emanando, a su vez, resoluciones impositivas, previo enjuiciamiento y posterior ejecución de lo juzgado; que exigen, respectivamente confrontar el concepto de *Poder Judicial* con los de *Derecho*, *ordenamiento jurídico*, *jurisdicción* y *judicación*.

A) Poder Judicial y Derecho: la jurisprudencia.

Aunque frecuentemente son confundidos, *Derecho* y *Jurisprudencia* (con mayúscula) son conceptos distintos, pero relacionados, ya que, por *Derecho* se entiende el conjunto de disposiciones (o normas) jurídicas vigentes que se dirige a lograr la convivencia pacífica mediante un orden social justo; mientras que por *Jurisprudencia* (con mayúscula) se entiende la rama del conocimiento humano que tiene por objeto el estudio teórico (*scientia*) y práctico (*ars*) del Derecho, es decir, la Ciencia y la Técnica dirigidas al estudio, comprensión, interpretación y aplicación del Derecho. En este sentido, la *Jurisprudencia* no es patrimonio exclusivo del *Poder Judicial* sino de todos los juristas, aplicadores e incluso de los meros interesados o afectados por la aplicación del Derecho.

Sin embargo, la *jurisprudencia* (con minúscula), que es el criterio constante que mantienen los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación del Derecho; es un concepto íntimamente ligado al *Poder Judicial*, ya que sólo los órganos integrantes del mismo pueden generarla.

En este sentido, es preciso aclarar que existen otros órganos (no jurisdiccionales) que también mantienen criterios constantes en la interpretación y aplicación del Derecho, tal es el caso del Tribunal Constitucional, de los Altos Órganos Consultivos del Estado central o de las Comunidades Autónomas y de los órganos administrativos especializados en la resolución objetiva e independiente de reclamaciones o consultas; pero en estos casos no se debe emplear (y, si se emplea, se hace en sentido impropio) el término *jurisprudencia* (reservado a los órganos jurisdiccionales) sino el de *doctrina* (con minúscula) emanada de órganos oficiales no jurisdiccionales,

en cuyo caso debe ser calificada, respectivamente de, *constitucional* (si emana del Tribunal Constitucional), *legal* (que algunos denominan con el discutible neologismo *legisprudencia*, si emana de los Altos Órganos Consultivos) o *administrativa* (si procede de órganos administrativos con funciones cuasi-jurisdiccionales).

Tampoco los aludidos conceptos de *jurisprudencia* (con minúscula) y *doctrina* (con minúscula) *oficial* deben ser confundidas: i) con el concepto de *Doctrina* (con mayúscula), el cual se refiere genéricamente a la opinión compartida por los doctores (*communis opinio doctorum*) o expertos en Derecho (jurisperitos) cuando es mayoritaria, especialmente si expresa el sentir general de los profesores miembros de Academias o Universidades (*Doctrina académica*); ni ii) con el concepto de *doctrina* (con minúscula), que equivale a una opinión consolidada sobre un principio o criterio jurídico concreto (como, por ejemplo, la doctrina del título y el modo en las adquisiciones o la de la *división de poderes* que nos ocupa).

Esto aclarado, es de precisar que tampoco toda opinión mantenida por los órganos jurisdiccionales sobre la interpretación o aplicación del Derecho constituye jurisprudencia, sino sólo aquella que ha sido formulada de manera constante (suele exigirse una reiteración en al menos dos fallos firmes) y uniforme (sin matices diferenciales o variaciones jurisprudenciales) por el órgano jurisdiccional superior contra cuya resolución no queda ulterior recurso en el sector de asuntos de que se trate (que, por lo general, es el Tribunal Supremo).

En los Derechos de tradición anglosajona, el prestigio e independencia judiciales como soporte central del *commom law* es tal que la jurisprudencia es fuente del Derecho, en cuanto que lo fallado en un primer caso ejemplar (*leading case*) vincula a quien lo formuló y a los demás juzgadores posteriores de rango igual o inferior con la fuerza del *precedente* (principio *stare decisis*), siempre que las circunstancias del caso sean similares o no haya motivos relevantes para alterarlo⁸⁹.

Pero, en los Derechos de tradición continental, la primacía de la ley, derivada de la centralidad de la institución parlamentaria por su legitimidad democrática de primer grado, relega la jurisprudencia a una función *completiva* del ordenamiento jurídico que no impide *variaciones* jurisprudenciales por cambio de circunstancias o de apreciación de las mismas, ni tampoco *desplazamientos* de la jurisprudencia operados por modificaciones legislativas posteriores.

⁸⁹ Los criterios para alterar precedentes fueron estereotipados por Lord Reid, en un *extra curial ipse dixit* (formulado a partir de diversos casos, en los que fue ponente entre 1966 y 1975, para limitar las variaciones jurisprudenciales en el Comité Judicial de la Cámara de los Lores) y, según el cual, el juzgador debe actuar con suma cautela y auto-restricción en estos supuestos, para: no derogar preceptos sancionadores ni fallos interpretativos de normas; respetar las legítimas expectativas de los contratantes; y no modificar concepciones jurídicas globales (que siempre requieren leyes parlamentarias); sino limitarse a aclarar incertidumbres, supear vías o aspectos oscuros o introducir mejoras claras, que no estén abocadas a efectos imprevisibles.

B) Poder Judicial y ordenamiento jurídico: las resoluciones judiciales.

La antigua y estéril polémica sobre si la *jurisprudencia* es o no fuente formal del Derecho no puede hacer olvidar que las resoluciones judiciales firmes, aunque no constituyan jurisprudencia, se incardinan en la fase *impositiva* del ordenamiento jurídico.

En efecto, en dicha fase *impositiva*, se trata de aplicar, a casos litigiosos concretos, las disposiciones que conforman las fases *constitucional* y *legal* del ordenamiento jurídico. Por tanto, la fase o nivel *impositivo* del ordenamiento jurídico tiene por objeto aplicar el Derecho, pasando de la contemplación, necesariamente general, de los supuestos de hecho que es propia de las normas jurídicas, a la subsunción de los hechos producidos en la realidad en aquellos supuestos para concluir con la aplicación al caso de las consecuencias jurídicas previstas al efecto en tales normas.

El Poder Judicial realiza así un macro-silogismo donde el ordenamiento vigente opera como premisa mayor, la prueba de los hechos producidos en la realidad opera como premisa menor y la sentencia es la conclusión consistente en aplicar a los hechos probados la consecuencia jurídica prevista con carácter general por el ordenamiento jurídico. La generalidad de las disposiciones jurídicas requiere, en suma, la concretización a cada caso litigioso y esa es la función que corresponde al Poder llamado Judicial precisamente porque consiste en decir o aplicar el Derecho a casos concretos.

Conviene repetir estas obviedades para destacar que las resoluciones judiciales, una vez firmes, son también auténticas disposiciones (normas) jurídicas de obligada observancia y, por eso, se incardinan en el ordenamiento jurídico en cuya fase *impositiva* han nacido y a la que pertenecen, por más que su ámbito de aplicación quede, ordinariamente, reducido a quienes fueron partes litigantes en el proceso y sus causahabientes, aunque, excepcionalmente, puedan ser *extendidas* o aplicadas luego a casos similares mientras no varíe la jurisprudencia o sea modificada la legislación aplicable.

La obligatoriedad de las resoluciones judiciales firmes deriva, pues, de su carácter de disposiciones (normas) jurídicas y, por ello, constituyen también Derecho y un Derecho vigente, por cuanto su vigor o fuerza deriva de la fuerza social emanada del grupo estatal que impregna todo el ordenamiento jurídico. De ahí también se deriva que las resoluciones firmes sean ejecutivas y ejecutorias, en su caso, coactivamente.

C) Poder Judicial y jurisdicción.

La relación del Poder Judicial con el Derecho es, fundamentalmente, de tipo impositivo, ya que consiste en *decir* y aplicar imperativamente, a un conflicto o caso concreto, el Derecho que es aplicable para resolverlo. Pero aquí *decir* no es un mero pronunciamiento inefectivo, ya que deriva de *dicere*, que es un verbo latino que in-

dica *potestas*, esto es, se refiere a una manifestación de voluntad del poder público en el sentido de promulgar una disposición jurídica por la que se resuelve imperativamente un conflicto determinado.

En otras palabras, la *jurisdicción* remite al *poder* público que encierra, es decir, a la supremacía de mando (*imperium*) que, para lograr objetivos de interés general, los titulares de los órganos públicos habilitados ostentan sobre todos o parte de quienes residen en de cierto territorio o resultan afectados por cierta materia.

Ahora bien, dicha supremacía de mando, aunque es tan multiforme como exige el interés público a cuya satisfacción se dirige, presenta diversas manifestaciones *típicas*, como la de dictar normas jurídicas (poder *legislativo*), desarrollarlas y llevarlas a cabo (poder *ejecutivo*) o aplicarlas objetivamente en conflictos concretos (poder *judicial*).

Pues bien, para acotar esa supremacía y ordenar la actuación de sus titulares, surgen los conceptos de *jurisdicción* (como ámbito material y espacial asignado al poder público) y *competencia* (como medida en la que se ostenta dicha jurisdicción por razón de ciertos parámetros, como el territorio, la materia, la jerarquía, la cuantía o el procedimiento).

Aunque estos dos últimos conceptos (*jurisdicción* y *competencia*) suelen emplearse con más frecuencia y precisión en el ámbito del Poder Judicial de cada Estado, constituyen nociones generales y abstractas aplicables en otros ámbitos, como se aprecia en el llamado Derecho interno *conflictual*, esto es, el que regula la forma de resolver los conflictos entre órganos constitucionales o integrados en cada uno de los distintos Poderes, por razón de su respectiva jurisdicción o competencia sobre un asunto concreto; propiciando así no poca confusión por el uso traslaticio, inseguro e incluso impropio de los respectivos términos⁹⁰.

⁹⁰ Así, el término *jurisdicción*: i) aplicado al Poder Legislativo, expresaría el conjunto de materias sobre las que un Parlamento puede constitucionalmente intervenir o legislar, aunque, para designarlo, se suele emplear más el término *competencia* (legislativa) en su sentido constitucional o el término, más restringido, de *reserva* (de ley); ii) aplicado al Poder Ejecutivo, significaría las materias atribuidas a un Gobierno sobre el territorio que le corresponde, siempre que no las asuma el Parlamento (pues no hay propiamente una *reserva* en favor del Poder Ejecutivo); iii) aplicado al ámbito internacional, se refiere a lo que la Carta de la ONU denomina *dominio reservado* (*domain reservé*) a los distintos Estados y así, en Derecho del Mar, se emplea el término aguas *jurisdiccionales*; y en, en Derecho tributario internacional (e incluso en el interno de ciertos Estados compuestos con autonomía para la exacción de ciertos tributos), se emplea el concepto de *jurisdicciones fiscales* para aludir a las distintas entidades públicas que, como sucede con los Territorios forales vasco y navarro, pueden exigir tributos propios en ciertos espacios o materias. Algo similar sucede con el término *competencia*, el cual, aplicado al Poder Ejecutivo, expresa, en Derecho Constitucional, las materias atribuidas a cada Gobierno (central y autonómicos) o a las Entidades locales (el *pouvoir municipal*, según la terminología francesa); y, en Derecho Administrativo, las atribuciones de cada órgano administrativo y las tareas asignadas a cada puesto de trabajo. Cfr. GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho administrativo español*, Pamplona, Eunsa, 2ª ed, 1993.

Pero, en el ámbito del Poder Judicial, la *jurisdicción* se traduce en la función de *potestas* consistente en introducir, en la fase impositiva del ordenamiento jurídico, una disposición (norma) jurídica que es obligatoria porque encierra la fuerza que dicho ordenamiento recibe del grupo social del que emana y al que ordena; aunque, en un segundo momento, dicha *jurisdicción* se concrete, por razón de diversos parámetros materiales de acotamiento en *órdenes jurisdiccionales* (es decir, conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se encomienda la cognición de grandes ámbitos de conflictividad, como los civiles, penales, laborales, militares o contencioso-administrativos), cada uno de ellos concretado, a su vez, en diversos ámbitos de *competencia* (por razón de la materia, las personas, el territorio, la jerarquía funcional, la cuantía o el procedimiento).

D) Poder Judicial y judicación.

El Poder Judicial se refiere también a otro concepto que conviene deslindar, cual es el de *judicación*, entendiéndolo por tal, la función propia de señalar razonadamente el Derecho aplicable a un conflicto concreto. Si la *jurisdicción* traslucía la idea de *imperium* y *potestas*, *judicación* alude a una idea de *auctoritas* y racionalidad, en cuanto que se limita a descubrir y mostrar las razones, sobre todo, las de tipo jurídico, es decir, las normas o disposiciones jurídicas aplicables a la resolución de un conflicto concreto.

En el bifásico procedimiento formulario romano, la distinción de ambos conceptos era más clara, ya que cuanto, en el proceso, requería decisiones (manifestaciones de voluntad) de *imperium* (mando, originariamente militar) era propio de la *jurisdicción* y debía ser adoptado, en la fase *in iure*, por el único órgano que, en dicho proceso, ostentaba tal facultad de *potestas* (poder público), es decir, el pretor (o asimilado); mientras que el razonamiento jurídico preciso para valorar la prueba y emitir una mera opinión (*sententia*) fundada en Derecho o en criterios de racionalidad era propio de la *judicación* y correspondía, en la fase *apud iudicem*, adoptarla al juez, árbitro o tribunal que, si era lego en Derecho, contaba al efecto con el asesoramiento de los jurisperitos cuyos criterios o respuestas (*responsa*) a las dudas (*dubia*) servían de base para sentenciar.

La etimología latina distingue también ambos conceptos, ya que, si, como se ha dicho, *jurisdicción* deriva de *dicere*, decir o dictar, que implica una voluntad de *potestas* que corresponde a quien tiene *imperium* (como lo prueba que, a la máxima magistratura de mando, se la denominase *dictator*), *judicación* deriva de *dicare* que implica *auctoritas* pues evoca el *numen* o inspiración, originariamente sacral y oracular, con la que los pontífices (y luego sus sucesores, los jurisprudentes) respondían a las consultas, de suerte de sus respuestas no eran

tanto meros dichos verbales (*dicta*) o escritos (*dictata*), cuando dedicaciones (*dicationes*) a la divinidad (ordenadora del cosmos) que las inspiraba y que eran también ofrecidas (*dicata*) a los jueces y a las partes litigantes para que pudieran con ellas resolver el pleito⁹¹.

La confusión entre actuaciones procesales de *potestas* y *auctoritas* que, por motivos de simplificación orgánica y funcional, conllevó la *cognitio extraordinem* y luego el proceso canónico y el moderno constitucionalismo, desdibujaron, en el Poder Judicial, la diferencia entre sus funciones de *judicación*, que implican *auctoritas* (como son, especialmente las de valorar la prueba, juzgar y sentenciar) y las de *jurisdicción*, que implican *potestas* (como son, no sólo las denominadas de *jurisdicción contenciosa*, esto es, las de instrucción e impulso procesal, investigación y policía judicial y de estrados, de aseguramiento y ejecución de lo juzgado; sino también las denominadas de *jurisdicción voluntaria*, esto es, las de prevención de cualquier interés encomendado legalmente a los jueces).

XII. LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

1. Concepto.

Al comenzar este estudio describí la *separación de poderes* como una doctrina politológica, originada en el constitucionalismo occidental, por la que el poder del Estado, tanto en sus instancias centrales como en las dotadas de una descentralización no meramente administrativa, debe ser limitado, asignando cada una de las funciones típicas en las que se manifiesta (principalmente, la legislativa, la ejecutiva y la judicial) a órganos o complejos orgánicos diferentes (principalmente, el Parlamento, el Gobierno y los órganos jurisdiccionales), de suerte que se contrapesen mutuamente y que, de ese equilibrio, resulte garantizada la libertad y demás derechos humanos y, en suma, la democracia.

⁹¹ La tardía expresión *pleito* deriva de *placitum* (participio de *placeo*, desear con determinación) y expresa, no tanto la contienda privada (*litis*, de donde *litigio*) entablada entre las partes, como la voluntad resuelta (*placet*) que manifiestan, por un lado, dichas partes al prepararla (la 5ª Partida denominaba *pleytos* a los pactos y contratos y a las posturas procesales derivadas de ellos), entablarla (demandando, contestando, replicando) y mantenerla (impugnando, ratificando, no desistiendo); y, por otro, el magistrado al aplicar su *imperium* para resolverla mediante una sentencia definitiva y, sobre todo, para ejecutarla (por eso, el Derecho postclásico denominó *placita principis* a las órdenes imperiales ejecutivas). En suma, *pleito* remite a una voluntad (litigante, de las partes; y resolutoria, del juzgador) y, por ello, evoca la *potestas* que encarnan tanto las partes como el juez. Este significado de voluntas luce también en otras instituciones como el *placet* conferido por los Gobiernos a los diplomáticos extranjeros o las resoluciones canónicas dejadas al arbitrio (*ad beneplacitum*) de un superior.

El análisis de las complejas nociones que encierra esta descripción (el *poder* en general, el *poder político* en particular, así como el *Estado*, sus *elementos*, *formas*, *funciones* y *Poderes*), aun siendo somero, ha revelado: i) que el *poder* estatal es formidable pues comprende nada menos que la innovación del *ordenamiento jurídico* mediante disposiciones obligatorias que, en sus tres *niveles* (constitucional, legal e impositivo), determinan el establecimiento de un *orden jurídico* que delimita la *esfera jurídica* de todos los ciudadanos; ii) que un tan inmenso poder ha de ser necesariamente limitado, siendo la *doctrina de la división de poderes* el principal, aunque no el único, mecanismo para lograrlo; y iii) que los múltiples y complejos factores intervinientes en las nociones analizadas determinan que la imprescindible limitación del poder estatal requiera un permanente esfuerzo de actualización de tales mecanismos.

2. Formulación teórica.

Como es bien sabido, constituye mérito de Montesquieu el haber formulado, en el siglo XVIII, la *doctrina de la división de poderes* con estas palabras, que figuran en el Libro XI,6 de su crucial obra *El Espíritu de las Leyes*:

“Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, la potestad legislativa y la potestad ejecutiva están reunidas, no puede haber libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o senado pueda hacer leyes tiránicas, para ejecutarlas tiránicamente.

De nuevo, no hay libertad, si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese unida a la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; debido a que el juez sería el legislador. Si se uniera a la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido, si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los crímenes o las diferencias entre los particulares.

La potestad ejecutiva debe estar entre las manos de un monarca, porque esta parte del gobierno, que tiene, casi siempre, necesidad de una acción momentánea, está mejor administrada por uno que por varios; mientras que lo que depende de la potestad legislativa está mejor ordenada por varios que por uno sólo.

Pero, si no hubiera monarca y la potestad ejecutiva fuera confiada a un cierto número de personas sacadas del cuerpo legislativo, no habría ya libertad, porque los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas tendrían a veces, y podrían siempre tener, parte la una en la otra”.

3. Precedentes.

Desde luego, Montesquieu no partía de un vacío intelectual en esta materia y, no sin razón, se han mostrado precedentes de su genial idea, tanto en la Antigüedad greco-romana, como en la Edad Media y Moderna.

A) La democracia atica y la república romana.

Los precedentes greco-latinos se encuentran en la revolución democrática ateniense protagonizada por Clístenes (508 a.C.) y Efialtes (468 a.C.), al reducir drásticamente los antaño omnímodos poderes del tribunal del Areópago, limitándolo al enjuiciamiento de los delitos de sangre y situar el centro del poder popular en una Asamblea legislativa (*Boulé*) que también elegía a los titulares de las principales magistraturas militares y gubernativas, así como a los jueces de los tribunales ordinarios (*Heliaia*). Esta revolución fue la que permitió el gobierno de Pericles y la que expandió por el Mediterráneo el modelo ateniense de ciudad-estado en el que también trató de inspirarse la organización republicana en Roma sobre la base de un equilibrio entre la *auctoritas* (del Senado y de los juristas) y la *potestas* (del pueblo reunido en Comicios y de los magistrados civiles y militares).

En esa línea, suelen traerse a colación algunos textos de Platón (en *La República*, *Las leyes*, y *Timeo*), Aristóteles (en *La Política* y en *La Constitución de Atenas*), Cicerón (en *La República*, y *Las leyes*) o Polibio (en su *Historia*); pero no debe olvidarse que la teoría política clásica deriva de la enérgica crítica realizada por Sócrates a los sofistas y, en definitiva, a la demagogia, como corrupción de la democracia, por lo que encierra más bien un mensaje en favor de la aristocracia y, a postre, una legitimación del imperio, como así sucedió cuando el régimen de Pericles fue sustituido por los 30 tiranos y finalmente por la hegemonía macedónica o cuando el orden republicano de Roma fue sustituido por el imperial.

Por eso, las referidas aportaciones filosóficas deben ser situadas más bien en la línea ética, sugerida por los estoicos, de lograr un buen ejercicio del poder político encarnando las virtudes cardinales en los titulares de las distintas instituciones; así: la prudencia, en los gobernantes; la justicia, en los tribunales; la fortaleza, en los mandos militares; y la templanza, en los órganos legislativos.

B) Feudalismo y régimen señorial.

La ruralización propia del Bajo Imperio romano condujo, a través de una expansión de los contratos enfiteúticos para el cultivo de latifundios controlados por magnates, al nacimiento del *feudalismo* que, a la postre, ocasionó la notable confusión medieval entre *dominium* e *imperium*, por la que se investía, a los señores, en titulares: como dueños de sus tierras, del poder privado sobre sus cultivadores (señorío *solariego*); y, como gobernantes de sus territorios, del poder público sobre sus habitantes, poder éste último que era ejecutivo y judicial (señorío *jurisdiccional*)⁹². Nada más lejos de una *división de poderes*, aunque, durante el medievo, comenzaron algunos atisbos de la misma.

Para el ejercicio ordinario de la función jurisdiccional, los señores designaban a los jueces (*señoriales*) que sentenciaban a su libre albedrío o según el Derecho de la tierra, integrado por las costumbres autóctonas y los viejos textos de Derecho romano vulgar o de Derecho germánico, más o menos recopilados en los distintos reinos (como, entre nosotros, el *Liber iudiciorum* o *Fuero juzgo*) que se hacían eco de un antiguo poder legislativo general de reminiscencia imperial.

El feudalismo se extendió así por Europa y, en la Península ibérica, especialmente en las zonas que había tenido una mayor influencia carolingia, como Cataluña donde la servidumbre de la gleba y los *malos usos* se generalizaron⁹³. Pero, en las tierras riojanas y castellanas, se disfrutó de un régimen de mayor libertad (*ingenuitas*), al haber quedado despobladas tras la conquista musulmana y sido luego reconquistadas y repobladas mediante Fueros locales y cartas-puebla por los que el señor repoblador eximía, a quienes fueran a habitarlas, de las más onerosas prestaciones, para así favorecer la inmigración (*fueros buenos*), especialmente en

⁹² El *Digesto* 2.1.3 y las *Partidas* 4.2.25 denominaron a este señorío jurisdiccional de *mero imperio*; término derivado de *merus-a-um*, un adjetivo que no alude, como en la actualidad, a algo sencillo o simple, sino a un mando puro y duro, es decir, ilimitado y extensivo a lo civil y lo penal, comprendiendo incluso los derechos de sentenciar a muerte, *ius vitae ac necis* o “de horca y cuchillo” y a infligir castigos corporales, *ius maletractandi*, así como a otros *malos usos* sobre los vasallos.

⁹³ Expresión *malos usos* suele aplicarse en la historiografía medievalista a cualesquiera las prestaciones vasalláticas, personales o tributarias, e incluso a las crueles pruebas procesales, como la tortura y las *ordalías* o juicios de Dios mediante la resistencia al agua hirviendo o al hierro candente; pero, en rigor, debe reducirse a las prestaciones del Derecho feudal reputadas más abusivas. Así, los *Usatges* de Barcelona, resumían los *malos usos* sobre los payeses en los siguientes: i) la *intestia* o derecho del señor a heredar al siervo que moría sin testar; ii) la *exorquia* o derecho del señor a heredar al payés que moría sin descendencia; iii) la *cugucia*, o derecho de señor a incautar la dote de la adúltera por mitad, si lo ignoraba el marido; y totalmente, si el marido lo sabía; iv) el *arsia* que hacía al remensa responsable de su predio, de modo que, si se producía un incendio o una catástrofe en él, debía compensar al señor feudal; v) la *firma de spoli* o pago hecho por el padre de la novia al señor para que éste autorizase el casamiento, y cuya función no era tanto compensar por la renuncia a un dudoso *ius primae noctis* o derecho de pernada sobre la esposa, cuanto reconocer al esposo como nuevo collazo sobre las tierras del matrimonio; y vi) la *remensa* o pago que debía hacer un siervo por recuperar su libertad de movimientos y dejar de estar adscrito a la tierra que trabajaba. El ordenamiento feudal se compilaría en el s. XII en colecciones como los lombardos *Libri feudorum*, que luego comenzaron a incluirse en las ediciones del *Corpus Iuris*.

localidades cuyo señor natural (normalmente por derecho de reconquista) era el rey (tierras de *realengo*). Esta diferencia ha llevado a la historiografía a distinguir en España (de forma no demasiado clara cuando se aplica a casos concretos) entre régimen *feudal* y *señorial*⁹⁴.

Una posición intermedia ostentaban las tierras que tenían por señor a una autoridad eclesiástica (tierras de *abadengo*), como un obispo (señoríos *episcopales*) o el superior de un monasterio (señoríos *monacales*), ya que, mientras los obispos estaban sujetos a la moderación del Derecho canónico universal o particular, los superiores monasteriales sólo dependían de la respectiva Orden monástica, por lo que disponían de un régimen particular que, en ocasiones, fue claramente feudal.

En este atomizado marco alto-medieval, el Rey no pasaba de ser un señor más⁹⁵, cuyo poder político (potestades de regalía) dependía de la amplitud de sus dominios de realengo y de las sumisiones vasalláticas que hubiera podido conseguir sobre los señores territoriales que le hubieran reconocido como su señor natural.

Una de esas regalías solía ser el derecho a fallar pleitos en segunda instancia, es decir, el de resolver apelaciones contra sentencias de los jueces señoriales, lo que ocasionó que el poder de tales señores, al estar, en esa medida, limitado o mixtificado por el poder regio, pasara a ser denominado *de mixto imperio*.

De esta asunción de la segunda instancia, deriva la progresiva implantación de la *real jurisdicción ordinaria* sobre todo el reino: primero, mediante jueces regios itinerantes que seguían un circuito determinado de ciudades para administrar justicia (*iudices in itinere*); y más tarde, mediante jueces o tribunales permanentes territoriales (como, en los reinos españoles, los *Adelantados* o las *Audiencias* y luego las *Chancillerías* regias) o centrales (que, por estar, radicados en la corte regia, fueron llamados *Cortes* de justicia o, entre nosotros, el *Consejo Real*, el cual terminó escin-

⁹⁴ Por oposición a los usos o fueros *malos*, se denominó *buenos* a los Fueros locales que comenzaron a limitar o moderar y, a veces, a suprimir, más o menos ampliamente, las prestaciones más agobiantes, generando así la opinión historiográfica de que, en La Rioja, y, en general en Castilla, debe hablarse más bien de régimen *señorial* que de *feudalismo*, concepto éste último que sería más propio de zonas como Cataluña que, al haber pertenecido a la *Marca Hispánica*, estaban más influidas por las costumbres carolingias. CLEMENTE RAMOS, Julián, "Buenos y malos fueros, aportación al estudio de la renta feudal en Castilla (siglos XI al XIII), en *Norba*, 5, 1984, págs. 117-126.

⁹⁵ Así resulta de la mítica fórmula previa al juramento que los reyes de Aragón debían prestar ante las Cortes para ser coronados: "Nos, *que valemos tanto como vos y juntos podemos más que vos, os hacemos nuestro Rey y Señor, con tal que guardéis nuestros fueros y libertades; y, si no, no*". En su afán por singularizar el Reino de Aragón del de Navarra, la tradición fuerista aragonesa remitió esta fórmula a unos supuestos Fueros de Sobrarbe (que habrían inspirado a los de Tudela); si bien parece que su origen se encuentra en el s. XII y el hispanista Ralph E. Giesey, en su obra "*If not, not. The oath of the aragonese and the legendary laws of Sobrarbe*", *Princeton University Press*, 1968 (traducida con el título *Si no, no*, en 2009, por la Universidad Camilo José Cela) sitúa su popularización a mediados siglo XVI, coincidiendo con el amparo prestado, a Antonio Pérez, por el Justicia Mayor, Lazuna.

diéndose en otros varios especializados por razón de la materia o del territorio), si bien todos ellos ejercían la jurisdicción por delegación del monarca, quien siempre podía avocarla o redistribuirla.

Pero el poder regio más radical, es decir, el militar, requería que los señores territoriales le aportaran las mesnadas correspondientes, ya que el rey no disponía de un ejército permanente ni de fondos para mantenerlo; y, si los precisaba, debía pedirlos a sus vasallos, con la problemática añadida de que estaban exentos de tributación los señores laicales (puesto que ya contribuían en especie aportando su armamento y manteniendo a las mesnadas de caballería e infantería de sus territorios cuando el rey lo requería) y los señores eclesiásticos (puesto que el clero se reputaba sucesor del privilegio bíblico de exención fiscal y castrense conferido a los levitas).

C) El pactismo y la teoría política del regnum.

De ahí que, en la Baja Edad Media, terminara por imponerse el pactismo o doctrina del *regnum*, esto es, la teoría política según la cual los poderes regios dependían del *consentimiento* de sus vasallos a financiar y aportar los medios materiales y personales necesarios para la guerra.

Este *consentimiento* debía ser prestado en asambleas estamentales, así llamadas por estar integradas por representantes de los tres *órdenes*, *brazos* o *estamentos* decisorios que componían la sociedad feudal: el clerical (integrado por los dignatarios eclesiásticos del alto clero), el señorial (integrado por la nobleza territorial) y el *brazo* o *estado* llano, es decir, el *tercer estado*, integrado por los buenos hombres libres (pero *pecheros*, es decir, sujetos al *pecho* o tributación), representados por *procuradores* de las principales (no todas) municipalidades realengas a las que se había concedido derecho de voto en las Asambleas estamentales, denominadas, según los reinos (*Cortes*, como en los reinos hispánicos; *Estados generales*, como en Francia; o *Parlamento*, como en Inglaterra).

La necesidad que el rey tenía de obtener dicho *consentimiento* para la tributación (principio inglés *no taxation, without representation*), es decir, para la financiación de la guerra, terminó por colocar, a las Asambleas estamentales, en posición de condicionarlo a la previa prestación, por el monarca, de juramentos en el sentido de reparar *listas de agravios* (caso de las Cortes de Castilla, Aragón y Navarra) o de respetar en lo sucesivo derechos diversos exigidos por los representantes estamentales (caso de la *Carta Magna* inglesa).

En estas instituciones, se encuentra el origen del muy posterior predominio de los Parlamentos y del reconocimiento de los derechos humanos. Además, el pactismo

perdura en el origen de algunas entidades territoriales dotadas de autonomía en los actuales Estados compuestos.

D) Aportaciones canónicas.

No debe olvidarse que el Derecho Canónico es, junto con el Romano, uno de los pilares que construyeron el Derecho común europeo, por lo que es preciso destacar sus principales aportaciones a la construcción a las Teorías del Estado y de la *división de poderes*, que podemos esquematizar en las siguientes:

- Por un lado, la delimitación de las esferas de influencia entre los Estados (competentes en lo temporal) y las confesiones religiosas (competentes en lo espiritual), a través de una compleja evolución histórica, cuyos hitos principales fueron: el dualismo gelasiano⁹⁶ y la *via compromisii* como medio de superar el conflicto entre *cesaropapismo*⁹⁷ y *hierocratismo*⁹⁸, y las secuelas de dicho conflicto, es

⁹⁶ La, equilibrada y actualmente reputada ortodoxa, *doctrina del dualismo gelasiano* (así llamada por haber sido formulada por el Papa Gelasio I en una carta, dirigida, en 494, al Emperador bizantino Anastasio I, en la que afirma: “*Hay dos principios, Emperador Augusto, por los cuales principalmente se rige el mundo: la autoridad sagrada de los pontífices y la potestad real*”), sostiene que corresponde, a la Iglesia (las confesiones religiosas), el predominio en lo espiritual: y, al Imperio (los Estados), en lo temporal. Aunque esta doctrina arranca del *dictum* evangélico “*dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios*” (Mt 22.21, Mc 12.17 y Lc 20.25), sólo pudo ser formulada por el Papado cuando, tras la caída del Imperio romano, dejó de existir un Emperador en Occidente que continuara la protección sobre la Iglesia que había iniciado Constantino; y aun no se había producido la donación de Pipino el Breve que supuso el nacimiento de los Estados pontificios y el alineamiento de éstos con la política de los monarcas carolingios y, a la postre, de Francia.

⁹⁷ El *cesaropapismo* (predominio del Imperio sobre la Iglesia) prevaleció en Oriente, donde se mantuvo el Imperio bizantino y, más tarde, el ruso, que prolongaron el favorecimiento constantiniano a la Iglesia y, tras el cisma, a la jerarquía ortodoxa. En Occidente, resurgió en la Iglesia latina cuando, restaurado el Imperio occidental como Sacro Imperio Romano Germánico, Carlomagno y sus sucesores (siglo IX) volvieron a intervenir en asuntos eclesiásticos, incluso en la elección de Papas y obispos, generando el máximo desprestigio eclesiástico durante el siglo X (*siglo de hierro*).

⁹⁸ Como reacción al *cesaropapismo* y a la decadencia romana, la reforma gregoriana (impulsada por Gregorio VII, en su *Dictatus Papae*, de 1075 y proseguida por Inocencio III e Inocencio IV) afirmó el *hierocratismo*, es decir, el predominio de las potestades pontificias en asuntos temporales. Ambas concepciones se enfrentaron en la *lucha de las investiduras*, donde se debatía si los feudos cuyo titular fuera un eclesiástico debían ser conferidos (con la consiguiente sumisión vasallática) por el Papa, como sostenían los güelfos, o por el Emperador, como sostenían los gibelinos. El Concordato de Worms (1122) logró un acuerdo al respecto, estableciendo que el Papa confiera los poderes espirituales y el Emperador los temporales. Pero la reforma gregoriana, impulsada mediante las decretales pontificias, pretendió generalizar el *hierocratismo* a todos los ámbitos cuando Bonifacio VIII, en la Bula *Unam Sanctam* de 1302, planteó la llamada *teoría de las dos espadas*, según la cual la cristiandad estaba gobernada por las dos referidas potestades, pero reservándose la eclesiástica el enjuiciamiento moral de los gobernantes civiles mediante el instrumento de supremacía que suponía su posible excomunión, la cual determinaba la liberación de los juramentos vasalláticos de fidelidad.

decir, el *conciliarismo*⁹⁹, el *regalismo*¹⁰⁰ e incluso el actual *laicismo*. La cuestión sería obvia si no existieran todavía Estados cuyos ordenamientos siguen siendo confesionales, no reconocen la libertad religiosa y, en suma, no han asumido aún las consecuencias de la revolución religiosa europea de los siglos XVI y XVII.

⁹⁹ El *hierocratismo* o predominio pontificio implicaba el *dominium mundi* y, por ello, condujo al *cisma de Occidente* cuando los reyes franceses (que se consideraban protectores de la Iglesia desde que Pipinio el Breve donara al Papa los Estados pontificios) trataron de controlar al Papado instalándolo en Avignon, mientras que los cónclaves cardenalicios siguieron eligiendo Papas para la sede de Roma. La situación sólo podía ser superada mediante la *vía compromisitii*, que había preconizado el gran canonista y jurista aúlico San Raimundo de Peñafort (1180-1275), es decir, mediante acuerdos (como el logrado en el precitado *Concordato de Worms* de 1122, para terminar la lucha de las investiduras; o, posteriormente, en el *Compromiso de Caspe* de 1412, para la sucesión en el trono de Aragón vacante tras la muerte de Martín I y en el que se eligió a Fernando de Antequera de la casa de Trastámara), y así se convocaron concilios de reconciliación, como fueron los de Constanza (1417, que concluyó el *cisma de Occidente* con la elección de Martín V) y Basilea-Ferrara-Florenza (1431-1445, que incluso logró un acuerdo con los ortodoxos para superar el *cisma de Oriente* en vísperas de la caída de Bizancio). Pero este útil recurso a los Concilios condujo al *conciliarismo*, según el cual el Concilio primaba sobre el Papa. Aunque esta doctrina fue reputada herética por atentar contra la potestad petrina, influyó notablemente en el parlamentarismo europeo e hispanoamericano e incluso en el moderno concepto canónico de *sinodalidad*.

¹⁰⁰ *Regalías* eran todas las potestades que en el Antiguo régimen se consideraban inherentes a la Corona, como las patrimoniales (para administrar el demanio público y el patrimonio regio, *iura patrimonii*), fiscales (para exaccionar los tributos, *iura fisci*), penales (para imponer penas, *ius puniendi*), militares e internacionales (para declarar la guerra o concertar tratados de paz, *ius belli ac pacis*), entre otras muchas y también las que se consideraba que correspondían al monarca en asuntos eclesiásticos (como el derecho de presentación de obispos, el *pase regio* o autorización para publicar documentos eclesiásticos o el *regio patronato* sobre determinadas Iglesias de fundación regia o sobre territorios coloniales). La generalización de estas últimas condujo al *regalismo*, doctrina política que sostiene una competencia general del Estado sobre asuntos eclesiásticos. Esta doctrina comenzó a fraguarse en la Alta Edad Media a partir de las fundaciones regias de templos y se incrementó hasta el siglo XVI merced a las cesiones que las Iglesias tuvieron que realizar para obtener el apoyo de los reyes en las luchas de religión; se consolidó tras el Tratado de Westfalia (1648) que consagró el criterio *cuius regio eius religio* favoreciendo el nacionalismo eclesiástico y, sobre todo, durante el despotismo ilustrado del s. XVIII, siendo heredado por los Estados laicos surgidos tras la Revolución francesa, hasta su moderación mediante la técnica concordataria, es decir, por el Derecho canónico externo, especialmente en el siglo XX, tras el reconocimiento de la personalidad internacional de la Santa Sede y el Concilio Vaticano II.

- Por otro lado, las grandes construcciones canónicas de la personalidad jurídica¹⁰¹, el proceso judicial¹⁰² y el Derecho electoral¹⁰³, donde surge la regla democrática *quod omnes tangit*¹⁰⁴.

¹⁰¹ La construcción de la persona jurídica como entidad susceptible de derechos y obligaciones (y, por tanto, de ser excomulgada) es una ficción jurídica elaborada (a partir del *abstractum*, asociativo o fundacional que encierran), por el canonista Sinibaldo de Fieschi (1180-1275), autor de un monumental *Apparatus* de comentarios a las decretales para la Universidad de Bolonia y que, tras ser elegido Papa como Inocencio IV (1243-1254) empleó, no sólo para explicar diversas organizaciones eclesiásticas, sino también para la interdicción de las civiles que se oponían al *hierocratismo* gregoriano; pero esta ficción ha sido esencial para la construcción del Derecho mercantil y también, para la conceptualización de la personalidad jurídica del Estado, en Derecho internacional: y, de las Administraciones públicas, en Derecho Administrativo. Cfr. PANIZO ORALLO, Santiago, *Persona jurídica y ficción, estudio de la obra de Sinibaldo de Flicchi (Inocencio IV)*, Pamplona, Eunsa, 1975.

¹⁰² Tras la oficialización del cristianismo y la caída del Imperio romano, la *cognitio extra ordinem* fue asumida por los Obispos en la *episcopalis audientia*, de cuya experiencia el Derecho canónico fue construyendo la institución del proceso judicial europeo tal y como ahora la conocemos, mediante la fijación de los siguientes principios: i) escritura de las actuaciones para garantizar la seguridad jurídica y los recursos (Const. *Quoniam contra falsam*, de Inocencio III, en el IV Concilio de Letrán, CIC 10.2.19.11); ii) inmediación (Dec. *Si quis testium*, De Eugenio III, CIC 10.2.20.8); iii) rogación e inquisición (Dec. *Olim inter*, de Gregorio IX, CIC 10.2.5.1); iv) favorecimiento de la mediación, el arbitraje y la conciliación (Dec. *Statuimus*, de Alejandro III, CIC. 10.1.36.2); v) justicia gratuita para pobres (III Concilio de Letrán, CIC 10.1.37.1) vi) sumariedad (Dec. *Dispendiosam*, de Clemente V, CIC, Clem. 2.1.2); vii) estímulo de la comparecencia (Dec. *Quoniam frequenter*, de Inocencio III, CIC 10.2.6.5); viii) citación edictal al rebelde (Dec. *Cum dilecti*, de Inocencio III, CIC 10.2.14.6); ix) preclusión (Decs *Cum dilectus* y *Pastoralis officii*, de Inocencio III, CIC 10.2.22.9 y 10.2.12.5); x) imputación de la carga de prueba al actor (Dto de Graciano, C.2.q.3.c.6 *palea*); xi) interpretación *in dubio pro reo* (Dto de Graciano, *De poenit*, c. 22, Dec. *Ex literis*, de Lucio III, CIC 10.2.19.3; y CIC, in 6, *reg. iur.* 49); xii) favorecimiento del poseedor de buena fe (Dec. *Cum dilectus*, de Inocencio III, CIC 10.2.10.2 y IV Concilio de Letrán, CIC 10.2.13.18); xiii) admisión de la prueba pericial (Dec *Litere vestrae*, de Honorio III, CIC 10.2.19.14); xiv) ordenación de la práctica de los distintos medios de prueba (Decs. *In causis*, de Alejandro III, y otras, en CIC 10.2, núms. 6.5, 20.15, y 22.9 y 16) xv) motivación de las resoluciones judiciales (Dec. *Ad praesentiam*, de Alejandro III, CIC 10.2.28.16; xvi) competencia funcional en las apelaciones (Decs. *de appellatombus*, de Gregorio IX, CIC 10.2.28); y xvii) cosa juzgada y recurso extraordinario de revisión (Dec. *Auditus*, de Inocencio III, 19.1.41.3). Sin estas aportaciones canónicas, no se hubiera construido la institución del proceso contradictorio que es esencial para la conceptualización del Poder Judicial. Cfr. BUENO SALINAS, Santiago, *Tratado general de Derecho Canónico*, Barcelona, 2004, págs. 118.121.

¹⁰³ Desaparecida tempranamente la elección de los Obispos por los fieles de las Diócesis, la provisión de los oficios eclesiásticos devino jerárquica, pero los cánones 3, 21 y 64 de la *Regla benedictina* impulsaron la elección de los abades y otros oficios monásticos mediante elección universal, libre y secreta de los monjes constituidos en Capítulo. Este sistema capitular pasó a los Cabildos de Catedrales e Iglesias cuando los mismos dejaron de ser regulares y se convirtieron en seculares. El sistema electoral canónico, regulado en las Decretales (CIC 10.1.6), influyó decisivamente en la configuración de la normativa electoral de las corporaciones civiles y, desde ellas, en la regulación electoral de las instituciones representativas en las democracias. Cfr. BUENO SALINAS, Santiago, *Tratado general de Derecho Canónico*, op. cit, págs. 123-125.

¹⁰⁴ El principio canónico *quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet* (lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado), conocido, por sus iniciales, como *regla q.o.t.*, procede de un fragmento romano sobre cotutores (*Codex* 5.59.5), reflejado en una Decretal de Inocencio III sobre archidiaconos (CIC 10.1.23.7-6), que Dino de Mugello incorporó, como *Regula iuris* 29, al *Liber Sextus* de las Decretales, promulgado en 1298 por Bonifacio VIII (1294-1303), de donde pasó al canon 101 CIC'17 y al vigente canon 1119.2 CIC'83. En su origen, este principio era una exigencia de unanimidad para garantizar el veto a la minoría disidente, como parece sugerir la Decretal *Dudum*, de Inocencio III (recogida en CIC 10.1.6.22), que mandaba respetar la voluntad de la *maior et sanior pars*, es decir, no sólo la mayoritaria (*maior pars*), sino también (*et*) la minoritaria, cuando ésta representase un criterio canónicamente más sensato y recto (*sanior pars*). Frente al brocardo absolutista *lex est quod principi placuit* (la voluntad regia es ley) que, partiendo de un texto de las *Instituciones* de Justiniano (I. 1.2.6), era esgrimido por los bartolistas, en el marco de la recepción del Derecho público imperial romano (*mos italicus*), la *regla q.o.t.* fue esgrimida para legitimar el pactismo medieval en Inglaterra y Aragón. En el s. XV, inspiró el

E) Aportaciones de la politología renacentista.

El Renacimiento aportó a la politología el concepto de *Estado*, al reflexionar sobre las potestades del Príncipe (Maquiavelo) y descubrir, en su poder absoluto o soberanía regia, el mejor antídoto contra las guerras de religión (Bodin) y para, en suma, imponer el orden público (Hobbes). Como quiera que ya hemos aludido anteriormente a estas aportaciones al tratar de los conceptos de *Estado* y *soberanía* y cómo el absolutismo quedó amparado por la recepción del Derecho común romano-canónico según el *mos gallicus*, sólo procede advertir que ambos conceptos son previos a la doctrina de *división de poderes*, puesto que condujeron al absolutismo de los monarcas contra la que dicha doctrina vino a reaccionar.

4. Formulaciones prácticas.

A) Modelo inglés de Estado mixto.

El triunfo del absolutismo determinó que hubiera que esperar a la politología barroca, de finales del siglo XVII, y concretamente al triunfo de la revolución inglesa (1668-1689), para que la doctrina de la *división de poderes* (sugerida en el modelo utópico de la *Oceana* que Harrington dedicó a Cromwell en 1656), quedada prefigurada por Locke.

Como también antes hemos expuesto, la revolución del siglo XVII condujo en Inglaterra a una supremacía institucional del Parlamento sobre el rey (desde que el *Instrument of government* de 1653 atribuyó al Parlamento la potestad legislativa); la independencia judicial (tras la estela del juez Coke, que culmina en la obra de Blakstone, 1723-1780); y la moderación de las potestades residuales de la Corona por el *commom law*, aplicado e interpretado de forma independiente por los tribunales regios, en el marco de un amplio reconocimiento de los derechos humanos en la línea trazada, desde la medieval *Carta Magna*, al *Bill of rights* y al *Acta de Tolerancia* de 1689.

Se ha denominado a este modelo *Estado mixto*, porque encarna una forma de régimen político que presenta elementos propios de la democracia representativa (radiada en la Cámara baja del Parlamento o Cámara de los comunes), de la oligarquía nobiliaria (representada en la Cámara alta del Parlamento o Cámara de los lores) y de la autocracia (que supone la Corona).

movimiento *conciliarista*; y, desde entonces, es reputada como primicia del constitucionalismo democrático, del sufragio universal mayoritario e incluso de la potencia constituyente originaria, y, por ello, fue considerada como legitimadora de los movimientos unionistas y también de los secesionistas, como sucedió en el siglo XIX para la independencia de los Estados hispanoamericanos e incluso actualmente en los casos de Irlanda, Escocia y Cataluña. Cfr. MERELLO ARECCO, Italo, “la máxima q.o.t. una aproximación al estrado del tema”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso (Chile), 27, 2005, 163-175; y UTRERA GARCIA, Juan Carlos (sel.), *Conciliarismo y constitucionalismo, selección de textos*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

En realidad, esta mezcolanza ya aparecía en las constituciones democráticas del Ática clásica y de la república romana, así como en diversas ciudades-estado italianas y alemanas de la Edad Moderna y también se ha querido ver en ciertos elementos del régimen cesarista del bonapartismo (como los plebiscitos) y de la monarquía orleanista (como la Cámara *de los pares*, o la española *de próceres*) así como de los ejemplos decimonónicos de Constituciones o Cartas otorgadas por los Reyes de distintos Estados europeos para preservar el principio monárquico y cohonestarlo con el democrático.

Pero el modelo inglés tiene la peculiaridad de que, partiendo de un esquema institucional propio del pactismo medieval, supo evolucionar (un ejemplo claro es la progresiva limitación del poder de la Cámara de los lores) hacia la democracia representativa y la *división de poderes*, sin una Constitución formal y preservando tanto la institución monárquica (en una monarquía limitada), como la hegemonía del Parlamento (cuya Cámara de los comunes representa la soberanía popular) y la independencia judicial (nutrida por una judicatura de alto prestigio), con sumisión de la Administración al Derecho (*rule of law*) y predominio, en éste, del *commom law*, basado en principios generales y en un complejo sistema de sujeción a los precedentes judiciales (principio *stare decisis*), sobre la legislación (*statute law*).

Por eso, el modelo británico, resultante de la revolución del siglo XVII y modulado por la visión pragmática y utilitarista anglosajona, ejerció una decisiva influencia entre los ilustrados franceses que crearon el ambiente intelectual de la Revolución francesa del siglo XVIII, así como en la politología de los siglos XIX y XX.

B) Modelo jacobino francés.

La doctrina de la *división de poderes*, formulada en 1748 por Montesquieu en *El espíritu de las Leyes*, y la teoría política contractualista sobre el origen de la sociedad, de los derechos humanos y de las leyes, formulada en 1762 por Rousseau, en *El contrato social*, fueron llevadas a la práctica en la Revolución francesa desde 1789, especialmente por los jacobinos¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Durante la Revolución francesa, *jacobinos* fue la denominación dada (inicialmente como peyorativa por sus adversarios) a los miembros de un grupo político cuya sede se encontraba en la antigua *Iglesia de Saint Jacques* (Santiago) de la *Rue Saint Honoré* de París, que había albergado un convento de dominicos, donde habían sido popularmente conocidos como *frailes jacobinos*. Cuando los *jacobinos* se hicieron con el control de la Asamblea Nacional, la denominación se hizo sinónima del poder popular republicano y fue asumida con orgullo por sus partidarios. Tras la reacción *termidoriana*, que eliminó a su líder, Robespierre, el jacobinismo se identificó, de nuevo peyorativamente, con el periodo de *El Terror* que el mismo había implantado. Pero los ideales jacobinos de republicanism, soberanía popular, sufragio universal y unidad nacional fueron ensalzados por los partidos que instauraron la II y III Repúblicas francesas en siglo XIX, por lo que la denominación recobró prestigio en cuantos países siguieron sus huellas hasta bien entrado el siglo XX.

El jacobinismo asumió como dogma la sumisión de la voluntad particular a la general y la definición de ésta por el pueblo, sosteniendo que el mismo podía actuar directamente, aunque, de ordinario, lo hace a través de sus representantes, electos por sufragio universal, quienes, a su vez, deciden, por mayoría, plasmarla en leyes, las cuales son obligatorias porque, de alguna manera, puede decirse que han sido aceptadas de antemano al elegir a los representantes que las votan.

Este planteamiento, puramente rousseauiano, incidía significativamente en la doctrina de la *división de poderes* (que Montesquieu había formulado teniendo muy presente el modelo inglés de Estado mixto preconizado por Locke), hasta el extremo de que distorsionó el equilibrio que le era inherente para afirmar un predominio absoluto del Poder Legislativo sobre los otros dos.

En efecto, la Revolución inglesa del s. XVII también había conducido a la hegemonía del Parlamento, pero no hasta el extremo de eliminar el control e interpretación, por el Poder Judicial, del *commom law*, ni la sumisión a éste del Poder Ejecutivo. Sin embargo, el jacobinismo exacerbó el imperio de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo, relegando al Poder Judicial a un papel de mero aplicador mudo de la ley y colocando al Poder Ejecutivo como un instrumento al servicio del Parlamento para la defensa de la unidad nacional y de la legalidad.

Desde luego, los jacobinos alumbraron esta distorsión del equilibrio de poderes británico, más acuciados por las circunstancias históricas que por un prurito intelectual. Inicialmente, el jacobinismo era partidario de una monarquía constitucional (*Constitución monárquica de 1791*), pero el intento de fuga de Luis XVI le llevó a proponer y votar su muerte en la guillotina y aprobar una *Constitución de la I República de 1793*. Además, la guerra internacional que se planteó después (*Guerra contra la Convención 1793-1795*) y la caída de Robespierre (*golpe termidoriano* de 27 de julio de 1794 o 9 de termidor del año III, según el calendario republicano) condujo al jacobinismo a aprobar la *Constitución del Directorio de 1795* y, con ella, por un lado, a una visión extrema de la unidad nacional (visión que, a la postre, conduciría al centralismo que desde entonces caracteriza al sistema francés); y, por otro, a la necesidad de un Poder Ejecutivo fuerte que asegurase el orden público en el interior y la defensa militar en el exterior (necesidad que, a la postre, tras las *Constituciones del Consulado de 1799* y del *Consulado vitalicio de 1802*, condujo al imperialismo bonapartista con la *Constitución del I Imperio de 1804*, el *Acta constitucional del Imperio de los cien días* en 1815 y a la *Constitución del II Imperio de 1854*).

De esta manera, la interpretación jacobina de la *división de poderes* terminó imponiendo un peculiar modelo constitucional francés, plagado de peculiaridades institucionales y funcionales que tanto han influido en el constitucionalismo de la Europa continental e Hispanoamérica.

El imperio de la ley propugnado por los jacobinos determinaba el predominio absoluto del Parlamento, hasta el punto de que, como expresó Montesquieu, el Poder Judicial debía ser reputado como, en cierto sentido, inexistente (*en quelque façon nul*). También en esto la circunstancia histórica francesa era relevante. En efecto, en la Francia del Antiguo Régimen, el Poder Judicial, era ejercido por los *Parlamentos judiciales* (cuyo paradigma era el de París) que, controlados por la nobleza, aplicaban e interpretaban de forma bastante libre las costumbres (*coutumes*) tradicionales de la tierra, más o menos compiladas (en los libros *coutumiers*), y que incluso podían resistirse a la publicación y aplicación de leyes mediante el procedimiento de objetar reparos (*remontrances*) y devolverlas al rey para su reconsideración.

La Revolución francesa se dirigió precisamente a sustituir aquellos *Parlamentos judiciales* (que representaban la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y el predominio del estamento nobiliario) por un Poder Judicial, total y únicamente, sujeto a la ley formulada por el Poder Legislativo, electo por el pueblo y carente, por completo, de facultades interpretativas, sin que, en modo alguno, pudiera enjuiciar al Poder Legislativo ni al Ejecutivo ¹⁰⁶.

Para asegurar lo primero (es decir, que el Poder Judicial no interpretase las leyes a su antojo como los antiguos *Parlamentos judiciales*, se le convirtió en un aplicador silogístico de la ley a cada caso, se conminó a los jueces a fallar sólo con arreglo a la ley (de ahí deriva el memorismo exigido a los opositores a judicatura y a otros cuerpos encargados de aplicar la ley), se les prohibió inhibirse bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley y se instauró el *réfere législatif* (moción judicial, de remisión de las dudas legislativas al Parlamento para que dictase la ley correspondiente) y la *cassation* (recurso planteado ante el Tribunal Supremo para que éste decida si la sentencia recurrida incurría en algún vicio de quebrantamiento de la ley, procesal o material, aplicable al caso).

Para lograr lo segundo (es decir, que el Poder Judicial no enjuiciara a los otros dos Poderes), se idearon las instituciones del *supplicatorio* (por el que el Poder Judicial debe pedir la previa autorización del Poder Legislativo para detener o procesar a alguno de los miembros de éste último) y del *régime administratif* (por el que, como

¹⁰⁶ En este sentido, es emblemático el discurso pronunciado por Siéyes el 2 de termidor del año III (20 de julio de 1794) ante la Convención (3ª Asamblea Nacional) que, encaminado a la supresión de los denostados *Parlamentos judiciales* del Antiguo Régimen, postuló que, si la unidad de poder era tiranía y su mera división podía conducir a la anarquía, había que apoyar la idea de Montesquieu de una unidad de poder, con división de sus funciones en órganos distintos como garantía de la libertad, pero (y ahí estaba la novedad) con predominio del Parlamento, al entender que todos los demás Poderes son “ministeriales”, es decir, “procuraciones” del poder constituyente de la Nación, representada en el Parlamento. En realidad, Siéyes, que era clérigo, proponía “tres poderes distintos y un solo poder verdadero”, es decir, un trasunto del dogma católico de la Santísima Trinidad, formulado por el Concilio de Nicea, reinterpretando el papel de éste con las tesis conciliaristas, para concluir con el predominio del Parlamento.

alumbró Napoleón, el Poder Ejecutivo no podía ser enjuiciado por el Poder Judicial sino por una jurisdicción administrativa propia, integrada, en el nivel central, por el Consejo de Estado, y, en el periférico, por los Consejos de Prefectura).

La radical división jacobina de poderes con predominio del Parlamento también afectada al estatuto del Poder Ejecutivo, que era “el poder” a limitar por excelencia, respecto al que se concluyó: i) que los Ministros dependerían sólo del Jefe del Gobierno, por lo que su cartera resultaba incompatible con un escaño parlamentario hasta el punto de que ni siquiera podían asistir a las sesiones del Parlamento, el cual tampoco podía cesarlos; ii) que el Gobierno carecía de iniciativa legislativa mediante la aprobación de proyectos de ley, pues ésta quedaba reservada exclusivamente a las proposiciones de ley de origen parlamentario; y iii) que tampoco el Gobierno tendría potestad reglamentaria, ya que toda normación correspondería al Parlamento.

Sin embargo, pronto estas radicalidades fueron mitigadas: i) permitiendo que los Ministros asistieran a las sesiones parlamentarias para que pudieran ejecutar la leyes con conocimiento de causa; ii) permitiendo que el Gobierno determinase la duración de la legislatura, porque, de lo contrario, el Parlamento no podría ser disuelto nunca; y iii) admitiendo la iniciativa legislativa gubernamental, así como la potestad reglamentaria del Gobierno.

C) Modelo norteamericano.

Con su famosa obra *La democracia en América* (1835-40), el politólogo liberal Alexis de Tocqueville popularizó, durante la *II República francesa*, el modelo norteamericano de *división de poderes*, el cual, pese a partir de las mismas fuentes ilustradas (Locke, Rousseau, Montesquieu) que originaron las Revoluciones inglesa del s. XVII y francesa del s. XVIII, presenta caracteres peculiares, derivados de incorporar, a ambas tradiciones, el federalismo y el presidencialismo, adoptados para coordinar a las trece colonias que lograron separarse de Inglaterra y, tras la *Guerra de independencia* (1775-1783), fundar los Estados Unidos.

En efecto, la necesidad bélica impulsó al *II Congreso continental*, integrado por representantes de las colonias originarias confederadas, a elegir a G. Washington como comandante en jefe (1775) y, tras la *Declaración de independencia* (redactada, en 1776, por T. Jefferson, B. Franklin y J. Adams) y los *Artículos de la Confederación* (embrión constitucional adoptado en 1777), la *Convención de Filadelfia* aprobó, siguiendo el ejemplo de Massachusetts (1780), la *Constitución de los EE.UU de Norteamérica* (1787).

Pues bien, el texto constitucional norteamericano instauró formalmente un Estado, republicano, federal y presidencialista, que recogía la *división de poderes*, mediante: i)

un Poder legislativo (art. 1), residenciado en un Congreso bicameral (con una Cámara de Representantes y un Senado); ii) un Poder Ejecutivo, atribuido a la figura del Presidente (art. 3); iii) un Poder Judicial, culminado por el Tribunal Supremo (art. 3); iv) los Poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) de cada uno de los Estados federados (art. 4), articulados con los de la Federación mediante la supremacía tanto de la Constitución y de las leyes federales, como del Presidente y del Tribunal Supremo (art. 6); v) el Poder constituyente, reflejado en el procedimiento de ratificación de la propia Constitución (art. 7); y vi) el Poder (constituido) de reforma constitucional (art. 5), reconocido mediante el sistema de enmiendas, previsto especialmente para aprobar una *Declaración de derechos* que, a imitación de la inglesa (y de la de Virginia de 1776), se plasmó en las 10 enmiendas constitucionales (añadidas en 1791), a las que luego siguieron otras que han permitido adaptar el texto a las nuevas realidades sociales.

El apoyo prestado por la Francia monárquica a la independencia norteamericana, con la intervención de figuras históricas como el general Lafayette, unido a la coincidencia de los revolucionarios franceses en la aprobación de una *Declaración de derechos* (1789) y de una *Constitución* (1791), hace pensar en una influencia del modelo transatlántico sobre el europeo, pero la vertiginosa sucesión de acontecimientos y Constituciones que caracterizan a la Revolución francesa, así como la posterior y diversa expansión de ambos modelos, aconsejan diferenciarlos.

La principal aportación del modelo norteamericano es, a mi juicio, la forma de Estado federal¹⁰⁷, ya que modula todo el esquema de *división de poderes*, reforzando y multiplicando los límites y controles mediante un complejo engranaje de pesos y contrapesos (*cheks and balances*) institucionales.

Uno de esos mecanismos de equilibrio es el *judicial review* o sujeción a la revisión judicial de toda actividad del Poder Ejecutivo¹⁰⁸ e incluso del Legislativo, al asumir los

¹⁰⁷ Esta forma de Estado fue explicada en *El federalista*, una compilación de 85 ensayos publicados en la prensa en 1787 y 1788 por los padres de la Constitución norteamericana (Jay, Hamilton, Madison, Adams y Jefferson) que, divulgada en Europa por Tocqueville y, en español, por la traducción del argentino José María Cantilo (1869), es tenida por clásica en la materia. Precisamente, en los núms. 47 y 51 de *El federalista*, publicó Madison una de las más famosas formulaciones de la división de poderes, al afirmar: “**la acumulación de todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) en las mismas manos (sean de una persona o de varias; hereditarias, nombradas o elegidas) constituye la definición misma de la tiranía... la conservación de la libertad exige que los tres grados de poder sean separados y distintos... cada departamento del poder debe tener voluntad propia y estar constituido de tal forma de los miembros de cada uno tengan la menor participación posible en el nombramiento de los demás**”.

¹⁰⁸ Esta característica ya estaba presente en el modelo judicial inglés a partir del célebre precedente que supuso, en 1606, la sentencia del juez Coke en el *Bonham case*. El Dr. Boham era un médico titulado por la Universidad de Cambridge que fue multado y encarcelado por el Colegio de Médicos londinense cuando pretendió ejercer en Londres sin haber obtenido la previa licencia colegial exigida por la legislación regia. El juez Coke decidió que no podía aplicarse dicha legislación para conculcar el *commom law* y, en concreto, el principio jurídico por el que éste prohíbe juzgar en causa propia, ya que el Colegio tenía interés en recaudar las multas que imponía.

órganos judiciales y, en especial, el Tribunal Supremo el control de la constitucionalidad de las leyes. Como es sabido, dicha asunción se produjo con la decisión adoptada en 1803 por el juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison*¹⁰⁹; y, aunque el Tribunal Supremo no volvió a declarar inconstitucional otra ley hasta 1857 (caso *Dret Scottt vs Stanford*), lo cierto es que (desde el asunto *Cohen vs Virginia*, 1821) fue consolidando su supremacía sobre los Tribunales federales inferiores hasta convertir su jurisprudencia en un decisivo sostén y factor de progreso del federalismo norteamericano.

Otro de los mecanismos de equilibrio es el *presidencialismo*. Su origen se encuentra, una vez más, en la *Guerra de la independencia* contra la Corona británica que, por un lado, obligó a elegir un *Comandante en jefe* del ejército continental y, por otro, generó, como reacción, la forma republicana de gobierno, que conllevaba asignar la Jefatura del Estado a un Presidente. Presidencialismo y federalismo se potenciaron tras la decisión de los Estados sureños de confederarse y separarse de los federados que condujo a su derrota en la Guerra de Secesión.

Por otro lado, la forma federal de Estado (derivada del protagonismo de las trece colonias que se independizaron como Estados y que, tras confederarse, se unieron constitucionalmente formando una Federación), determinó la elección indirecta del Presidente por un colegio electoral cuyos compromisarios estuvieran ligados por mandato imperativo a los electores que los habían votado, de forma directa, en los comicios presidenciales celebrados en cada uno de los Estados federados.

Esta forma electoral era y es compleja, pero tenía y tiene la virtualidad de dotar al Presidente electo de una legitimidad democrática de grado igual a la de los legisladores del Congreso bicameral, elegidos también por el pueblo soberano. Esa dualidad de legitimidades democráticas no existe en los modelos constitucionales comparados en los que los Presidentes tienen una legitimidad de segundo grado, ya que son investidos por los Parlamentos, única institución que goza de una legitimidad de primer grado al haber sido elegida por el pueblo soberano; de suerte que tales Presidentes dependen de la confianza o censura parlamentaria.

Así, el Presidente estadounidense adquiere una posición de igualdad democrática con el Congreso que le permite dirigir autónomamente la Administración, vetar leyes parlamentarias y quedar al margen de los mecanismos gubernamentales de confianza parlamentaria, de suerte que, para destituirlo, no cabe aprobar una moción de

¹⁰⁹ La Sentencia declaró que era contraria a la Constitución la Sección de una Ley de organización judicial (*Judicial Act*) que, por entenderlo de carácter político (según la antigua doctrina anglosajona de la exención judicial de los actos políticos del Gobierno), impedía al Tribunal Supremo dirimir el conflicto que enfrentaba al Sr. Marbury (que había sido nominado como juez del Distrito federal por el federalista Presidente saliente Adams) con el Sr. Madison (que había sido nombrado Secretario de Estado por el republicano Presidente entrante Jefferson) desde que éste último se había negado a firmar el nombramiento del primero por entender que estaba al servicio de los federalistas.

censura, sino sólo un *impeachment*, es decir, una acusación penal por delito juzgado por una mayoría cualificada del Senado.

Pero esta especial fortaleza del Poder Ejecutivo reforzó, como contrapartida, las funciones de control y fiscalización del Parlamento, a través de múltiples Comités del Congreso que han logrado que, sin su asentimiento, no sean posibles los altos nombramientos y decisiones.

D) Modelo doctrinario.

La caída de Napoleón I (*batalla de Waterloo* y *Congreso de Viena*, 1815) determinó la Restauración del Antiguo Régimen y, con él, la del *principio monárquico*, en Francia (*Carta otorgada de Luis XVIII de 1814*) y en cuantos lugares había prendido su ideal revolucionario, como es el caso de España donde, pese a ser monárquica, fue abolida la *Constitución de Cádiz de 1812*.

Pero la fuerza liberal siguió luchando en favor del *principio democrático* y trató de imponerlo mediante sucesivas revoluciones a lo largo del siglo XIX. En Francia, cuando el reaccionario Príncipe de Polignac, al servicio de Carlos X (hermano y sucesor de Luis XVIII) trató de eliminar por medio de reglamentos (*ordonnances*) la obra revolucionaria, es decir, de conculcar la *división de poderes* mediante el predominio del Ejecutivo, estalló la *revolución de julio de 1830* que destronó al rey y, frente a los legitimistas, instauró, mediante la *Carta constitucional de 1830*, la monarquía limitada de Luis Felipe de Orleans.

La base teórica del experimento orleanista (reproducido entre nosotros por el Estatuto real de 1834 y luego por las Constituciones moderada de 1845 y conservadora de 1876) era el *doctrinarismo*, corriente intelectual del liberalismo moderado (auspiciada, en Francia, por Guizot y, en España, por Martínez de la Rosa, Alcalá Galiano, Donoso Cortés y Cánovas del Castillo) que, como señaló Diez del Corral¹¹⁰, intentó, inspirándose en el modelo británico de Estado mixto, una conjunción armónica de los principios monárquico-tradicionalista y democrático-liberal, mediante una Constitución otorgada o pactada, en la que la soberanía estuviera compartida entre el pueblo y el monarca, cabeza de un Poder Ejecutivo en el que la potestad reglamentaria del Gobierno regio quedase sujeta un Parlamento bicameral donde la Cámara baja, elegida por sufragio censitario, representase al pueblo y legislase, pero bajo la supervisión de una Cámara alta controlada por la nobleza.

La francesa *Monarquía de julio* no resistió la *revolución de 1848*, de la que surgió la Constitución del mismo año que instauró la II República; al igual que el *II Imperio*,

¹¹⁰ DIEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, ed. CEC, 1984.

tras la derrota de Sedán y los sangrientos sucesos de la Comuna de París, fue sustituido por la Constitución de 1875 que instauró *III República*. Las reformas operadas en 1946 y 1958 condujeron, respectivamente a la *IV* y *V República*.

E) El constitucionalismo español.

En España, la recepción de la doctrina anglo-francesa de la *división de poderes* se produjo, entre las élites ilustradas, a finales del s. XVIII, aunque con propuestas moderadas que, como la de Jovellanos, trataban de amoldarla a la “Constitución histórica” de los Reinos hispánicos, sobre la base de una potenciación del papel de las Cortes. Pero la aplicación práctica de dicha doctrina se ajustó a los vaivenes propios del agitado siglo XIX español.

Las ideas revolucionarias penetraron con las tropas napoleónicas que las plasmaron en la llamada *Estatuto de Bayona*, que fue una *Carta otorgada* para legitimar la monarquía bonapartista de José I. Por ello y sin duda, su primera gran realización fue la *Constitución de Cádiz de 1812*, al asignar el Poder Legislativo a las Cortes e instaurar el Tribunal Supremo¹¹¹.

El *regreso de Fernando VII* supuso volver al modelo del Antiguo Régimen, siguiendo así la tendencia europea de *La Restauración*. El *Trienio liberal* restableció el modelo gaditano (Decreto de 12-03-1820); pero la *segunda reacción absolutista* volvió al viejo modelo (Decreto de 26-06-1823). Repuesta la Constitución gaditana en 1836 y reformada por la *Constitución de 1837*, aunque la misma no aludió al Tribunal Supremo, éste siguió funcionando con arreglo a su Decreto constitutivo de 24-03-1834 y al famoso Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835.

¹¹¹ En rigor, la *separación de poderes* había sido ya instaurada mediante el **Decreto de 24-09-1810**, a cuyo tenor: “**no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes Generales y Extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión...habilitan...**(a los miembros del) **Consejo de Regencia, para que...ejercan el poder ejecutivo...** (y) **confirman todos los tribunales y justicias establecidos en el reino para que continúen administrando justicia según las leyes**”. La Constitución de Cádiz plasmó la *división de poderes* en los siguientes preceptos: i) art. 15: **la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey**; ii) art. 16: **la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey**; iii) arts. 17 y 242: **la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside exclusivamente en los Tribunales** establecidos por la ley; iv) art. 131.1: (es facultad de las Cortes) **proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario**; iv) art. 170: **la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad de extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes**; v) arts 245 y 246: **los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado**; y **tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia**; y vi) art. 259: **habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia**. Por su parte, Canga Argüelles, en su *Discurso preliminar* a la Constitución de Cádiz, enfatizó que: “**del examen** (de las tres funciones, legislativa, ejecutiva y judicial) **y no de ninguna otra idea metafísica ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la actividad soberana de una Nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, ejecutiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad, en un Estado donde el ejercicio de toda autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable**”.

Las ideas doctrinarias (equilibrio entre los principios monárquico y democrático) plasmaron en el *Estatuto Real de 1834* (en rigor, una Carta otorgada) y en las *Constituciones moderada de 1848* y conservadora de 1876. Más radical, tras la revolución de 1868, fue la *Constitución de 1869* que, muy influida por el modelo judicial británico (que habían conocido los exiliados en Londres) determinó una potenciación del Poder Judicial (cuya primera Ley Orgánica se aprobó en 1870), junto a la limitación del Poder ejecutivo mediante la monarquía electiva que llevó al trono al fugaz rey Amadeo I¹¹².

En cuanto a la *forma de Estado* (distribución territorial del poder), como elemento que modula la *división de poderes*, la opción por un *Estado federal* fue ensayada por el *Proyecto constitucional de 1873* durante la *I República*; un modelo regionalizado de *Estado integral* fue implantado por la Constitución de 1931 (de la II República); mientras que la vigente Constitución de 1978 ha optado por un modelo de *Estado compuesto* o *de las autonomías*, al prever la creación de Comunidades Autónomas dotadas de autonomía política, esto es, con un Parlamento propio habilitado para legislar en las materias de su respectiva competencia.

Una de las más llamativas especialidades de la versión española de la *división de poderes* es, sin duda, la evolución de la *jurisdicción contencioso-administrativa* (es decir, la que tiene por objeto revisar actos del Poder Ejecutivo); ya que, de un modelo de jurisdicción *retenida* por la propia Administración (siguiendo el modelo de Consejo de Estado napoleónico), se ha pasado a un modelo de integración en el Poder Judicial del *orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, relegando al Consejo de Estado (y a los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas) a una función meramente consultiva y de control preventivo de la legalidad.

5. Recapitulaciones doctrinales.

A) Periodo acrítico.

El enorme prestigio de los pensadores que la formularon (Locke, Montesquieu, Rousseau, Madison) y la rápida expansión y aplicación de sus ideas en el constitucionalismo europeo y americano hicieron que la *doctrina de la división de poderes* conformara un paradigma indiscutible de las democracias, por lo que los politólogos no osaron discutirla sino sólo exponerla y glosarla. Esta situación perduró al menos hasta el fin de la Primera Guerra Mundial.

B) Escuela crítica.

La experiencia política de la *III República* francesa y la praxis política norteamericana y de otros Estados aportaron nuevos elementos (laicismo, colonialismo, corrupción, presi-

¹¹² Cfr. NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.

dencialismo, federalismo, imperialismo, totalitarismos, industrialización) que comenzaron a revelar ciertas disfunciones en el modelo doctrinal de la *división de poderes*.

La que podemos denominar *escuela crítica* fue iniciada en 1893 por el jurista francés Leon Duguit¹¹³ y luego engrosada por la monumental aportación de Carré de Malberg¹¹⁴ y las reflexiones de K. Schmitt¹¹⁵, H. Kelsen¹¹⁶ y, entre nosotros, Pérez Serrano¹¹⁷. Estos autores, confrontando la doctrina de la *división de poderes* con su aplicación práctica, apuntan, entre otras, las siguientes disfunciones: i) que divide el poder, impidiendo así la funcionalidad del Estado, especialmente en tiempos y situaciones de crisis; ii) que dificulta la necesaria coparticipación de los ciudadanos en las funciones estatales; iii) que no garantiza suficientemente la libertad frente a casos de corrupción y arbitrariedad; iv) que complica extraordinariamente una explicación coherente de la Teoría general del Estado; v) que es quimérica, pues todos los Poderes terminan ejerciendo funciones propias de los otros; y vi) que no se aplicó nunca en estado puro, sino relativizada por fórmulas doctrinarias y mediante diversos usos constitucionales de los distintos Estados.

La doctrina germánica fue especialmente crítica al confrontar la *división de poderes* con sus aportaciones al Derecho público, como la personalidad jurídica única del Estado (Mayer), la teoría del órgano (Gierke) o la idea del Estado global (Jellinek), las cuales tienden a reconducir a la unidad el fenómeno estatal.

El gran aparato crítico vertido sobre la *división de poderes* desde la obra de Duguit continuó activo hasta el final de la Segunda Guerra Mundial (1945) e incluso de la *IV República* francesa (1958), dando la impresión de se trataba de una doctrina clásica pero excesivamente simplista y que había sido superada por la realidad constitucional de los nuevos Estados, cuya complejidad postulaba nuevas explicaciones politológicas.

C) Replanteamiento actual.

Sin embargo, un libro, *Los orígenes del totalitarismo*, publicado por la influyente pensadora política alemana (de origen judío, luego nacionalizada estadounidense) Anna Arent en 1951, reveló las desastrosas consecuencias que los planteamientos totalitarios (nacionalsocialistas y comunistas) habían tenido para yugular la libertad y los derechos humanos, por lo que postuló una vuelta a los mecanismos que, como la *doctrina de la división de poderes*, habían nacido para limitar la tiranía y asegurar la libertad.

¹¹³ DUGUIT, L., “La séparation des pouvoirs et l’Assemblée nationale de 1789”, en *Revue d’économie politique*, 1893; versión española, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. de P. Pérez Tremps, CEC, Madrid, 1996.

¹¹⁴ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, 1920.

¹¹⁵ SCHMITT, K., *Teoría general del Estado*, 1934.

¹¹⁶ KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, 1920; *Teoría general del Estado*, 1925; y *Teoría pura del Derecho*, 1935.

¹¹⁷ PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho político*, 1975.

En la misma línea, los ius-administrativistas franceses posteriores a M. Hauriou (1856-1929) insistieron en la necesidad de institucionalizar la *división de poderes* como límite de la arbitrariedad; profundizar en sus virtualidades para garantizar las libertades públicas; conseguir la contención y el equilibrio entre todas las clásicas y nuevas manifestaciones del poder político en las democracias; y definir las necesarias técnicas de mantenimiento y reconducción a la unidad del sistema político.

Tal es la orientación que preconizó, entre nosotros, D. Eduardo García de Enterría, cuya visión del Derecho público y del Estado de Derecho se integra claramente en la Transición a la democracia y explica la concepción de la *división de poderes* en el sistema de autonomías instaurado en la Constitución de 1978.

En consecuencia, la actual Politología más bien ha vuelto a reivindicar, frente a los nacionalismos y populismos, la *doctrina de la división de poderes* como consustancial a la democracia, matizando que, en rigor: i) no impide la *reconducción a la unidad* en circunstancias o estados constitucionalmente previstos como situaciones excepcionales; ii) no implica una *igualdad entre Poderes*, por lo que es compatible con el predominio parlamentario derivado de la legitimidad democrática de primer grado que emana de su elección popular directa; iii) no enmascara la esencial *identidad material del poder* como fuerza imperativa que se manifiesta en la ejecutividad de las leyes, los actos administrativos y las sentencias firmes, esto es, en las formas típicas que revisten las disposiciones emanadas de cada uno de los tres clásicos Poderes; iv) no obstaculiza a otras formas de contención, limitación y equilibrio del poder político, especialmente del que se manifiesta a través de nuevos Poderes emergentes; y v) no pretende ser entendida como un dogma absoluto sino, relativo (como señaló la STC 166/1986), pero que sigue siendo esencial para preservar la democracia y los derechos humanos.

XIII. PANORAMA ACTUAL DE INTERFERENCIAS EN LA DIVISIÓN DE PODERES.

1. Planteamiento.

Una vez examinados, en los epígrafes anteriores, los conceptos básicos que conforman y permiten entender la *doctrina de la división de poderes* y su extraordinaria complejidad teórica, sólo resta (para completar la visión panorámica que me he propuesto en este estudio) exponer un cuadro o elenco de las principales instituciones jurídicas que doctrinalmente han sido señaladas como reveladoras de posibles interferencias entre *funciones* y *Poderes* estatales en el marco de una interpretación estricta de la referida doctrina.

He ordenado estas instituciones desde la perspectiva de cada uno de dichos tres clásicos Poderes y por razón de la *función* primaria de cada *Poder* estatal a la que afectan.

Como quiera que cada una de las instituciones a las que seguidamente aludiré plantean una amplia variedad de matices que ahora no puedo desarrollar, me limitaré a exponer con brevedad su incidencia de la *doctrina de división de poderes*.

2. Interferencias desde la perspectiva del Poder Legislativo.

A) Respecto a su función primaria de legislar.

1/ La iniciativa legislativa.

Una interpretación estricta de la *división de poderes*, como la preconizada por los primeros revolucionarios franceses, no admite la iniciativa legislativa del Gobierno mediante la remisión al Parlamento de proyectos de ley, sino sólo las proposiciones de ley de iniciativa parlamentaria (art. 163 de la Constitución francesa de 1791), por eso el art. 87.1 CE, que atribuye la iniciativa al Gobierno supone una primera institución crítica con la expresada doctrina, por más que hoy resulte generalmente admitida en todas las democracias.

En efecto, el moderno constitucionalismo recoge una configuración avanzada del parlamentarismo y, por consiguiente, admite la *iniciativa legislativa gubernamental* mediante la aprobación y ulterior remisión a las Cámaras de proyectos de ley (cfr, p.e, el art. 87.1 CE).

Se trata de una formidable arma en manos del Ejecutivo mediante la cual éste puede, cuantitativa y cualitativamente, marcar el ritmo de los trabajos parlamentarios durante la legislatura para cumplir así el programa político ganador en las elecciones, por eso, esta iniciativa queda prohibida durante el periodo en que el Gobierno esté en funciones (cfr, p.e, el art. 21.5,b de la Ley estatal española 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

2/ La normativa intra-parlamentaria.

Las Cámaras aprueban sus propios Reglamentos para regular el procedimiento parlamentario o su régimen interior, pero no por aplicación del criterio *qui potest plus, potest et minus* (formulado por Bonifacio VIII, en *Decretales* VI.5.12.57) por el que *quien puede lo más* (aquí, aprobar leyes para la ciudadanía) *puede también lo menos* (aquí, disciplinar la forma de aprobarlas y el régimen de las Cámaras que han de hacerlo); pues este argumento *a maiore ad minus* conculcaría, en ese caso, el principio jurí-

dico general *nemo sibi ipse imperare aut prohibere potest* (formulado por Marciano en *Digesto*, 4.8.51), por el que *nadie puede mandarse o prohibirse a sí mismo*; máxime cuando la auto-normación no deja de ser un privilegio que puede implicar el abuso de poder que precisamente la *doctrina de la división de poderes* tratar de evitar. Por ello, la potestad normativa interna de las Cámaras requiere una habilitación expresa por el poder constituyente (cfr. art. 72.1 CE) que es el que divide a los poderes constituidos.

3/ *La reserva de ley y de tipos concretos de ley.*

La *doctrina de la división de poderes* implica, en principio, la atribución, al Poder Legislativo, de la función normativa en toda su extensión; por lo que cualquier materia puede ser regulada mediante una norma con rango de ley emanada de dicho Poder legislativo.

Este planteamiento, en principio, imposibilita, como entendieron los jacobinos, la atribución, al Poder Ejecutivo (y, menos aún, al Judicial), de la potestad reglamentaria. Pero, una vez que los doctrinarios lograron que fuera admitida ésta última, como una exigencia derivada de la función ejecutiva, dicha doctrina requirió establecer las materias cuya normación quedaba vetada al Poder Ejecutivo y, en consecuencia, reservadas al Legislativo. Tales materias fueron reconducidas a la *propiedad* y la *libertad*, como estereotipos de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados por la Constitución que sólo por ley pueden ser regulados (cfr. art. 53.1 CE). Esta *reserva de ley* es bilateral, esto es, vincula tanto a las materias regulables como a la ley reguladora, de suerte que, por un lado, las referidas materias sólo pueden ser reguladas por una norma con rango de ley y, por otro, sólo una norma con rango de ley puede regular dichas materias.

Este criterio de *doble reserva* se aplica igualmente a las materias que, por disposición del poder constituyente, han de ser reguladas *por tipos especiales de ley*, como son las materias reservadas a tratados internacionales, reglamentos parlamentarios o a concretas leyes orgánicas; en el bien entendido de que esta *reserva* es *específica*, esto es, no opera genéricamente (como un *genus*) en favor de estas categorías (tratados, reglamentos parlamentarios o leyes orgánicas), sino específicamente, es decir, en favor sólo de cada uno de los distintos tipos concretos de esas categorías (como un *genus limitatum*), así, por ejemplo, las leyes orgánicas que aprueban los Estatutos de autonomía; las leyes orgánicas de transferencia o delegación de competencias a las Comunidades Autónomas o las leyes orgánicas que la CE prevé para regular determinadas instituciones.

Es más, dicha *especificidad* es *absoluta*, esto es, limitada a su propio ámbito de aplicación cuando existan varios (por ejemplo, diversas Comunidades Autónomas, cada una con su propia Ley orgánica que aprueba su respectivo Estatuto de Autonomía). Por ello, la ley orgánica que aprueba un concreto Estatuto de Autonomía no puede,

por el hecho de ser ley orgánica, regular materias reservadas a otras leyes orgánicas, como, por ejemplo, las reservadas a otro Estatuto de Autonomía o a la regulación de otras instituciones estatales (p.e el Consejo de Estado o el Defensor del pueblo).

Este planteamiento explica que las relaciones entre leyes de distinto tipo (por ejemplo, entre leyes ordinarias y leyes orgánicas) no se rijan por *principio de jerarquía normativa* (por el que una es de rango superior a otra), sino por el *de competencia* (por el que cada una regula, y sólo ella puede regular, las materias a cuya regulación está destinada y tales materias sólo pueden ser reguladas por el tipo concreto de ley al que el poder constituyente las ha reservado).

Este planteamiento no es alterado por el hecho de que el poder constituyente haya diseñado un distinto procedimiento para la aprobación cada una de estas leyes de tipo especial (p.e. el que regula la aprobación de los distintos tipos de tratados internacionales o el que regula la aprobación de las leyes orgánicas por mayoría del Congreso en una votación final sobre sus proyectos), pues lo decisivo no es tanto la diferencia de procedimientos de aprobación (que puede producir el espejismo de que configura una jerarquía normativa) cuanto la doble reserva *de la materia* regulada al tipo de ley que debe regularla y *de cada uno de tales tipos de ley* a la regulación de esas concretas materias (que configura realmente el *principio de competencia*, esto es, de división entre tipos de leyes).

En este último sentido, la misma técnica de limitación del poder empleada en la *doctrina de la división de poderes* se emplea también, en el seno del Poder Legislativo, para dividir los *ámbitos de reserva de cada uno de los tipos de leyes*¹¹⁸.

4/ La estructura compleja de la legalidad.

Cuando se formuló la *doctrina de la división de poderes*, imperaba una visión bastante plana del ordenamiento jurídico, como se comprueba en los Códigos civiles, donde *la ley*, sin más distinciones ulteriores, es fuente del Derecho. Sin embargo, en la actualidad, la estructura de la legalidad es mucho más compleja.

No sólo existen, como se acaba de señalar, distintos tipos de *leyes internas* (ordinarias, orgánicas, autonómicas), sino también una gran variedad de tipos de *leyes* de carácter *internacional* (tratados, decisiones de organismos internacionales, normativa comunitaria europea), cada uno de los cuales tiene, a su vez, diversas configuraciones (como sucede con los Reglamentos y Directivas de la UE).

¹¹⁸ Este criterio, que podemos denominar de *doble reserva absolutamente específica*, es el que ha empleado el Tribunal Constitucional cuando, al resolver los distintos recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha declarado inconstitucional la pretensión, introducida en varios preceptos por sus inspiradores, consistente en que el Estatuto, al ser aprobado por una Ley Orgánica, podía modificar materias reguladas por otras Leyes también Orgánicas, como la del Poder Judicial (STC 31/2010).

En este panorama de diversidad de *leyes* donde, además, muchas de ellas están influidas por criterios, medidas y decisiones derivadas de organismos no estatales e incluso de carácter privado y comercial, el Poder Legislativo estatal sigue ostentado un papel central en la normación del grupo estatal, pero no exclusivo ni excluyente de otras instancias normadoras.

Se impone, por tanto, una adecuación de la *doctrina de la división de poderes* para el control y limitación de esas instancias, potencial y realmente, limitadoras del Poder Legislativo a cuyo control se dirige dicha doctrina clásica.

5/ Las leyes singulares.

La consideración que del Poder Legislativo efectuó la clásica *división de poderes* partía de la idea de que el Parlamento aprobaba leyes *generales*, no sólo porque la *generalidad* de la ley expresaba la voluntad general del pueblo soberano para auto-regularse a través de sus representantes libremente elegidos; sino también porque dicha *generalidad* expresaba el ideal revolucionario de igualdad con la eliminación de los privilegios que caracterizaban la legislación del Antiguo Régimen.

Sin embargo, el Parlamento británico mantuvo, tras la Revolución inglesa del s. XVII, los *private bills* para aprobar disposiciones singulares¹¹⁹; y, en el sistema continental, la doctrina científica y constitucional ha admitido que el Poder Legislativo puede aprobar leyes de caso único cuando así lo exija el interés general.

6/ Los escaños gubernamentales (banco azul).

La imagen de los miembros del Gobierno español sentados en la primera bancada del Congreso, en asientos tapizados en color azul, para distinguirlos de los tapizados en rojo que ocupan los diputados, expresa cromáticamente una situación que la concepción clásica de la *división de poderes* consideraba impropio, cual es la asistencia y presencia de los miembros del Poder Ejecutivo en las Cámaras parlamentarias que impersonan al Poder Legislativo. Tan es así que, en las primeras cons-

¹¹⁹ Debe diferenciarse conceptualmente (en rigor, en gnoseología estatutaria) lo *singular* y lo *particular*. *Singular* se opone a *general* porque es una dicotomía jurídica que se refiere al ámbito material y personal de una regulación; mientras que lo *particular* se opone a lo *común* porque es una dicotomía que se refiere al ámbito espacial de la norma reguladora. Así, p.e, una ley estatal sobre la tributación en Melilla es general (pues afecta a todos los melillenses), no singular (pues no regula un caso de tributación concreto), pero sí particular (pues sólo afecta a Melilla). Por eso, entiendo que la *supletoriedad* del Derecho estatal proclamada en el art. 149.3 CE debe entenderse referida sólo a normas estatales que sean *generales* y comunes, no a las que sean *singulares* o *particulares*, como las que el Estado central dicte para Ceuta y Melilla. Esta interpretación, al ser de lógica constitucional deóntica, no es compartida por quienes entienden, desde una lógica puramente formal, que el precitado art. 149.3 CE se refiere al Derecho del Estado sin distinciones ulteriores. He expuesto esta idea, en el ámbito canónico, en "Tratamiento penal del abuso de menores en el Derecho canónico general y particular de los EEUU", en *Fidelium iura*, 15, 205, pags. 135-176.

tituciones revolucionarias se prohibía expresamente esta situación, como también la iniciativa legislativa gubernamental.

Sin embargo, la consideración del Gobierno como una Comisión parlamentaria dedicada a ejecutar la leyes (modelo de Gobierno *de gabinete*), así como las ideas doctrinarias y la práctica posterior aconsejaron que, si se quería que el Poder Ejecutivo llevase a efecto las leyes con conocimiento de causa, sus miembros tenían que acudir a las sesiones parlamentarias con voz, aunque sin voto, salvo que también fueran parlamentarios.

Esta situación, que comenzó como una mutación constitucional tácita, terminó con un reconocimiento constitucional expreso (cfr. art. 110 CE) y determinó, a su vez, la organización del Gobierno pues, al tener los Ministros que acudir al Parlamento, los Departamentos ministeriales quedaron en manos de los Secretarios de Estado, los Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales.

El poder constituyente ha resuelto esta situación declarando la incompatibilidad entre las condiciones de miembro del Gobierno y el escaño parlamentario, salvo el caso de los Ministros (art. 70,b CE).

B) Respecto a sus funciones segundas de carácter administrativo.

1/ La potestad de auto-organización interna de las Cámaras.

La misión de los Parlamentos no se limita, como pudiera parecer en una interpretación estricta de la *doctrina de la división de poderes*, al ejercicio de la función legislativa del Estado, ya que, como derivación de su potestad normativa interna (art. 72.1 CE), gozan de una potestad de auto-organización que, en rigor, es de naturaleza administrativa, ya que se traduce en la determinación y ordenación de los órganos interiores de cada Parlamento.

Ahora bien, esa potestad está implícitamente reconocida (art. 72.1 CE), pero expresamente limitada por el poder constituyente, que diseña sus aspectos fundamentales, tales como el carácter unicameral o bicameral del Parlamento (art. 66.1 CE), la existencia, en cada Cámara, de un Presidente (art. 72.1 CE), una Mesa (art. 72.1 CE), un Pleno (art. 75.1 CE), una Comisión permanente (art. 78.1 CE) y Comisiones, legislativas (art. 75.2 CE) y de investigación (art. 76 CE).

2/ La administración de las Cámaras.

La gestión interior de las Cámaras en cuestiones relativas a su propio personal, la contratación administrativa, la policía interior o la responsabilidad patrimonial, entre

otras, supone el ejercicio de competencias de naturaleza claramente administrativa que, en una aplicación estricta de la *doctrina de la división de poderes*, estarían encomendadas al Poder Ejecutivo, no al Parlamento.

Por ello, el poder constituyente habilita de forma expresa al Parlamento a estos efectos (art. 66.2 CE), al establecer que, no sólo tiene la potestad legislativa, sino también “*las demás competencias que les atribuya la CE*”, como son la regulación de su personal (art. 72.1 CE) y el ejercicio de “*todos los poderes* (en rigor, potestades) *administrativos*”, los cuales son ejercidos por los Presidentes de cada Cámara (art. 72.3 CE).

3/ Las funciones presupuestarias de las Cámaras.

Como se ha expuesto, tanto el origen medieval de la institución parlamentaria, como la configuración revolucionaria de los Parlamentos británico, norteamericano y francés, se debieron al principio del necesario consentimiento a la tributación por los obligados tributarios (*no taxation, without representation*); un consentimiento que sólo se prestaba previo el reconocimiento de los agravios que los representantes parlamentarios de los contribuyentes presentaban al monarca.

De ahí que la función presupuestaria de las Cámaras no sólo consista en aprobar y ejecutar autónomamente sus propios Presupuestos (art. 72.1 CE), sino también y principalmente, en examinar, enmendar y aprobar los Presupuestos Generales del Estado (PGE; art. 66.2 CE), que incluyen la totalidad de ingresos y gastos del sector público estatal (art. 134.1 CE).

La función presupuestaria del Parlamento no está, sin embargo, incluida en la clásica *división de poderes*, pues no consiste propiamente tanto en legislar cuanto en determinar la actividad financiera del Estado, la cual atañe principalmente al Poder Ejecutivo.

Por eso, la función presupuestaria del Parlamento ha tenido que ser delimitada por el poder constituyente que, por lo que atañe a las facultades del Poder Ejecutivo y sus relaciones con el Legislativo en esta materia, pormenoriza: i) las competencias de elaboración (que compete al Gobierno, art. 134.1 CE), examen, enmienda y aprobación de los PGE (que compete al Parlamento, art. 134.1 CE); ii) los plazos de presentación y prórroga de los PGE (arts. 134.3 y 134.4 CE); y iii) el veto gubernamental a los alteraciones presupuestarias de origen parlamentario (art. 134.6 CE).

4/ La Administración electoral.

Una interpretación estricta de la división de poderes conduciría a residenciar en el Poder Legislativo todo lo relativo a la organización y celebración de las elecciones en los distintos niveles (generales, regionales, locales), así como a garantizar

la transparencia y seriedad en el ejercicio del derecho fundamental de participación en asuntos públicos mediante la emisión de un voto libre, igual, directo y secreto en dichas elecciones; y, finalmente a juzgar la regularidad de la emisión y entrega de las actas correspondientes a los electos.

Pero, al igual que sucede con la aprobación de leyes demasiado complejas, el proceso electoral requiere unos medios humanos, materiales y presupuestarios de los que sólo dispone el Poder Ejecutivo; y, por otra parte, el Poder Judicial debe revisar, en última instancia, las incidencias que puedan alterar los resultados electorales.

Para posibilitar todo ello, el poder constituyente (cfr. art. 70.2 CE) ha remitido todas estas cuestiones al *bloque de la constitucionalidad* aplicable en materia electoral (contenido principalmente en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, LOREG'85).

La legislación electoral (cfr. arts. 8 a 30 LOREG'85) ha habilitado la denominada Administración electoral, que está compuesta por una serie de órganos, como la Junta Electoral Central (JEC), las Juntas Electorales Provinciales y de Zona, las Secciones y Mesas electorales, así como la Oficina del Censo Electoral, todos los cuales tienen encomendadas distintas misiones en orden a posibilitar el correcto desarrollo de los procesos electorales, siendo sus actos revisables por el Poder Judicial mediante su previa impugnación en vía contencioso-administrativa.

La posición institucional, en especial, de la JEC, dotada de independencia orgánica y funcional para el desempeño de sus funciones, se entiende mejor si se la considera ubicada en el Estado global (*Gesamstaat*).

C) Respecto a sus funciones segundas de tipo judicial.

1/ La calificación de actos parlamentarios.

Calificar es atribuir un adjetivo a un sustantivo, esto es, una operación lingüística para expresar las características que algo posee o de las que carece y precisar la medida en que, en su caso, las ostenta. Pero, en Derecho, *calificar* es una operación hermenéutica consistente en analizar algo o alguien para apreciar y determinar sus cualidades y, en consecuencia, incluirlo o no en una determinada categoría jurídica, con objeto de determinar la norma o el estatuto jurídico que le resulta aplicable.

Así, se puede calificar una relación jurídica dotada con elementos de extranjería para, en Derecho internacional privado, determinar la norma de conflicto que le resulta aplicable (calificación *conflictual*, del art. 12.1 Código civil); pero también se puede calificar un documento presentado para su inscripción en el Registro de la propiedad (cali-

ficación *registral*), un crédito presentado para su clasificación en un procedimiento de concurso de acreedores (calificación *concurusal*), un documento presentado a liquidación de un impuesto (calificación *tributaria*), un hecho delictivo para fijar el delito en que consiste (calificación *penal*), o un inmueble para determinar su estado y situación a efectos del planeamiento (calificaciones *urbanística* y *medio-ambiental*).

Estas y otras *calificaciones* más bien se refieren a un agente calificador o aplicador del Derecho que, aunque pueda estar encuadrado en el Poder Ejecutivo, se sitúa, al calificar, más bien en la perspectiva del Poder Judicial, ya que es a éste último a quien, en definitiva, corresponderá, en caso de duda o conflicto, adoptar la calificación que haya de prevalecer. En otras palabras, el que califica jurídicamente algo se pone en *tensión judicial prodrómica*, pues realiza una prognosis sobre lo que el juez competente calificaría si el asunto se le presentara en juicio.

Pues bien, en el Poder Legislativo, la Mesa de cada Cámara está, por sus propios Reglamentos parlamentarios, investida de la potestad de calificar la naturaleza de los documentos e iniciativas que el Gobierno o los propios miembros de la Cámara presenten para su tramitación ulterior; y el resultado de esa calificación *parlamentaria* es nada menos que la admisión o inadmisión a trámite del documento o iniciativa presentados.

En la lógica de la *división de poderes*, esta calificación, aun siendo *parlamentaria*, encierra el ejercicio de una potestad de enjuiciamiento típicamente *judicial*, por lo que ha sido el poder constituyente quien, a través de la admisión de la potestad reglamentaria de las Cámaras, ha permitido que, en los Reglamentos parlamentarios, se discipline el ejercicio de esta potestad de calificación y su eventual recurso ante la jurisdicción constitucional, ya que la inadmisión a trámite limita enérgicamente el derecho fundamental de los parlamentarios afectados a la participación política en la vida parlamentaria (art. 23 CE).

2/ Los privilegios parlamentarios de inviolabilidad e inmunidad.

La lógica institucional de la *división de poderes* prohíbe que el Poder Judicial abra procesos judiciales contra los miembros de los otros dos Poderes y, en especial, contra los del Legislativo. Esta consecuencia deóntica convierte a los parlamentarios en beneficiarios de un doble privilegio: i) por un lado, el de *inviolabilidad*, por el que no pueden ser perseguidos por las opiniones manifestadas (art. 71.1 CE); y ii) por otro lado, de *inmunidad*, por el que no pueden ser detenidos, inculcados ni procesados por actos que realicen (art. 71.2 CE).

El origen de estos privilegios se encuentra en el *ius gentium* que, en la Antigüedad, confirió inmunidad a los legados de paz (*legati de pace*) enviados por los generales

para negociar el fin de las hostilidades; de donde se aplicó a los Jefes de Estado y a los agentes diplomáticos de todo tipo, tal y como recoge la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18-04-1961.

En Derecho interno, el origen de estos privilegios se remonta al Derecho romano que los confirió a los *tribunos de la plebe*, precisamente para permitirles una total libertad de actuación en defensa de los intereses populares que representaban, la cual quedaría constreñida, condicionada o incluso impedida si el Senado o los magistrados nombrados por el mismo pudieran detenerlos, inculparlos, procesarlos y condenarlos.

Estos privilegios fueron también atribuidos a los parlamentarios, en el seno de la interpretación jacobina de la *división de poderes*, para impedir cualquier injerencia de los Poderes Ejecutivo o Judicial en la función predominante del Poder Legislativo. Pronto se evidenció que una absolutización de estos privilegios podía encerrar uno de los abusos de poder que la *doctrina de la división de poderes* se proponía eliminar, ya que podían ser alegados por los parlamentarios en cualquier tipo de ámbitos, incluso los de carácter privado.

Por eso, estos privilegios, no sólo en el ámbito parlamentario, sino también en el diplomático, fueron matizados en el constitucionalismo posterior para entenderlos como *funcionales*, es decir, sólo admisibles en la medida necesaria para preservar la independencia en el ejercicio de las funciones asignadas, en este caso, a las Cámaras y a sus miembros; y así la CE sólo recoge la inviolabilidad de los parlamentarios por opiniones manifestadas “*en ejercicio de sus funciones*” (art. 71.1 CE) y la inmunidad por hechos realizados en *el ejercicio de sus cargos*, por lo que el art. 56 LOPJ permite dirigir contra ellos demandas de responsabilidad civil; el art. 71.2 CE permite detenerlos en caso de delito flagrante y, en cualquier caso, previa autorización de la Cámara (art. 71.2 CE, previa la tramitación de un *suplicatorio* dirigido al efecto por el órgano judicial correspondiente.

El reciente procesamiento en el Tribunal Supremo de políticos independentistas catalanes a quienes se imputó la comisión de varios delitos con ocasión de la celebración del referendun sobre la secesión de Cataluña, declarado contrario a la CE por el Tribunal Constitucional en 2018, ha puesto de manifiesto que estas instituciones siguen siendo fuente de interferencias en la *doctrina de división de poderes*, aunque el Tribunal Supremo, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, con una admirable sutileza, ha mantenido el equilibrio constitucional al decretar la detención y prisión provisional, instruir el sumario, decidir el procesamiento, abrir el juicio oral y arbitrar las medidas cautelares precisas para compatibilizar, en lo posible, la situación de encarcelamiento de los procesados con el ejercicio por los mismos de sus derechos a presentarse como candidatos a elecciones y tomar posesión de sus escaños, pero sin que tal ejercicio impida ni obstaculice su previo procesamiento, su enjuiciamiento y su prisión provisional hasta que se ha dictado sentencia firme.

3/ *Las Comisiones parlamentarias de investigación.*

Que la función legislativa sea la primera de los Parlamentos es un planteamiento de la doctrina clásica de la *división de poderes* que no se aviene con la actual expansión de la *función de control* sobre el Poder Ejecutivo que ha sido resaltada por el poder constituyente; así el art. 109 CE faculta al Parlamento para recabar del Gobierno toda la *información* que precise; el art. 111 CE habilita las *preguntas e interpelaciones* parlamentarias como medios de control del Ejecutivo; y el art. 76 CE posibilita que las Cámaras parlamentarias puedan constituir *Comisiones de investigación*.

Obviamente, la investigación parlamentaria puede coincidir con la que, sobre el mismo asunto, abra el Poder Judicial y de ahí que estas *Commissions d'enquête* supongan una institución de posible interferencia con la función jurisdiccional.

Por ello, el poder constituyente (art. 76 CE) ha zanjado la cuestión con las siguientes medidas que recogen la experiencia constitucional comparada al respecto: i) estas Comisiones pueden ser constituidas por las Cámaras sobre cualquier asunto de interés público; ii) es obligatorio comparecer ante estas Comisiones a requerimiento de las Cámaras, las cuales pueden sancionar la incomparecencia en la forma que regule una ley; iii) las conclusiones de estas Comisiones no son vinculantes para los Tribunales ni afectarán a las resoluciones judiciales; y iv) el resultado de la investigación parlamentaria puede ser comunicado al Ministerio fiscal para que éste ejerza, en su caso, las acciones oportunas.

4/ *Las mociones de censura, confianza y reprobación.*

En una aplicación pura de la *doctrina de la división de poderes*, el Legislativo no podría decidir sobre el Ejecutivo; pero la temprana interpretación jacobina convirtió a éste en una Comisión parlamentaria más, completamente sujeta a la voluntad de la Cámara de la que emana por virtud del *principio democrático*. Por el contrario, los doctrinarios trataron de potenciar la posición institucional del Ejecutivo en base al *principio monárquico*.

La confluencia de ambas tendencias en el Derecho Constitucional Comparado han sido, más que Gobiernos de mero gabinete, modelos de relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo basados en la necesaria confianza parlamentaria que precisa el Gobierno, ya que éste responde políticamente de su gestión ante el Parlamento.

Lógico corolario de la forma parlamentaria de Gobierno son las instituciones denominadas moción de *confianza*, de *reprobación* y de *censura*: i) por la *moción de confianza*, el Gobierno se somete a una votación parlamentaria para ratificar el apoyo del Parlamento (art. 112 CE); ii) por la *moción de censura*, el Parlamento vota la

remoción del Ejecutivo (moción destructiva) y, eventualmente, la investidura de uno nuevo (moción constructiva, cfr. arts. 113 y 114 CE); iii) por la *moción de reprobación*, el Parlamento, sin derribar al Ejecutivo, vota su desagrado con la gestión de algún miembro del Gobierno.

D) Respecto a sus funciones segundas de tipo constitucional.

1/ Las funciones relativas a la Corona.

En los regímenes absolutistas, ajenos a la *división de poderes*, la Jefatura del Estado encabeza y asume verdaderamente todos los poderes estatales; pero, instaurada la *división de poderes*, salvo en los modelos presidencialistas, en los que conforma la cabeza del Poder Ejecutivo, la Jefatura del Estado (Presidencia, en las Repúblicas; Corona, en las Monarquías) es una institución perteneciente al Estado en sentido global (*Gesamstaat*), por lo que se sitúa, con una fuerte carga simbólica, por encima de la *división de poderes*, para asumir funciones de alta representación, arbitraje y moderación institucional.

Por ello, el poder constituyente ha de determinar la forma de elección de la Presidencia en las Repúblicas y en las Monarquías electivas y las reglas sucesorias en las Monarquías dinásticas y, en ambos casos, el Parlamento, por su carácter representativo de la soberanía, está llamado a desempeñar relevantes funciones con respecto a la Jefatura del Estado, que varían según los modelos constitucionales comparados. Estas funciones parlamentarias en relación con la Jefatura del Estado no son estrictamente legislativas; tal es el caso, en la CE, de las que se atribuyen a las Cortes Generales con respecto a la Corona, como son las provisiones sucesorias en caso de extinción de todas las líneas hereditarias (art. 57.3 CE), los vetos matrimoniales (art. 57.4 CE, la designación de la Regencia dativa (art. 59.3 CE) y de la tutela regia dativa (art. 60 CE), la proclamación y juramento del Rey, del Príncipe heredero y del o de los Regentes (art. 61 CE).

Atribuciones regias más cercanas a la función legislativa son las de sancionar y promulgar las leyes (art. 62,a CE), convocar y disolver las Cortes Generales (art. 62,b CE), manifestar el consentimiento estatal para obligarse mediante tratados internacionales (art.63 CE) y declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización parlamentaria (art. 63.3 CE).

Todas las potestades constitucionales asignadas a la persona titular de la Corona (incluido el supremo mando de las Fuerzas Armadas que le atribuye el art. 62.h CE) deben entenderse como estrictamente *regladas* para la misma, por lo que no es admisible interpretarlas como manifestaciones *residuales* del viejo *principio monárquico* que reconocía cierta soberanía regia. En este sentido, las decisivas intervenciones

del Rey Juan Carlos I para abortar el golpe militar en 1981, y del Rey Felipe VI para frenar el intento secesionista catalán en 2017 deben ser, a mi juicio, entendidas, no como una suplantación de los poderes constituidos, sino como un ejercicio de las funciones constitucionales de la Corona para instar a dichos poderes a superar graves crisis institucionales mediante medidas de emergencia.

2/ La inconstitucionalidad de las leyes.

Una visión plana de la *división poderes* que sólo contemplase los tres grandes complejos institucionales clásicos, no encontraría explicación para el fenómeno, extendido en el moderno constitucionalismo, de la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, bien por los órganos judiciales (sistema *difuso* o angloamericano de control de la constitucionalidad), bien por un Tribunal Constitucional (sistema *concentrado* o kelseniano de control de la constitucionalidad), con la consiguiente limitación de la potestad legislativa del Parlamento.

La razón de esta limitación se encuentra, desde luego, en la existencia del *poder constituyente* que determina la vigencia y supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico estatal. Pero, esto dicho, no puede ocultarse que la mera existencia de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes supone una crucial limitación del Poder Legislativo, sea por parte del Poder Judicial (en el modelo *difuso*), sea por parte de un Tribunal Constitucional (en el modelo *concentrado*), hasta el extremo de que doctrinalmente se ha afirmado que dicho *control de constitucionalidad* supone atribuir a quien lo desempeña la función de un *legislador negativo*, en cuanto que decide expulsar del ordenamiento jurídico a las normas inconstitucionales.

Esto dicho, es de resaltar que, en el modelo *concentrado*, el Tribunal Constitucional no se integra en el Poder Judicial, sino que es un órgano del Estado global (*Gesamstaat*), en el que también se integra el *poder constituyente* y la *Constitución* que el Tribunal Constitucional está institucionalmente destinado a preservar e interpretar.

3/ El senado-consulta del art. 155 CE.

La crisis secesionista catalana en 2017 y la subsiguiente aplicación, para solventarla, de diversas medidas coercitivas al amparo del art. 155 CE ha desvelado una fuente del Derecho que, hasta entonces, había permanecido inédita en nuestra experiencia constitucional, cual es la decisiva intervención del Senado para aprobar las medidas propuestas por el Gobierno.

Sin duda, el art. 155 CE supone la importación, desde de la experiencia constitucional germana, de un mecanismo de coerción del centro federal (*Oberstaat*) sobre

las instancias descentralizadas (*Gliedstaat*) para solventar crisis conflictuales susceptibles de afectar la estabilidad del Estado global (*Gesamstaat*); pero, aun así, no he dudado en calificar de *senado-consulta* a dicha intervención de la Cámara Alta, debido a la similitud que ofrece con las decisiones senatoriales romanas en momentos de crisis constitucionales (*senatus consultum ultimum*), teniendo en cuenta que el sustantivo latino *consultum* significaba, en dicho contexto, decisión y no consulta o dictamen; y el adjetivo *ultimum* aludía a una situación de emergencia.

Esto apuntado, el *senado-consulta* del art. 115 CE, incide, desde luego, en la concepción clásica de la *doctrina de división de poderes*, en cuanto que, por un lado, sitúa la decisión, no en las Cortes Generales (Parlamento bicameral), ni en el Congreso (Cámara baja), sino sólo en el Senado, como Cámara territorial (art. 69.1 CE); y, por otro, quiebra el *principio de competencia*, que separa los ámbitos constitucionales de actuación del Estado central (*Oberstaat*) y de cada una de las instancias políticamente descentralizadas (Comunidades Autónomas), para penetrar en el ámbito autonómico (*Gliedstaat*) y reconducirlo a la unidad estatal (*Gesamstaat*). Por ello, estimo que debe ser enmarcado entre los poderes constituidos para situaciones de emergencia.

3. Interferencias desde la perspectiva del Poder Ejecutivo.

A) Respecto a su función primaria de ejecutar las leyes.

1/ El sometimiento a la ley y la huída del Derecho administrativo.

La interpretación jacobina de la *doctrina de la división de poderes* se tradujo en una preponderancia del Poder Legislativo al que resulta sujeto el Poder Ejecutivo a través de la dinámica inherente al imperio de la ley que el primero está institucionalmente destinado a aprobar y el segundo a ejecutar.

Corolario de esa dinámica institucional es el *principio de legalidad* por el que el Poder Ejecutivo sólo puede actuar cuando y en la medida en que esté habilitado para ello por las leyes (art. 103.1 CE), a diferencia de la ciudadanía para la cual rige el *principio de libertad* por el que está permitido todo lo que no esté legalmente prohibido (arts. 9.3, 10 y 53 CE).

El *principio de legalidad* se traduce así en una especie de *capacidad de obrar* para el Poder Ejecutivo, en el sentido de que la ley le confiere las potestades precisas para actuar y, en suma, define lo que puede hacer (el *agere licere* del Poder Ejecutivo) en el sentido de que hay que entender que le está vetado todo aquello que no le esté legalmente permitido.

Es obvio que, como ha demostrado la doctrina ius-administrativista, las formas de habilitación de potestades no se limitan a la investidura expresa de una ley, sino que también es posible que el legislador confiera potestades al Poder Ejecutivo mediante *conceptos jurídicos indeterminados* y otros medios de habilitación tácita como son las *potestades discrecionales* para decidir lo más conveniente al interés público en algunos casos de acusado carácter técnico o político.

Ahora bien, que existan variadas formas de habilitación no significa que las mismas puedan configurar sendas *inmunidades de poder*; de suerte que el Poder Ejecutivo resulte libre de controles y responsabilidades. Por ello, el *poder constituyente* sujeta al Poder Ejecutivo a la legalidad (art. 103.1 CE), al control jurisdiccional (art. 106.1 CE), y prohíbe la irresponsabilidad y la arbitrariedad (art. 9.3 CE), de manera que toda actividad emanada del mismo sea enjuiciable para analizar si se ajusta al ordenamiento jurídico y al interés público, sin perjuicio de la amplia discrecionalidad (jurídica, técnica o política) de la que puede disponer en algunos casos.

Este estatuto de sumisión del Poder Ejecutivo al interés público y a la legalidad se asemeja conceptualmente bastante al que en Derecho romano tenían los menores¹²⁰ por lo que el Derecho público y, en concreto, el Derecho Administrativo presenta instituciones, como la Intervención General, que recuerdan el régimen, en el Derecho privado, de la patria potestad o de la tutela de los menores.

Por eso, la pretensión de escapar al sistema jurídico de limitaciones de las potestades públicas (sobre todo en materia de contratación de personal, obras y servicios públicos de todo tipo), a la que se ha denominado *huida del Derecho Administrativo*, puede socavar la *división de poderes* en cuanto que, en rigor, trata de aplicar el estatuto jurídico privado (basado en el *principio de libertad*) a un Poder que, como el Ejecutivo, ha sido concebido bajo el imperio del *principio de legalidad*; por lo que, en suma, dicha pretensión reverdece el intento de los doctrinarios de buscar una nueva *inmunidad de poder*, con el peligro añadido de que dicha *huida* del Derecho Administrativo conduzca al Derecho penal, como se ha demostrado en los casos de corrupción.

Es curioso constatar que, al fenómeno de la *huida del Derecho Administrativo* hacia el Derecho privado, que intenta eludir los controles financieros y de legalidad propios del régimen jurídico-público; corresponda, en sentido contrario, un fenómeno de *huida hacia el Derecho Administrativo* desde el Derecho Laboral, que intenta lograr las mayores garantías de estabilidad en el empleo que ofrece la función pública. Estas tensiones entre libertad y seguridad deben ser resueltas mediante un

¹²⁰ Recordemos que tanto los menores *in potestate* como los magistrados con *potestas* vestían la *toga praetexta*, como símbolo de sumisión a los *patres*, ya fueran estos, en el caso de los menores, sus progenitores o adoptantes o, en el de los magistrados los senadores, también denominados *patres (patria)*.

adecuado funcionamiento de la *división de poderes* para la definición legislativa de los respectivos ámbitos, la prudente ejecución de los mismos y la evitación judicial de los *fraudes de ley*.

2/ La pretendida reserva de Administración.

La *división de poderes* es una doctrina construida sobre la base de sendas *reservas* de actuación: i) por un lado, al Poder Legislativo, le reserva la formidable potestad de aprobar leyes que sean de obligado cumplimiento para todos, de suerte que sólo el mismo puede regular las materias que afecten a los derechos fundamentales de la ciudadanía, estereotipados por la doctrina clásica, en los de *propiedad y libertad (reserva de ley)*; ii) por otro lado, al Poder Judicial, le reserva la no menos formidable potestad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, aplicando las leyes a casos concretos conflictivos que le sean planteados tras un proceso jurisdiccional con todas las garantías (*reserva de jurisdicción*).

Los doctrinarios postularon que, si existían esas sendas *reservas* en favor de los Poderes Legislativo y Judicial, con la misma razón podría construirse una *reserva* en favor del Poder Ejecutivo. De este planteamiento derivan instituciones como los llamados *reglamentos independientes* (que el Gobierno podría dictar sin necesidad de contar con la cobertura de una previa ley que ejecutar o desarrollar) o la *reserva reglamentaria* (por la que existirían ciertas materias sustraídas a la regulación parlamentaria y que sólo podrían ser disciplinadas mediante reglamentos emanados del Poder Ejecutivo).

Estas propuestas atentan también contra la *doctrina de la división de poderes*, puesto que tratan de colocar a los tres Poderes clásicos en un plano de igualdad, cuando la interpretación ortodoxa de dicha doctrina pretende erigir: al Parlamento, en la institución política central; a la ley, en expresión de la voluntad general; y, al Poder Ejecutivo, en estrictamente sujeto a la legalidad.

3/ Los poderes implícitos.

Denominanse *poderes implícitos* a las potestades que han de entenderse conferidas a una entidad por razón de la ley que ha determinado su creación, fines y funciones. La *doctrina de los poderes implícitos* ha fructificado especialmente en el Derecho Internacional público como medio para habilitar a las Organizaciones internacionales de cooperación y, especialmente, a las de integración, de las competencias precisas para cumplir sus finalidades institucionales.

Aplicada al Derecho público interno, esta doctrina se solapa con la clásica de los doctrinarios para reforzar la habilitación competencial de las distintas entidades y

organismos integrados en el Poder Ejecutivo, con el argumento teleológico de que hay que entenderlos habilitados para realizar cuantas actuaciones requiera el logro del sector de interés público para cuya atención han sido creados.

Aunque un uso moderado de esta doctrina, como técnica hermenéutica de los estatutos reguladores de ciertos organismos, puede ser conforme al sentido querido por la legalidad que los ha constituido; la *doctrina de la división de poderes*, en rigor, más que un *sistema de fines* (por el que las entidades deban entenderse habilitadas en función de sus fines institucionales), postula un *sistema de lista* (por el que las entidades no dispongan de más poderes que los que expresamente se les hayan conferido).

La tensión entre el modelo teleológico o *de fines* y el de habilitación expresa o *de lista* se ha manifestado especialmente en el ámbito de la Unión Europea, donde el Tribunal de Justicia hizo una generosa aplicación del sistema de habilitación en función de los fines de construcción europea, hasta que la reforma de los Tratados ha impuesto el *principio de subsidiariedad*, por el que las instituciones comunitarias no deben quedar investidas de potestades cuando las funciones correspondientes puedan ser realizadas más eficazmente por los Estados miembros (arts. 4 y 5 del Tratado de la UE).

En realidad, la *doctrina de los poderes implícitos* no es sino una técnica de relación entre sistemas institucionales de poder; por eso aparece en la formación de los Estados compuestos, tanto si ésta se produce por *integración* (en cuyo caso las instancias centrales se empoderan a costa de las descentralizadas), como si surge por *deconstrucción* (en cuyo caso son las instancias descentralizadas las que se empoderan a costa de las centrales).

Por eso, el sistema constitucional norteamericano, que es un *federalismo de integración*, se ha ido construyendo sobre la base de afirmar cada vez más competencias de la Federación sobre los Estados federados; mientras que el sistema autonómico español, que sigue las pautas del *federalismo de deconstrucción*, se ha construido sobre la base de transferir a las Comunidades Autónomas competencias que antes ostentaba el Estado central.

De ahí que los Estatutos de Autonomía españoles *de tercera generación* hayan incentivado el recurso a la técnica *de listas* competenciales muy detalladas para tratar de frenar en lo posible la tendencia al empoderamiento de los poderes centrales mediante la técnica de los apoderamientos implícitos por razones teleológicas.

Es obvio que corresponde al poder constituyente (directamente o mediante el poder constituido de interpretación constitucional atribuido al Tribunal Constitucional) definir los límites de la interpretación intersistémica que subyace en esta cuestión¹²¹.

¹²¹ Para una perspectiva filosófica general sobre problema hermenéutico, es recomendable la obra de UMBERTO ECO, *Los límites de la interpretación*, trans. Helena Lozano, Barcelona, Lumen, 1992.

B) Respecto a su función segunda de tipo legislativo.

1/ La potestad reglamentaria.

Estamos tan habituados a la constante publicación de reglamentos en los boletines oficiales que no solemos reparar en que la *potestad reglamentaria* del Gobierno es una anomalía si se la considera desde la perspectiva clásica de la *doctrina de la división de poderes*.

En efecto, aprobar un reglamento supone que el Poder Ejecutivo dicta un conjunto de disposiciones generales de carácter obligatorio, esto es, que ha desempeñado precisamente la función normativa que la *doctrina de la división de poderes* reserva al Poder Legislativo.

El origen de la *potestad reglamentaria* se encuentra en la argumentación (propia de la *doctrina de los poderes implícitos*) consistente en defender que, si el Poder Ejecutivo tiene asignada la función de ejecutar las leyes, dicha función requiere, entre otros aspectos, la potestad de desarrollar normativamente dichas leyes. En otras palabras, ejecutar una ley es también desarrollarla mediante reglamentos. El poder constituyente terminó así reconociendo la potestad reglamentaria al Gobierno.

Pero la dinámica del *abuso de poder* demostró pronto, al amparo de la interpretación doctrinaria de la *división de poderes*, que la potestad reglamentaria podía extralimitarse con figuras como los *reglamentos independientes* que el Gobierno podría dictar sin la previa cobertura de una ley o los *reglamentos organizativos* en los que el Gobierno gozaría de una amplia discrecionalidad ya que no tendrían por objeto desarrollar ninguna ley sino sólo organizar los servicios administrativos.

La situación, como antes se ha expuesto, se hizo intolerable en la Francia de la Restauración cuando el Príncipe de Polignac quiso neutralizar mediante reglamentos la labor legislativa de la Asamblea Nacional. La caída de Carlos X enseñó que lucha contra las inmunidades de poder debía convertirse en una tensión permanente.

En la actualidad, la doctrina ius-administrativista es cada vez más crítica con una expansión indebida de la potestad reglamentaria y ha formulado estrictos límites a los reglamentos para reducirlos a los ejecutivos o en desarrollo de leyes, proscribir los reglamentos independientes, exigir una clara cobertura legal a los textos reglamentarios y limitar la potestad reglamentaria de los Ministros y otros órganos, uni o pluripersonales, de rango jerárquico inferior al del Consejo de Ministros a los aspectos concretos para cuyo desarrollo tales órganos hayan sido habilitados expresamente

por una ley parlamentaria o por un reglamento aprobado por dicho Consejo¹²²; e incluso para criticar el empleo de la potestad reglamentaria por los Gobiernos *en funciones*¹²³.

2/ La legislación delegada.

Una aplicación estricta de la *doctrina de la división poderes* convierte a éstos en exclusivos y excluyentes, de suerte que el ejercicio de los mismos no resulte delegable en órganos pertenecientes a un Poder diferente. Así, por ejemplo, la función legislativa tendría que ser ejercida, en todo caso y únicamente, por el Parlamento, sin posibilidad de que éste la delegue en el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, cuando los Parlamentos debieron legislar sobre materias especialmente profusas, complejas o que requieren conocimientos especializados se abrió paso la idea de delegar esa legislación en el Gobierno, que cuenta con personal capacitado o puede contratarlo al efecto.

Así sucedió especialmente en el caso de la *codificación*, íntimamente ligado, como es sabido, al *constitucionalismo*. En efecto, las dos grandes realizaciones revolucionarias en el ámbito normativo fueron *la Constitución y el Código* (sobre todo, el civil, el mercantil, el penal y el procesal). Ambas se plasmaban en textos normativos de los que se esperaba claridad y seguridad pues eran reputadas los arquetipos normativos de la defensa de los grandes valores de la libertad y la propiedad.

La *Constitución* comenzó siendo un texto prácticamente reducido a la hoy denominada *parte orgánica* (limitada a diseñar la estructura institucional del Estado y

¹²² Así, la denominada *doctrina de la doble habilitación* exige que, para admitir la potestad reglamentaria de los órganos del Poder Ejecutivo inferiores jerárquicamente al Consejo de Ministros (o al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas) dichos órganos cuenten no sólo con la habilitación genérica que supone la norma legal que les reconozca la potestad reglamentaria, sino también con la habilitación específica que, para desarrollar un aspecto concreto, les atribuya expresamente otra norma sectorial con rango de ley o de reglamento aprobado por dicho Consejo. La razón justificativa de esta doctrina limitante es que dichos órganos (al no haber sido designados por el Parlamento, sino por el Presidente del Gobierno o por los Ministros) gozan de una legitimidad democrática de grado tanto menor cuanto su nombramiento más se aleje de la soberanía popular (única fuente de la legitimidad democrática de primer grado). Este mismo razonamiento es, por lo demás, el que justifica la sumisión de los reglamentos gubernamentales a las leyes parlamentarias.

¹²³ La amplitud de las potestades ejecutivas se reduce en la situación del Gobierno *en funciones* porque la misma deriva de la disolución del Parlamento que le prestó confianza y, hasta la constitución de un nuevo Gobierno que goce de la confianza del Parlamento que surja de las elecciones, sólo puede ejercer facultades de mera gestión de asuntos ordinarios, pero no ejercer la iniciativa legislativa, hacer uso de delegaciones legislativas, ni decidir asuntos de especial trascendencia política, económica o social o que condicionen las que pueda tomar el nuevo Gobierno cuando tome posesión. Con estos criterios, la potestad reglamentaria sólo puede ser ejercida en el periodo en funciones sin afectar a la *división de poderes*, si se justifica de forma expresa su urgencia y necesidad o su transitoriedad o neutralidad futura.

garantizar la división de poderes), adquirió más complejidad cuando incorporó una *parte dogmática* (destinada a recoger las declaraciones de derechos humanos, que comenzaron siendo textos parlamentarios extra-constitucionales); pero, aun así, la Constitución seguía siendo un texto formal, compendioso y clarificador, en comparación con los viejos fueros que contenían, de forma dispersa y confusa, la Constitución material del Régimen absolutista.

El *Código* requería una labor normativa mucho más compleja. No se trataba de enunciar los grandes principios políticos revolucionarios (libertad, igualdad, solidaridad), sino de reducir a un único texto legal, de forma clara y con seguridad jurídica, las normas que asegurasen a los ciudadanos la propiedad privada (Código civil), la seguridad de las transmisiones (Legislación hipotecaria y notarial), la libertad personal (Código Penal), la seguridad del estado civil (Legislación registral civil y matrimonial), la libertad mercantil (Código de Comercio) y las garantías jurisdiccionales (Códigos procesales civil y penal); materias todas ellas que, en el Antiguo Régimen, estaban reguladas en cuerpos legales y repertorios de usos y costumbres variopintos, inseguros, prolijos y, frecuentemente, inaccesibles e incomprensibles para la ciudadanía.

La *codificación* era necesaria, pero su realización era muy dificultosa y exigía profundos conocimientos de la tradición jurídica de cada Estado y de las diferentes instituciones que debían ser codificadas o reguladas de otra manera para adaptarlas a los principios revolucionarios. Ante la dificultad de acometer esa ingente labor en las Cámaras parlamentarias, se optó por delegarla en el Poder Ejecutivo. Nació así la legislación delegada.

La justificación de esta delegación, contraria a la *división de poderes* se encontraba el principio deóntico de que *quien puede lo más* (como era legislar sobre una materia en el Parlamento), *puede lo menos* (como era delegar esa legislación en el Poder Ejecutivo), siempre que se impusieran al delegado límites (también basados en el mismo razonamiento y en la lógica institucional del contrato de mandato no representativo), como : i) que el Poder Ejecutivo ajustase la legislación delegada a las *bases* que el Poder Legislativo le fijase en una, por eso, llamada “ley de bases” (semejante a las instrucciones del mandante al mandatario); ii) que el Poder Legislativo se reservase la aprobación u incluso otras medidas de *control* posterior de la legislación delegada propuesta por el Poder Ejecutivo (semejante a la ratificación *-ratiohabitio-* del mandante de lo hecho por el mandatario); y iii) que el Poder Judicial, aunque la legislación delegada tuviese valor de ley, pudiera expulsar del ordenamiento jurídico la que se hubiera dictado *ultra vires*, es decir, excediendo de los límites de habilitación delegados por el Poder Legislativo (expresión tomada de la reducción de las disposiciones de última voluntad que excedan del caudal relicto, *ultra vires hereditatis*).

Estas cautelas permitieron la aprobación (durante el siglo XIX y primeros años del siglo XX) de los grandes Códigos en los Estados europeos, mediante la técnica de la legislación delegada.

El *constitucionalismo* más perfeccionado, al que pertenece, sin duda, la Constitución española de 1978, ha resuelto esta cuestión mediante una decisión por la que el poder constituyente (cfr. arts 82 y 83 CE): i) recoge la *legislación delegada*, mediante la cual el Poder Ejecutivo puede aprobar unas normas especiales, los *Decretos legislativos*, así llamados por proceder del Gobierno (*Decretos*), pero no ser *reglamentos*, sino tener rango y valor de ley (*legislativos*); ii) limita su objeto a refundir normativa dispersa (*textos refundidos*) o a regular ordenadamente una materia según las bases señaladas por el Parlamento (*textos articulados*); y iii) sujeta su ejercicio a estrictos criterios previos (leyes parlamentarias *de delegación*) y posteriores (leyes parlamentarias *de aprobación*).

3/ *La legislación asumida.*

Hemos notado anteriormente cómo el *poder constituyente* adopta una especial configuración en situaciones de especial gravedad según criterio *salus populi suprema lex esto*. Pero, incluso en situaciones de normalidad constitucional, advienen necesidades extraordinarias que requieren una rápida y eficaz respuesta normativa que, por su especial régimen de funcionamiento parlamentario, el Poder Legislativo no puede prestar, a diferencia del Poder Ejecutivo que presenta una estructuración más pretoria y apta para reacciones rápidas e incluso, si es necesario, fulminantes.

En estos casos, el Gobierno, sin delegación previa alguna del Poder Legislativo, asume la función legislativa dictando la, por eso, denominada, en Derecho Constitucional Comparado, *legislación asumida* o también potestad de dictar *ordenanzas de necesidad*.

Por supuesto, no se trata de reaccionar frente a situaciones extraordinarias mediante normas de rango reglamentario, sino a través de disposiciones con rango y valor de ley, esto es, susceptibles de afectar a los derechos de la ciudadanía (paradigmáticamente simbolizados en los de propiedad y libertad) y sacrificarlos o limitarlos en aras del interés general comprometido por la situación urgente o extraordinaria que se trate de abordar. En nuestra tradición constitucional, estas normas se denominan *Decretos-leyes* (*Decretos*, porque no emanan del Poder Legislativo, sino del Ejecutivo; y *leyes*, no sólo porque no tienen rango reglamentario, sino de ley, sino también porque, a diferencia de los *Decretos legislativos*, no proceden de una previa delegación parlamentaria de la función legislativa o *legislación delegada*, sino que expresan una *legislación asumida* por el Gobierno para subvenir a casos urgencia o necesidad).

Si, como se ha indicado, la *potestad reglamentaria* y la *legislación delegada* contradicen, de por sí, la *doctrina de la división de poderes*, más aún lo hace la *legislación asumida*. De ahí que el constitucionalismo más evolucionado haya resuelto también esta cuestión mediante una decisión del poder constituyente (cfr. art. 86 CE) por la que se reconoce la existencia de la misma, pero sujetándola a límites precisos para que no se convierta en una nueva válvula de escape de la disciplina que la *división de poderes* supone frente al abuso y la inmunidad del poder.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional ha perfilado aún más este instrumento legislativo para controlar los parámetros que le sirven de justificación constitucional, como la urgencia o la necesidad, la transitoriedad de las medidas y su incardinación en el ordenamiento, mediante los mecanismos constitucionales previstos al efectos, tales como la convalidación, la derogación y la tramitación ulterior de los Decretos-leyes como leyes parlamentarias ordinarias.

4/ Los poderes de disolución del Parlamento.

La legitimidad democrática de primer grado de la que, por virtud de su elección popular, goza el Parlamento no puede durar de forma permanente, pues la voluntad general requiere renovarse mediante la periódica celebración de elecciones parlamentarias.

De ahí que el constitucionalismo derivado de la *doctrina de la división de poderes* sujete a un estricto calendario la duración de la *legislatura* (tiempo asignado al mandato representativo de los parlamentarios electos en orden a que aprueben leyes en el Parlamento respectivo), que se traduce en una precisa fijación de las fechas de constitución y disolución de las Cámaras y de celebración de las elecciones, escrutinio de las votaciones, proclamación y toma de posesión de los parlamentarios electos.

Ahora bien, la disolución del Parlamento no sólo puede advenir por el transcurso del tiempo asignado a cada legislatura, sino también por el efecto de los mecanismos de confianza que fundamentan las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, por virtud de los cuales el Ejecutivo depende de la confianza del Legislativo, quien puede derribarlo aprobando una moción de censura o denegando una de confianza; pero no puede hacerlo sin consecuencias pues, como medida de equilibrio institucional, se admite que el Ejecutivo pueda disolver el Parlamento y convocar nuevas elecciones.

Esta potestad de disolución y convocatoria electoral es, en efecto, un contrapeso gubernamental frente a las mociones con las que el Parlamento puede denegar la confianza y derribar al Gobierno.

Por esto, esta potestad de disolución debe ser reputada también como una de las instituciones implicadas en los potenciales conflictos entre Poderes, por más que se encuentre generalmente regulada con detalle por el poder constituyente (cfr. p.e. los arts 108-115 CE).

5/ Las potestades parlamentarias del Gobierno.

A las potestades del Ejecutivo en el Parlamento antes citadas (iniciativa legislativa, presencia del Gabinete en el *banco azul*, disolución de las Cámaras), siguieron otras que fueron acuñadas en la práctica de las sesiones y terminaron recogidas en los Reglamentos de las Cámaras y, para evitar dudas sobre su incidencia en la *doctrina de la separación de poderes*, en los textos constitucionales, como decisiones del poder constituyente.

Tal es el caso: i) de los derechos de los miembros del Gobierno de asistir a las sesiones parlamentarias e intervenir en ellas (cfr. p.e. el art. 110 CE); y ii) del derecho de veto del Gobierno a la aprobación de enmiendas o proposiciones de ley que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios (cfr., art. 134.3 CE).

La *doctrina de la división de poderes* reclama que todas estas potestades parlamentarias del Gobierno, para no devenir abusivas, deban ser entendidas como funcionales, esto es, sólo admisibles en función y en la medida de la finalidad de interés general con ellas pretendidas.

6/ El TMP compartido con el Parlamento.

En Derecho Internacional Público se denomina TMP (*treaty making power*) o *ius contrahendi* a la potestad estatal de celebrar tratados internacionales con otros Estados, Organizaciones internacionales y sujetos con personalidad jurídica internacionalmente reconocida. Esta potestad es inherente a la personalidad jurídica internacional del Estado y procede de la primigenia de declarar la guerra (*ius ad bellum*) y, más exactamente, de otra, también ancestral pero derivada de la anterior, cual es la de enviar legados (*ius legationis*) y firmar la paz (*ius ad pacem*), pues es obvio que el *ius belli ac pacis* conforma un bloque por cuanto el fin de la *guerra justa*¹²⁴ es la instauración de la paz (*pace making*).

¹²⁴ El Derecho Internacional Público (DIP) se funda en la tácita convención de que sólo es admisible la **guerra** que sea **justa** por reunir las siguientes clásicas condiciones: i) *legitima potestas*: ser declarada por un autoridad pública legítima internacionalmente reconocida; ii) *iusta causa*: preceder una causa justificativa, admitida por el DIP como *casus belli*; iii) *recta intentio*: presentar una intención justa por parte del que declara la guerra; iv) *ultima ratio*: ser la guerra el último medio disponible para hacer justicia; v) *iustus inis*: tener como finalidad el logro de la paz; y vi) *proportionalitas et humanitas*: ser en todo proporcional y coherente con la justa causa presentada, el justo fin pretendido y la recta intención manifestada y desarrollarse conforme a las reglas humanitarias internacionales del Derecho sobre la guerra (*ius in bello*).

Ahora bien, como quiera que el TMP se refiere al Estado global (*Gesamstaat*), que es quien ostenta la personalidad jurídica internacional de la que deriva, los órganos estatales a quienes se atribuya su ejercicio no quedan investidos al efecto en razón de su pertenencia a uno de los tres clásicos Poderes constituidos, sino en virtud de una habilitación expresamente conferida por el poder constituyente, por lo mismo que, al ejercerlo, *im-personan* a dicho Estado global (*Gesamstaat*) y no a los Poderes Ejecutivo o Legislativo de las instancias centrales (*Oberstaat*) o descentralizadas (*Gliedstaat*). Por ello, Locke y otros primitivos teóricos de la *división de poderes* aludieron a un pretendido *poder federativo* (de *foedus*, tratado internacional) para explicar la dinámica del *TMP*.

Esto señalado, el poder constituyente, en Derecho constitucional comparado, suele distribuir el *TMP* entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. mediante las técnicas de la reserva de materias y la distribución de competencias. Así, p.e, *ex art.* 94 CE, se atribuye, al Gobierno, la *manifestación* del consentimiento del Estado para obligarse mediante Tratados (art. 16 de la Ley estatal española 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Acuerdos internacionales) y, al Parlamento, la prestación de la *previa autorización*, para prestar el consentimiento del Estado para obligarse mediante Tratados, cuando estos revistan carácter político, militar o financiero o afecten a la integridad territorial, a los derechos y deberes fundamentales o supongan la modificación, derogación o aprobación de leyes.

7/ La potestad convencional.

Sabido es que, como establece el art. 1089 del Código civil, las obligaciones nacen, por supuesto, *de la ley*, pero también *de los contratos*, de los *cuasi-contratos* y de los actos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Se recoge así una vieja tradición romanística que cifraba las fuentes de las obligaciones en la *lex*, los *contractus* (incluyendo la responsabilidad contractual), los *quasicontractus* (como la gestión sin mandato, el cobro de lo indebido o el enriquecimiento sin causa), los *delicta* (en rigor, la ley y la responsabilidad penales) y los *cuasidelicta* (en rigor, la responsabilidad extracontractual); fuentes todas ellas que, en definitiva, se reconducen a la *voluntad* inherente a la ley (por eso se habla de *imperium* o *voluntas legis* o de *voluntas legislatoris*), y a la contratación (por eso es fundamental la voluntad y el consentimiento de los contratantes para que exista un contrato), pero que también está presente en los *cuasicontratos* (donde se aprecia una voluntaria espontaneidad en la acción efectuada que genera responsabilidad y obligación de devolver) y en la *responsabilidad extracontractual* (en cuanto que la obligación de resarcir exige una previa culpa o negligencia en la causación del daño, al que, por eso, los juristas romanos, partiendo de la *Lex Aquilia*, denominaban *dannum iniuria datum*).

Aplicando este esquema al Estado, resulta que la precedente consideración sobre el *TMP*, que se mueve en el ámbito internacional del Estado, resulta prodrómica de la

existencia, también en el ámbito interno del Estado, de una fuente de obligaciones estatales distinta a la ley, cual es la aprobación de *convenios* celebrados entre, por un lado, los órganos de los diferentes Poderes del Estado habilitados para concluirlos; y, por otro, personas o entidades, públicas o privadas, para fines de interés público.

La razón de ello es que la *potestad convencional*, esto es, de celebrar convenios, es, en principio, una manifestación de la voluntad inherente a la personalidad jurídica. En el Estado, dicha personalidad luce, en el ámbito internacional, como el precitado *TMP* que se refiere a la personalidad jurídica internacional del Estado en sentido global (*Gesamstaat*), en nuestro caso predicable del *Reino de España* (denominación oficial del Estado español en el ámbito internacional, según el art. 8 de la Ley 25/2014). Pero, en el ámbito interno, sólo está reconocida expresamente, en el Poder Ejecutivo, a cada una de las Administraciones públicas, incluida la local y los entes institucionales o corporativos (art. 3.4 de la Ley estatal 40/2015, de 1 de octubre, del Sector público), esto es, no a los supremos órganos de gobierno, ni a los diferentes Departamentos u órganos inferiores activos, consultivos o fiscalizadores, como tampoco al Poder Judicial y sus distintos juzgados o tribunales, ni al Legislativo y sus distintas Cámaras u órganos parlamentarios.

Sin embargo, la potestad convencional se reconoce legislativamente a determinadas organizaciones que, sin tener personalidad jurídica, gozan de autonomía orgánica y funcional, como son los órganos de gobierno del Poder Judicial o de las Cámaras parlamentarias o, en el ámbito del Poder Ejecutivo, algunos órganos consultivos fiscalizadores. Por eso, la normativa sobre contratos del sector público, siguiendo pautas comunitario-europeas, más que a las Administraciones, alude a los poderes adjudicadores de contratos, para sujetar toda la actividad contractual pública a una disciplina uniforme (cfr, el art. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público)

Esto dicho, es obvio que las obligaciones dimanantes de convenios de todo tipo vinculan a los Poderes públicos que los han suscrito y que, si bien tales convenios no pueden infringir la legalidad formal (con rango de ley o de reglamento) que establece el régimen competencial, financiero y jurídico-general aplicable (cfr. arts. 47 y 48 de la Ley estatal 40/2015), sin embargo son fuentes de normatividad que, por lo que ahora interesa, no procede del ejercicio de la función legislativa del Poder Legislativo ni de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, por lo que puede constituir una válvula de escape para el estricto control del abuso de poder que se propone la *doctrina de la división de poderes*, razón por la cual la legislación ha comenzado a regular el ejercicio de esta *potestad convencional* (cfr. las cit. Leyes estatales 25/2014, 40/2015 y 9/2017) y ello, a veces, incluso con nivel constitucional, como es el caso, entre nosotros, de los Convenios entre Comunidades Autónomas (art. 145 CE).

C) Respecto a su función segunda de tipo judicial.

1/ *La jurisdicción contencioso-administrativa.*

La *división de poderes*, en su versión anglosajona, admite e incluso postula decididamente que la Administración y sus actos puedan ser enjuiciados por los órganos judiciales ordinarios, sujetándose, por tanto, a un régimen procesal de *judicial review* similar al de la ciudadanía; pues la revolución inglesa del s. XVII sólo trató de limitar el poder ejecutivo regio con el Derecho (*rule of law*), sin cuestionar el prestigio histórico de la judicatura en la creación (*judge made law*) y aplicación general del *common law*.

Sin embargo, tal posibilidad es negada en la versión europeo-continental de la *división de poderes*, derivada de la revolución francesa del s. XVIII que, tratando de eliminar el denostado predominio de los Parlamentos judiciales del Antiguo Régimen, instauró el postulado contrario o de *inmunidad jurisdiccional* de la Administración, o según el cual ésta emana actos ejecutivos (porque es poder, concretamente, Poder Ejecutivo), los cuales no pueden ser judicialmente revisados; si bien, para evitar el abuso de poder a que tal inmunidad se prestaría, el genio jurídico de Napoleón ideó un sistema (el *règime administratif*) para que tales actos pudieran ser enjuiciados, con formas judiciales, por órganos también integrados en el Poder Ejecutivo.

Nació así la denominada *vía* o *jurisdicción contencioso-administrativa*, residenciada, como órgano central, en el *Conseil d'Etat* (Consejo de Estado) y, como órganos periféricos, en los Consejos de Prefectura. Se trataba de un modelo de jurisdicción *retenida* en el sentido de que el Poder Ejecutivo conservaba los viejos privilegios pre-revolucionarios de auto-tutela y auto-enjuiciamiento, pero separando, institucional y procedimentalmente, por un lado, los órganos administrativos *de gestión* y, por otro, los órganos administrativos *de revisión*, para dotar a éstos últimos de un estatuto de independencia, orgánica y funcional, similar a la del Poder Judicial.

La confluencia entre ambas formas de entender la división de poderes se produjo especialmente en España, tras la revolución de 1868, cuando los liberales, que habían contemplado en Inglaterra las virtudes del modelo judicial anglosajón, regresaron del exilio, potenciaron el Poder Judicial español mediante la aprobación de su primera Ley Orgánica en 1870, judicializaron la vía contencioso-administrativa (que los moderados, siguiendo el modelo francés, habían atribuido al Consejo de Estado y a los Consejos provinciales) y propiciaron, en suma, por un lado, la conversión del Consejo de Estado en una instancia meramente consultiva; y, por otro, la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa como un orden judicial ordinario integrado en el Poder Judicial y especializado en la revisión de la legalidad de las actuaciones ejecutivas previamente realizadas por el Poder Ejecutivo.

2/ Las potestades administrativas de autotutela.

En el modelo continental, el Ejecutivo, en cuanto que es una institución de poder político, dicta actos que, a diferencia de los que adoptan los particulares, están revestidos de *imperium* y, por tanto, son ejecutivos, sin necesidad de acudir, como los particulares, a los órganos del Poder Judicial, para recabar de los mismos un título de poder político (en este caso, judicial) que permita su declaración y ejecución.

A este efecto (que es un privilegio, desde la perspectiva de los particulares) se le denomina *auto-tutela* y tiene una doble vertiente: i) la *declarativa* (por el que los órganos administrativos pueden declarar por sí mismos la posición jurídica de la Administración pública, a diferencia de los particulares que tienen que acudir para ello a los órganos judiciales; y ii) la *ejecutiva* (por la que dichos órganos administrativos pueden también llevar a efecto sus propios actos, a diferencia de los particulares que deben acudir al efecto a los órganos judiciales). Por supuesto, todo ello sin perjuicio de una posterior revisión, en vía contencioso-administrativa (de jurisdicción *especializada* en el sistema español; o de jurisdicción *retenida*, en el sistema francés) de lo previamente declarado y ejecutado por la Administración.

Por ello, en el modelo continental, es perfectamente posible que el Poder Ejecutivo actuante en la vía administrativa instaure una o más instancias *de recurso administrativo* que los particulares afectados en su esfera jurídica por un acto administrativo pueden interponer contra el mismo, ante órganos, también administrativos, pero jerárquicamente superiores. El sistema de recursos jerárquicos supone una nueva manifestación de la *auto-tutela* administrativa por la que se difiere la plena eficacia del acto hasta que devenga definitivo por agotamiento de la vía de recurso administrativo o por renuncia a la misma.

3/ Los Tribunales administrativos.

Una vez instaurada la vía administrativa de recursos jerárquicos, la práctica administrativa demostró que ciertos sectores del interés público, por sus peculiaridades conflictivas, presentan una especial densidad de reclamaciones que las hacen acreedoras de decisiones ágiles e imparciales, como es el caso de los actos en materia tributaria (por implicar una pretensión sobre la procedencia del pago de una deuda dineraria como es la tributaria), deportiva (por implicar una pretensión sobre actividades regladas pero esencialmente competitivas), hídrica (por implicar una pretensión sobre regadíos u otros aprovechamientos de un recurso escaso y de amplia demanda, como es el agua) o marítima (por versar sobre eventos dañosos como los abordajes), entre otras.

En tales sectores de la actividad administrativa, fueron, así, surgiendo órganos especializados en la tramitación y resolución de reclamaciones, de suerte que la *vía*

administrativa quedó, en tales sectores, dividida en, por un lado, la *vía de gestión* y, por otro, la *vía de reclamación*. El ejemplo paradigmático de esta consecuencia orgánica y funcional es la denominada, entre nosotros, *vía económico-administrativa*, en la que, contra los actos de gestión dictados por la Administración tributaria actuante, se admite reclamar ante los órganos (en ocasiones, denominados *Tribunales*, aunque son *administrativos*) cuyas resoluciones agotan la *vía administrativa* y son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero también hay otros¹²⁵.

En suma, frente a la rígida atribución en exclusiva al Poder Judicial de la función de juzgar, postulada por la interpretación clásica de la *doctrina de la división de poderes*, en la práctica (tanto del modelo anglosajón como del continental), comenzaron a surgir órganos administrativos especializados en sustanciar, conocer y resolver reclamaciones formuladas por los ciudadanos en materias sectorialmente caracterizadas, como son las de tipo tributario, deportivo, hídrico o marítimo, entre otras.

El origen institucional de estos órganos administrativos especializados en la resolución de reclamaciones se encuentra en la lógica deóntica que emana del principio de auto-tutela, a su vez, paradójicamente enlazado con la *división de poderes*.

En efecto, pudiera parecer que la aparición de estos *Tribunales administrativos* fuera una derivación más de la peculiar interpretación francesa de la *doctrina de la división de poderes*, ya que, en la interpretación anglosajona, corresponde al Poder Judicial el enjuiciamiento de la Administración que, al igual que los particulares, queda sujeta al *common law*.

Sin embargo, lo cierto es que, en los mismos o parecidos sectores que en el modelo francés, han ido surgiendo Tribunales administrativos, ciertamente no por disposición del tradicional *common law*, sino en virtud de normas legales imperativas (*statute law*) que los han conservado o creado y regulado y que incluso han dotado a los actos administrativos previos de una ejecutividad semejante a la del sistema continental, mediante medidas como las multas coercitivas y otros estímulos ejecutivos.

¹²⁵ Así, entre otros, los *Tribunales* deportivos, como son los *Comités de Competición* (antes, *Jueces únicos*) y el *Comité de Apelación* (en cada Federación deportiva) y el *Tribunal Administrativo del deporte* (que no debe ser confundido con el *Tribunal Arbitral del Deporte*, TAS, por sus siglas inglesas, de ámbito internacional); los *Jurados de riegos* (en algún caso, también denominados *Tribunales*, como el tradicional *de las aguas de Valencia*) o, en cuestiones marítimas los *Consejos y Auditores arbitrales marítimos* que han sustituido al *Tribunal Marítimo central* y a los *Juzgados marítimos permanentes* que, a su vez, sustituyeron a los antiguos *Tribunales de presas* y del *Almirantazgo* (tomados de la tradición anglosajona). En el ámbito aduanero, existieron también los luego suprimidos *Tribunales de contrabando* y el *Juzgado de delitos monetarios*.

4/ *Los aforamientos.*

Una de las instituciones del Antiguo Régimen más denostadas por los revolucionarios de finales de los siglos XVII y XVIII era, sin duda, el *privilegio de fuero*, por el que la competencia de los órganos judiciales se dilucidaba en función de la calidad de las personas, de suerte que nobles, eclesiásticos, comerciantes, universitarios o militares, entre otras categorías sociales privilegiadas, quedaban sustraídos al enjuiciamiento por los órganos judiciales ordinarios y sujetos únicamente al de órganos judiciales especiales.

Por ello, la *unificación de fueros*, la prohibición de jurisdicciones especiales y la creación de una única jurisdicción ordinaria, con jueces predeterminados por la ley en función de una competencia definida, no por razón de las personas, sino sólo de la materia, la cuantía o el procedimiento, fue una constante revolucionaria del primer constitucionalismo, que sigue manteniéndose como una exigencia de la igualdad ante la ley.

Sin embargo, el poder constituyente y el Legislativo han mantenido diversas excepciones a este criterio general, para atribuir el enjuiciamiento de algunas altas categorías de mandatarios políticos a órganos judiciales dotados de una competencia funcional superior a la de los jueces ordinarios que, sin tales excepciones constitucionales, hubieran debido enjuiciarlos. A tales excepciones, se las denomina, por inercia histórica, con la antigua denominación de *aforamientos*.

En el Estado autonómico español, se reconoce el aforamiento de diputados y senadores a la Sala de lo penal del Tribunal Supremo (art. 71.4 CE) y disposiciones semejantes lucen en los distintos Estatutos de Autonomía para los respectivos parlamentarios, así como en la legislación estatal y autonómica para otros altos cargos. Los *aforamientos*, según han sido desarrollados por las normas rituarías y la jurisprudencia que las aplica, producen un efecto de *vis atractiva* por la que, para evitar la *división de la continencia de la causa*, arrastran hacia el órgano judicial la cognición de todo proceso en el que resulte afectado un aforado, mientras conserve tal condición, razón por la que el aforamiento tiene un efecto reflejo de alteración de la competencia para todas las partes procesales.

Sin entrar en la rica problemática socio-política, procesal y jurisprudencial que generan y que se ha traducido en una crítica de esta institución en el marco de diversos y ruidosos procesos por corrupción, bástenos ahora destacar que se ha tratado de justificar el *aforamiento* como una medida de refuerzo de la posición institucional de los aforados en cuanto que miembros de uno de los tres clásicos Poderes; en suma, como una garantía complementaria de la *división de poderes*

El aforamiento, por sí mismo, no lesiona el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), pero la norma que determina el aforamiento limita la libertad del Poder Legislativo para configurar la ordenación de competencias en el Poder Judicial, lo cual imposibilita un tratamiento uniforme de las reformas en esta materia pues, si tal limitación ha sido impuesta por una ley formal, es sólo una auto-restricción (*self-restraint*) que el Parlamento puede derogar mediante otra ley formal posterior (en su caso, una ley orgánica); lo cual no es posible si dicha limitación ha sido impuesta por el poder constituyente, pues entonces, para eliminarla, se precisaría una reforma constitucional.

Por ello, entiendo que, más bien, la crítica a esta institución no responde tanto a la *división de poderes* o al *derecho fundamental al juez ordinario* cuanto a la lógica deóntica derivada del principio de igualdad, que exige una justificación razonable de las desigualdades, en el bien entendido de que, en este caso, no se trata de la igualdad “ante” la ley (es decir, la exigible al aplicar la ley que establece el aforamiento), sino de la igualdad “en” la ley (es decir, la exigible al redactar la ley que establece el aforamiento), lo que reconduce la polémica a la cuestión de si existen o no razones suficientes que justifiquen la desigualdad que el aforamiento supone.

5/ La potestad sancionadora general.

La potestad de imponer sanciones a consecuencia de infracciones cometidas pertenece, según la clásica *doctrina de la división de poderes*, al Poder Judicial en cuanto que implica un acto de aplicación, a un infractor, de la previa ley que tipifica la infracción cometida, esto es, una aplicación del *principio de legalidad penal* (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*), por el que no puede castigarse ningún delito sin que el mismo haya sido tipificado por una ley anterior a su comisión¹²⁶.

Sin embargo, pronto se reconoció, al Poder Ejecutivo, la potestad de sancionar infracciones cometidas por personas que le estaban vinculadas por una *relación de sujeción especial*, en concreto por la relación de servicios de sus propios funcionarios, sobre todo los militares. Enseguida se argumentó que, por la misma razón, debía ser reconocida y aplicada a otras situaciones de especial vinculación al Ejecutivo, como los enfermos internados en hospitales públicos, los alumnos de centros educativos públicos y los reclusos en instituciones penitenciarias, mediante simples habilitaciones en los estatutos o reglamentos de régimen interior de los respectivos establecimientos.

¹²⁶ Aunque el *principio de legalidad penal* puede rastrearse en algunos fragmentos de Ulpiano, recogidos en *Digesto* 50.16.131.1; en una Constitución imperial de Honorio y Arcadio, recogida en *Codex* 9.47.22.pr; en una ley de Recesvinto, insertada en *Fuero Juzgo* 2.1.11; y en un *dictum* de Dino de Mugello, recogido la *regula* 4.4 de *Decretales* X.5.41.6; su operatividad moderna deriva de las obras de penalistas como C. Beccaria y P.J.A. von Feuerbach, habiendo sido recogido en todas las grandes Declaraciones de derechos humanos y Constituciones democráticas; así, por todas, en los arts. 9.3 y 25.2 CE.

El siguiente paso fue el reconocimiento, al Poder Ejecutivo, de una potestad sancionadora para con los ciudadanos que, sin estar vinculados al mismo por una *relación de sujeción especial*, quedasen afectados por la legislación cuya ejecución le estuviese atribuida, lo cual equivalía a proyectarla también a las *relaciones de sujeción general*, esto es, a las que derivan simplemente del sometimiento a la normativa aplicable en cada sector del interés público.

En otras palabras, la potestad sancionadora se construyó como una derivación deónica de la *doctrina de la división de poderes*, entendiéndola como inherente a la función ejecutiva atribuida al Gobierno y a la Administración.

Esta interpretación, legitimadora y expansiva, alcanzó su cumbre cuando, por influencia de los doctrinarios, trató de distinguirse el *principio de legalidad penal* (que sólo afectaría al Poder Judicial y al denominado *ius puniendi* del Estado, esto es, en rigor, a la potestad legislativa estatal para tipificar delitos y penas), de la *potestad sancionadora* (que el Ejecutivo ostentaba sobre la ciudadanía vinculada al mismo en virtud de relaciones de sujeción especial o general), con la consecuencia de quedar dicho Poder Ejecutivo sustraído, en su ejercicio, a las severas limitaciones derivadas del *principio de legalidad penal*, de suerte que el Ejecutivo podría sancionar, aun sin una previa y clara tipificación de las correspondientes infracciones y sanciones.

Este planteamiento suponía reverdecer el abuso e inmunidad del poder que la *doctrina de la división de poderes* trataba de evitar, por lo que, como se vivió en la España de los primeros años de vigencia de la CE, hubo que reivindicar que los principios (materiales, procesales y jurisprudenciales) aplicables en el ámbito penal (de los delitos y penas), tal y como han sido entendidos por los grandes textos internacionales de derechos humanos y por la tradición democrática de los Estados constitucionales, son también aplicables a la potestad sancionadora de la Administración, tanto en relaciones de sujeción especial como general, sobre todo en los sectores más sensibles, como las actuaciones policiales y tributarias.

6/ La gracia de indulto.

El indulto es una medida de gracia (contemplada en el art. 62,i) CE para excluir los de carácter *general*) que el Consejo de Ministros puede proponer al Rey para, mediante Real Decreto, remitir todas algunas penas impuestas a un condenado por sentencia judicial firme. Por tanto, a diferencia de la *amnistía* (que es causa de extinción *del delito* por ministerio de una ley aprobada por el Parlamento), el indulto es causa de extinción, no del delito, pero sí *de la pena* judicialmente impuesta, por lo que afecta la *división de poderes* en cuanto que, mediante el indulto, el Poder Ejecutivo levanta la pena impuesta por el Poder Judicial en aplicación de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado que constitucionalmente le corresponde.

Desde una perspectiva teórica general, el *indulto* no es un *privilegio* (ley particular favorable a una persona), ni una *dispensa* (inaplicación de una norma general aplicable a un caso concreto en el que, a juicio de la autoridad pública dispensante, concurren circunstancias especialmente previstas en la ley que la permite), sino un *beneficio* (una situación favorable a la que no se tiene derecho, sino que es conferida por el poder público *especial* (en el doble sentido de que no puede ser general -por interdicción constitucional expresa-, pero puede no ser *rogado* a instancia de parte, sino conferido *de oficio*) y referido, no al *delito* (cuya tipificación y apreciación judicial no se altera), sino a la *pena* (la validez de cuya imposición judicial no cuestiona, pero cuya eficacia penitenciaria remite, operando como una condonación o perdón de su cumplimiento, conferido, no por razón de *justicia* (es decir, como prestación debida por razón de un previo derecho a su obtención que el beneficiario tuviese en su patrimonio) sino de *gracia* (esto es, como concesión discrecional exclusivamente emanada de la voluntad del Poder Ejecutivo).

Este planteamiento remite la institución del indulto al Antiguo Régimen en el que constituía una regalía, es decir, una prerrogativa regia inherente a la función judicial que, en toda su extensión, radicaba en el monarca puesto que los órganos jurisdiccionales inferiores sólo ejercían por delegación regia; de forma que el monarca soberano podía, si quería, avocar para sí el conocimiento de una causa, designar a otro juzgador para conocerla, revocar las sentencias y, por supuesto, también levantar y perdonar, a su real criterio y en todo o en parte, las penas impuestas, mediante la gracia de indulto.

La razón por la que, una vez instaurados los regímenes constitucionales, se mantuvo la gracia de indulto estriba en que los revolucionarios, muchos de los cuales habían sido condenados por los tribunales del Antiguo Régimen, vieron en ella una vía de levantamiento de las penas. Así, en España, el indulto fue regulado por una Ley de 18 de junio de 1870, es decir, inmediatamente posterior a la revolución de 1868 y sólo unos meses anterior a la primera Ley orgánica del Poder Judicial. Algo similar sucedió en la elaboración de la vigente CE de 1978 que mantuvo la institución del indulto para casos concretos, consciente de que se prohibían los indultos generales y de que, en el proceso de la transición política a la democracia, se había aprobado una ley de amnistía (la Ley 46/1977, de 15 de octubre).

Superadas tales circunstancias, la institución podría haber desaparecido, pero sobrevivió en las principales Constituciones al ver en ella una vía de mitigación del rigor penal que una estricta aplicación de la ley penal vigente podría acarrear para ciertos casos concretos e incluso para restañar posibles errores judiciales.

En otras palabras, el indulto es una medida de gracia, teóricamente contraria a la *división de poderes*, que, paradójicamente, se mantiene por razones de justicia material para casos concretos, pero cuya administración requiere una especial prudencia.

D) Respecto a su función segunda de tipo constitucional.

1/ *El refrendo.*

Aunque, en los regímenes presidencialistas, la Jefatura del Estado asume también la dirección del Poder Ejecutivo y, por tanto, se incardina igualmente en el Estado entendido como organización central (*Oberstaat*), en el resto de sistemas democráticos, dicha la Jefatura del Estado es una institución del Estado global (*Gesamstaat*) que (con la denominación de “La Corona”, en las monarquías y de “La Presidencia”, en las repúblicas) ha sido conformada constitucionalmente, esto es, por el poder constituyente, para el desempeño de una función de representación simbólica de la unidad y del poder político del Estado, que le faculta para arbitrar y moderar el funcionamiento de las demás instituciones estatales y para el desempeño de ciertas funciones tradicionales que le asigna la Constitución, pero sin el ejercicio efectivo de las potestades de *imperium* que sólo corresponden a los Poderes constituidos.

La situación era muy distinta en el Antiguo Régimen donde el Rey asumía la soberanía y, por tanto, ostentaba en plenitud la titularidad y ejercicio efectivo de todos los poderes estatales que el resto de instituciones sólo desempeñaba por una delegación regia revocable.

La actual configuración constitucional de la Jefatura del Estado en los regímenes democráticos con forma de gobierno monárquica es la resultante final de una larga evolución histórica de limitación de las antaño omnímodas potestades regias, de suerte que, si bien las funciones que constitucionalmente se le reservan encuentran su precedente en las antiguas *regalías*, sin embargo ahora no tienen otra virtualidad que la de permitir la más alta representación simbólica de la unidad y permanencia del poder estatal; lo cual no significa que ello no sea importante y, en ocasiones, incluso pueda ser trascendental.

Pero, esto dicho, la configuración constitucional de la Corona se fundamenta en principios clásicos que, como la *inviolabilidad* personal del monarca o su *irresponsabilidad*, son exigencias derivadas de su función meramente representativa y simbólica, por lo que los actos regios son referidos al Poder Ejecutivo que, mediante la institución del *refrendo*, asume la responsabilidad los mismos. En rigor, lo mismo sucede, respecto al Poder Legislativo, con la *sanción* regia de las leyes; y, respecto al Poder Judicial, con las sentencias que se dictan *en nombre del Rey*.

Desde la perspectiva de la *doctrina de la división de poderes*, estas instituciones de atribución simbólica de funciones y derivación de responsabilidad por las mismas, resulta técnicamente una ficción jurídica, pero que es necesaria para preservar el papel simbólico constitucionalmente querido para La Corona.

2/ *La coerción federal (art. 155 CE).*

En los *Estados compuestos*, como son los que responden al modelo federal o integral (de Regiones o Comunidades autónomas), es decir, en los que el poder se distribuye territorialmente entre las instancias políticamente centralizadas (*Oberstaat*) y las descentralizadas (*Gliedstaat*), son precisas instituciones de diálogo interterritorial, consecución del consenso, mantenimiento del sistema y reconducción del mismo a la unidad, que se han traducido en diversas técnicas acuñadas por el federalismo.

Una de esas instituciones o técnicas es la *coerción federal* por la que el poder constituyente habilita a las instancias centrales (*Oberstaat*) para dictar instrucciones obligatorias a las instancias territoriales (*Gliedstaat*) o incluso para intervenirlas y suspender sus actividades cuando éstas pongan en peligro la unidad, estabilidad o permanencia del Estado global (*Gesamstaat*). Esa técnica luce en el art. 155 CE que ha sido recientemente empleado para reponer el orden constitucional alterado en Cataluña.

La *coerción federal* precisa, pues, que el poder constituyente determine, en primer lugar, qué concretos órganos centrales quedan habilitados para llevarla a efecto, con la precisión de que tales órganos del *Oberstaat*, en estos casos, actúan impersonando al *Gesamstaat*, cuyos intereses, en definitiva, son los que la *coerción federal* trata de preservar.

Desde luego, uno de estos órganos ha de pertenecer al Poder Ejecutivo, ya que se trata de instrumentar y ejecutar medidas de *imperium* y, por eso, ese órgano suele ser el *Gobierno central*; si bien es frecuente que se exija también la intervención del Poder Legislativo, el cual suele prestarla a través de su Cámara alta (entre nosotros, el *Senado*) que, en los Estados compuestos, son las llamadas a desempeñar las funciones de representación de los intereses de los distintos territorios (*fragmentos de Estado*) para armonizarlos e impedir la *fragmentación* de la unidad estatal.

Esta peculiar configuración institucional y teleológica de la *coerción federal* en los Estados compuestos afecta a la *doctrina de la división de poderes* en diversos aspectos: i) por un lado, en cuanto que supone una intervención central que puede afectar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de las instancias descentralizadas; ii) por otro, en cuanto que la intervención no es decidida por la Cámara baja del Parlamento, que ostenta la representación popular, sino por la Alta, que ostenta la representación territorial; iii) finalmente, en cuanto que el protagonismo de la intervención recae en el Poder Ejecutivo, ya que es el Gobierno central quien propone las medidas a la Cámara Alta y luego las ejecuta.

La explicación de estas afectaciones a la *doctrina de la división de poderes* no sólo se encuentra en que son habilitadas, en un plano superior, por el poder constituyente, sino también en que se justifican causal y teleológicamente, ya que responden a una previa y grave alteración del orden constitucional y se dirigen a restaurarlo.

3/ *Las leyes autonómicas.*

Otra de las características de los Estados compuestos que afecta a la *doctrina de la división de poderes* estriba en la prevalencia que el poder constituyente confiere a los órganos centrales (del *Oberstaat*) cuando ejercen funciones de control sobre los políticamente descentralizados (*Gliedstaat*).

En España, se ha configurado dicha característica como una *prevalencia normativa* que tiene una primera manifestación en el art. 149.3 CE (según el cual las normas estatales priman, caso de conflicto, sobre las autonómicas) y una segunda en el art. 161.2 CE (según el cual la impugnación por el Gobierno, ante el Tribunal Constitucional, de una disposición autonómica determina la suspensión automática de la misma, sin perjuicio de las facultades de dicho Tribunal para ratificar o levantar esa suspensión).

Esta prevalencia coloca a las potestades normativas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de las instancias descentralizadas que integran el *Gliedstaat* en una posición institucional inferior a la de sus homólogas en los Poderes Legislativo y Ejecutivo de las instancias centrales que integran el *Oberstaat*.

En efecto, si bien es cierto que, p.e, las normas emanadas de todos los Parlamentos (sean Cámaras de las instancias centrales o de las descentralizadas) tienen forma, rango y valor de ley y, en su respectivo ámbito competencial, pueden perfectamente absolver la carga que supone la *reserva de ley* para regular determinadas materias; no menos cierto es que la posibilidad constitucionalmente conferida al Gobierno central para impugnar leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional, con un efecto de suspensión inmediata, aunque provisional, que no existe en el caso de impugnación autonómica de una ley estatal, supone (especialmente tras la desaparición del *recurso previo de inconstitucionalidad*) que sólo las leyes estatales tienen una plenitud de eficacia institucional desde que entran en vigor.

Y esta menor *vis resistiva* de la normativa autonómica vuelve a patentizarse en la fase aplicativa cuando, si la misma entra en conflicto con la normativa estatal, prevalece ésta última, por más que, como se ha demostrado doctrinalmente, los supuestos conflictuales en que opere esta prevalencia se limiten al ámbito de las competencias concurrentes, como sucede, con la cultura o con el concurso de retractos legales.

4/ *La legitimación activa ante el TC.*

El Tribunal Constitucional no se integra en el Poder Judicial, sino que, como la propia Constitución que el mismo interpreta y garantiza, es una institución ubicada en el Estado global (*Gesamstaat*); por eso sus sentencias, cuando declaran la inconstitucionalidad de leyes, tienen plenos efectos frente a todos (cfr. art. 164.1 CE).

Esta eficacia *erga omnes* de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes convierten al Tribunal Constitucional en una especie de *legislador negativo* en cuanto que tiene virtualidad para expulsar del ordenamiento jurídico leyes parlamentariamente aprobadas por el Poder Legislativo central o autonómico.

Por eso, la *legitimación activa* para impugnar leyes ante el Tribunal Constitucional no es un mero requisito procesal, sino una habilitación, conferida por el poder constituyente, de gran trascendencia, porque el proceso subsiguiente puede determinar que la voluntad del Poder Legislativo, expresada positivamente en forma de ley vigente, quede, no sólo cautelarmente suspendida durante la tramitación del recurso de inconstitucionalidad, sino incluso anulada en la medida en que la sentencia declare la inconstitucionalidad de la ley impugnada o de alguno de sus preceptos o posibles interpretaciones.

El art. 162.1 CE limita la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad al Presidente del Gobierno, al Defensor del pueblo, a 50 Diputados, a 50 Senadores, y a los Gobiernos, y, en su caso, a los Parlamentos, autonómicos.

En otras palabras y por lo que afecta a la *doctrina de la división de poderes*, el poder constituyente habilita para lo que podemos denominar el ejercicio de la “iniciativa legislativa negativa” (que, por tanto, afecta al Poder Legislativo autor de la ley impugnada) a determinados órganos del Poder Ejecutivo (el Presidente del Gobierno y los Gobiernos autonómicos), del Poder Legislativo (50 Diputados, 50 Senadores y, en su caso, los Parlamentos autonómicos) y a un órgano del *Gesamstaat* (el Defensor del pueblo).

Obsérvese que la legitimación activa, dejando aparte el caso del Defensor del pueblo, no coincide con un determinado Poder (salvo en el eventual supuesto de los Parlamentos autonómicos) sino con un órgano (así el Presidente del Gobierno) o parte del mismo (así los 50 legisladores), lo que significa que el poder constituyente pretende así una garantía de las opiniones minoritarias.

5/ La participación ciudadana.

En la formulación clásica de la *doctrina de la división de poderes*, el pueblo era sujeto de la soberanía, esto es (mediante la dinámica de la potencia y del poder constituyentes), origen del poder político ofrecido a los gobernantes y destinataria de sus efectos en forma de actuaciones de provisión y control social; pero no se preveía una participación activa de los ciudadanos en las funciones propias de los Poderes constituidos, más allá de: respecto al Legislativo, votar en las elecciones; respecto al Ejecutivo, integrar algunas antiguas corporaciones como Cámaras o Colegios profesionales; y, respecto al Judicial, ejercitar la *acción popular* o formar parte de algunos tribunales consuetudinarios en materia de regadíos o del *Jurado*, en los Estados de tradición anglosajona.

El desarrollo del Estado social ha determinado un cambio en esta situación pues, al caracterizarse por una expansión de las actividades de provisión dirigidas al bienestar de la población, se ha impuesto una intervención de los interesados en el diseño, regulación, aplicación y control de las correspondientes políticas y medidas.

Por lo que respecta al Poder Legislativo, la participación se manifiesta en instituciones como la iniciativa legislativa ciudadana o la apertura del procedimiento legislativo a trámites de audiencia ciudadana.

En el caso del Poder Ejecutivo, la participación ciudadana se ha traducido en múltiples realizaciones; así, en cuanto a la organización, en la creación de *órganos pluri-personales de participación social* integrados por representantes de colectivos interesados en sectores, aspectos o materias concretas (como, entre otras, la sanidad, el consumo, el comercio o el transporte) en las que estos órganos disponen de facultades de propuesta, consejo, seguimiento e información.

También la *potestad reglamentaria* queda afectada por este fenómeno, en cuanto que se asegura la intervención de los colectivos interesados en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten (art. 105 CE).

La antes aludida *potestad convencional* es también otra vía de participación mediante la cual los colectivos interesados concluyen convenios con el Poder Ejecutivo para llevar a cabo actuaciones de interés público, frecuentemente subvencionadas.

La experiencia acumulada en las últimas décadas de participación ciudadana no ha alterado la esencia de la *división de poderes*, pero sí sus formas de ejercicio ya que, actualmente, no son de recibo, al menos en los regímenes democráticos, actuaciones significativas que no hayan contado con la participación de la ciudadanía y, en especial, de los colectivos afectados.

4. Interferencias desde la perspectiva del Poder Judicial.

A) Respecto a su función primaria de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

1/ La reserva de jurisdicción.

Como se ha expuesto, la *doctrina de la división de poderes* conlleva asignar en exclusiva, a cada uno de los complejos orgánicos que integran cada uno de los tres clásicos Poderes estatales, de la correspondiente función estatal.

Este planteamiento comporta asignar, al Poder Judicial, la función estatal de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, aplicando la legislación a casos concretos en todo tipo de procesos judiciales.

Pero, como también se ha analizado, existen diversas instituciones que cuestionan esta dogmática tradicional de la *división de poderes*, al asignar funciones materialmente jurisdiccionales a otros Poderes, como también funciones materialmente ejecutivas o incluso normativas al Poder Judicial, aunque sólo en determinados ámbitos y aspectos, como se expone en los epígrafes siguientes.

No obstante, se mantiene la esencia de la doctrina y, así como existe la *reserva de ley*, también existe la *reserva de jurisdicción*, sin perjuicio de que, cuando existan razones suficientes para ello o así lo haya dispuesto el poder constituyente, el Poder Judicial realice otras funciones, con el carácter de segundas; o de que otros Poderes asuman, también como segundas, algunas de las que teóricamente corresponderían al Poder Judicial.

2/ La unificación o diversidad de fueros.

El panorama jurisdiccional que ofrecía el Antiguo Régimen era de pluralidad de fueros (en el sentido de órganos jurisdiccionales) especializados en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en sectores (comercio, ganadería) o territorios concretos (puertos, universidades, señoríos) que, frecuentemente, coincidían con el aforamiento a los mismos de las correspondientes clases privilegiadas (como clérigos, nobles, militares o comerciantes).

El problema se agravaba en los países en que, como en Francia, se había generalizado el desprestigio de los antiguos Parlamentos judiciales, dominados por la nobleza; mientras que fue menor en Inglaterra donde, salvo algunas jurisdicciones especiales (como el *Tribunal de la Cámara estrellada o Star Chamber*), la real jurisdicción gozaba de prestigio y reconocimiento social.

Por ello, uno de los postulados revolucionarios fue la unificación de fueros para erigir una única jurisdicción ordinaria como medida, no sólo para racionalizar la organización del Poder Judicial, sino también para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley y la interdicción de la arbitrariedad judicial.

El propósito unificador, sin embargo, hubo de enfrentarse enseguida a la incontestable diversidad de las materias enjuiciables (sobre todo las civiles y penales) que exigía una diversidad de procedimientos (pues lo civil ha de basarse en el *principio contradictorio*, mientras que lo penal precisa de una primera fase regida más bien por el *principio inquisitivo*).

A ello se añadió, en el modelo continental, el difícil encaje, al que ya se ha aludido, del enjuiciamiento de *lo contencioso-administrativo*; y las innegables peculiaridades de la *justicia militar*.

En España hubo que esperar a que, tras la revolución de 1868 (que fue, en este sentido, bastante *judicialista*) se aprobase, en 1870, la primera Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ). A partir de ahí, la *unificación de fueros* se resolvió en la prohibición de *Tribunales de excepción* (art. 117.6 CE) y *de honor* (art. 26 CE) y en la implantación de una única *jurisdicción especial* (la *militar*, pero limitada al ámbito estrictamente castrense, según establece el art. 117.5 CE y cuyo culmen es la Sala de lo militar del Tribunal Supremo); y una, también única, *jurisdicción ordinaria* (conforme al *principio de unidad jurisdiccional*, proclamado también en el art. 117.5 CE), aunque diferenciando en ella diversos *órdenes* judiciales especializados (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, que culminan en las respectivas Salas del Tribunal Supremo).

La solución era inteligente y se ha mantenido sustancialmente en la vigente LOPJ de 1985, pero generó algunas disfunciones, como el denostado *peregrinaje jurisdiccional* a que se sometía al justiciable que accionaba contra el Poder Ejecutivo cuando la representación causídica de éste alegaba que la cuestión litigiosa estaba, por razón de la materia, atribuida a otro orden jurisdiccional; problema que no se ha solucionado por completo, pese a los reiterados intentos para convertir a la jurisdicción contencioso-administrativa en *fuero único* para enjuiciar las actuaciones de la Administración pública.

3/ *Los conflictos jurisdiccionales.*

La prueba evidente de que la *doctrina de la división de poderes* es una técnica de *limitación* del poder político y de *delimitación* de las esferas actuación de cada uno de los Poderes constituidos, pero no una panacea constitucional para evitar situaciones de confrontación es la existencia de conflictos entre los Poderes del Estado, que surgen cuando uno de ellos pretende conocer asuntos en los que otro también se estima competente (conflictos *positivos*) o cuando ninguno de los Poderes enfrentados quiere conocer de un asunto (conflictos *negativos*).

Los conflictos se plantearon *de facto* como un problema no resuelto por la interpretación jacobina de la doctrina de la *división de poderes* y que fue abordado mediante fórmulas, asentadas mediante usos constitucionales, por las que los conflictos fueron reconducidos a órganos investidos de una posición de *superioridad* (por *jerarquía* o *supremacía*) sobre los enfrentados.

El *criterio de la superioridad por jerarquía* es el que ha inspirado la resolución de los conflictos entre órganos de un mismo Poder que ha sido atribuida, por el Poder Legislativo, al *órgano superior jerárquico común* del mismo Poder al que pertenecían los órganos enfrentados, dotándole de la precisa competencia funcional para dirimir la cuestión y para resolver recursos contra actos de sus inferiores. Es la solución a la que llegó en España tanto la legislación administrativa, para resolver los

conflictos entre órganos administrativos de la misma Administración pública (llamados tradicionalmente *conflictos de atribuciones o de competencias administrativas*; hoy regulados en el art. 14 Ley 40/2015, del Sector público); como la legislación procesal, para resolver conflictos entre órganos judiciales del *mismo orden* jurisdiccional (tradicionalmente llamados *conflictos de competencia judicial*), hoy regulados por los arts. 51 y 52 de la vigente LOPJ de 1985).

El *criterio de la superioridad por supremacía* se impone para resolver conflictos entre órganos carentes de un superior jerárquico común, remitiéndolos a órganos radicados en el Estado global (*Gesamstaat*), como la Jefatura del Estado, los Altos órganos consultivos, Tribunales *ad hoc* o el propio Tribunal Constitucional; es la solución que ha adoptado en España el *bloque de la constitucionalidad* correspondiente, distinguiendo los siguientes tipos de conflictos:

- Los conflictos entre órganos administrativos *de distintos Departamentos ministeriales (conflictos de competencias administrativas interdepartamentales)*, según la Disposición derogatoria 1.a) de la Ley Orgánica 2/1985, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, siguen regulados por los arts. 48 a 53 de la antigua Ley de 17 de julio de 1948, de Conflictos Jurisdiccionales, que los encomienda al titular de la Jefatura del Estado, mediante (Real) Decreto, a propuesta del Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado. Un dictamen semejante, pero de los Altos Órganos Consultivos Autonómicos, también suele ser exigido, con carácter preceptivo, en el Derecho Autonómico español comparado, para que los Gobiernos autonómicos decidan este tipo de conflictos entre sus propios Departamentos o Consejerías. Esta atribución a la Corona deriva del Antiguo régimen, que residenciaba la solución de estos conflictos en el Rey, previo dictamen del Consejo Real, y fue mantenida luego en los regímenes inspirados en el *principio monárquico*.
- Los conflictos entre órganos judiciales *de distintos órdenes jurisdiccionales (conflictos entre jurisdicciones especializadas)*, según el art. 42 LOPJ de 1985, se residencian en el Tribunal Supremo, en una *Sala especial de conflictos de competencia* cuya composición es paritaria entre los órdenes enfrentados.
- Los conflictos entre cualesquiera órdenes de la jurisdicción *ordinaria* y la especial *militar* (conflictos jurisdiccionales con la jurisdicción militar) fueron inicialmente asignados, por el art. 38 LOPJ de 1985, a una *Sala de conflictos de jurisdicción* en el mismo Tribunal Supremo, de composición paritaria, a la que la Ley 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, ha convertido en *Tribunal de conflictos de jurisdicción* (TCJ).
- Los conflictos entre órganos de distintos Poderes cuando los Poderes enfrentados son el Judicial y el Ejecutivo (conflictos tradicionalmente llamados *de jurisdic-*

ción) venían siendo asignados a una Sala especial de conflictos, sita en el Tribunal Supremo pero de composición paritaria judicial-administrativa (normalmente, mediante jueces del TS y Consejeros de Estado); pero han sido asignados por la reiterada Ley Orgánica 2/1987, al expresado Tribunal de Conflictos jurisdiccionales, que mantiene aquella composición paritaria.

- Los conflictos entre órganos de otros Poderes o instituciones constitucionales del Estado han sido asignados al Tribunal Constitucional por la legislación orgánica reguladora del mismo (cfr, arts 73 a 75 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre), es decir, por disposiciones que, al estar integradas en el *bloque de la constitucionalidad*, en rigor, son referibles al *poder constituyente*. La razón de esta asignación al TC estriba en que también corresponden al mismo *conflictos constitucionales* (entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en defensa de la autonomía local o foral, según los arts. 59 y ss, de la misma Ley Orgánica 2/1979.

Prescindiendo de estos últimos conflictos (que el TC ha planteado como acciones reivindicatorias *-vindicationes potestatis-* del respectivo patrimonio competencial estatal, autonómico, foral o local), la jurisprudencia conflictual (sentada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales y antes por las Salas de conflictos jurisdiccionales del Tribunal Supremo) ha venido resolviendo el resto de estos conflictos en base a criterios objetivos y generales como el *principio de prioridad (prior tempore, potior iure)* por el que se reconoce la competencia al primero que la ejerció.

En suma: la *doctrina de la división de poderes* requiere, para la solución de conflictos que no pueda resolver un superior jerárquico común, la creación de un *órgano arbitral paritario* entre las instituciones en conflicto (como es, en España, el Tribunal de conflictos de jurisdicción) o la habilitación al efecto de un *órgano decidente* integrado en el *Gesamstaat* (como son el Tribunal Constitucional, la Corona o los Altos Órganos Consultivos).

4/ Los órganos pre-judiciales: la función consultiva.

En el Antiguo Régimen, la alta función consultiva estaba residenciada en los mismos Reales Consejos que, en el *sistema polisindial* generalizado en las monarquías de la Edad Moderna, también ejercían, de forma unitaria, la función legislativa y la judicial sobre las materias o territorios que competencialmente les correspondían. El destinatario de tales dictámenes consultivos era sólo el monarca, que monopolizaba la soberanía, y que, por tanto, era quien recababa y recibía el dictamen.

La aplicación de la *doctrina de la división de poderes* según el modelo revolucionario francés determinó, como reacción: por un lado, la eliminación de la *función consultiva* que antaño tenían, junto a la judicial, los denostados Parlamentos judiciales integrados

por la nobleza; y, por otro, la creación del Consejo de Estado como órgano del Poder Ejecutivo, pero dotado de un régimen de independencia orgánica y funcional, al que se encomendó el enjuiciamiento de las actividades de la Administración pública.

En el modelo británico, basado en el tradicional prestigio de la judicatura, la *función consultiva* continuó residenciada en los Consejos del monarca; pero, en el modelo francés de *jurisdicción retenida* contencioso-administrativa, el Consejo de Estado (en el ámbito central) y los Consejos de Prefectura (en el ámbito periférico) asumieron también la *función consultiva*, en virtud del razonamiento de lógica deóntica de que puede aconsejar previamente quien va a poder sentenciar ulteriormente o, dicho de otra forma, de que *lo contencioso* y *lo consultivo* van unidos porque el dictamen no es sino una prognosis de la postura que el mismo órgano adoptará si el asunto deviene litigioso; por más que este argumento se haya visto contradicho por la moderna doctrina de que un dictamen previo puede *contaminar* la independencia y objetividad de la sentencia si el órgano consultivo coincide con el sentenciador¹²⁷.

La *función consultiva* del Consejo de Estado francés (y de los Consejos de Prefectura funcionalmente inferiores al mismo) pasó a los Estados que, como España, Bélgica o Italia, adoptaron el modelo continental de *división de poderes* y de regulación de la vía contencioso-administrativa como *jurisdicción retenida* por el Poder Ejecutivo y asignada al Consejo de Estado.

Cuando la LOPJ de 1870 (tras la revolución de 1868) determinó la judicialización de la *vía contencioso-administrativa*, el Consejo de Estado quedó reducido a una *función* predominantemente *consultiva*, aunque mantuvo el enjuiciamiento privativo (por *jurisdicción retenida*), de algunos asuntos administrativos especialmente domésticos (*in house*) del Poder Ejecutivo, como las cuestiones en materia de personal (mediante la denominada vía de agravios, que se mantuvo hasta que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 implantó un procedimiento contencioso-administrativo especial en materia de personal).

Esta peculiar evolución institucional ha conducido al reconocimiento de la alta función consultiva por el poder constituyente, al conferir relevancia constitucional al Consejo de Estado (art. 107 CE) y al admitir que las Comunidades Autónomas creen órganos similares en sus respectivos ámbitos competenciales (STC 204/1992).

Este reconocimiento de la función consultiva y la asignación de la misma a unos concretos órganos destinados a prestarla introduce una variable institucional en la doctrina de la división de poderes: i) por un lado, en cuanto a la función, ya que la

¹²⁷ Cfr la Sentencia de 28 de septiembre de 1995, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Procola c. Luxemburgo, que adujo falta de independencia y, principalmente, de imparcialidad del Comité de lo Contencioso del Consejo de Estado.

consultiva no es legislativa, ni ejecutiva, ni judicial, aunque coadyuva a todas ellas y las refuerza; y ii) por otro lado, en cuanto a la *posición*, ya que los Altos Órganos Consultivos se incardinan más bien en el concepto global (*Gesam*) de Estado o de Comunidad Autónoma, puesto que no sólo aconsejan a los Gobiernos, sino también a los respectivos Parlamentos y entidades locales, institucionales o corporativas y, además, con un carácter pre-contencioso que es preservado por el Poder Judicial especialmente en los casos en que el dictamen es preceptivo.

5/ Los órganos para-judiciales: el arbitraje.

El arbitraje es una institución ancestral pues ya el primitivo Derecho procesal romano estableció una acción legal para solicitarlo (la *legis-actio per iudicis arbitrive postulationem*) y el procedimiento formulario de la época republicana concluía con la sentencia dictada por un juez (*iudex*) o árbitro (*arbiter*). La generalización de la *cognitio extra-ordinem* en el periodo post-clásico y del *proceso canónico* durante la Edad Media asentaron más bien la administración de justicia sobre las bases judiciales se mantuvieron prácticamente hasta la actual configuración del Poder Judicial por la *doctrina de la división de poderes*.

Sin embargo, el arbitraje y, en general, los ahora denominados *medios alternativos para la resolución de conflictos* (ADR, por las siglas anglosajonas de *alternative dispute resolutions*), como la mediación, la conciliación o la composición de intereses, han reverdecido como mecanismos de solución de asuntos litigiosos más ágiles y baratos que el proceso jurisdiccional.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, la tradicional interdicción de someter (sin autorización del Gobierno y previo dictamen del Consejo de Estado; o, en las Comunidades Autónomas, el de sus respectivos Altos Órganos Consultivos) los interés públicos al juicio de árbitros o amigables componedores, mediante contratos de compromiso, mediación o arbitraje (cfr, p.e, el art 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), está siendo amabilizada mediante la creación de órganos especializados en prestar labores arbitrales, mediadoras o compositivas de intereses en sectores que, como el consumo, el transporte o el deporte, precisan de mecanismos ágiles y eficaces para resolver reclamaciones de los interesados, los cuales, frecuentemente, forman parte de tales órganos a través de sus Asociaciones representativas.

El sistema administrativo continental (de *régime administratif*) ha sido más reacio a este tipo de instituciones de composición y arbitraje que el anglosajón (de *rule of law*) donde no ha sido tanta la desconfianza hacia los cuerpos sociales intermedios y hacia los medios amistosos de solución de conflictos.

En todo caso, si bien la hegemonía de la función jurisdiccional se mantiene en la medida en que se reserva al Poder Judicial la competencia para conocer de las

impugnaciones contra los laudos arbitrales; no cabe duda de que el arbitraje y los ADR suponen instituciones que no estaban contempladas en la clásica *doctrina de la división de poderes*.

6/ La jurisdicción militar.

Como antes se ha indicado, la *jurisdicción militar* es la única que el poder constituyente ha mantenido en España como *especial*, aunque limitada al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE) y culminada en la Sala de lo militar del Tribunal Supremo.

Esta consideración estricta de la jurisdicción militar en la CE obedece no sólo a que, al ser especial, contradice la unidad jurisdiccional en la que se basa la clásica *doctrina de la división de poderes* como efecto de la animadversión revolucionaria contra las jurisdicciones especiales del Antiguo Régimen; sino también al excesivo empleo que de la jurisdicción militar realizó el régimen preconstitucional para enjuiciar a actos cometidos por personas o en lugares situados fuera del ámbito castrense.

En suma, la jurisdicción militar sólo resulta admisible si se ajusta al ámbito castrense que le es propio por razón de las personas, los espacios o las actuaciones, tal y como es delimitada estrictamente por la legislación orgánica y procesal militar y por la jurisprudencia de conflictos.

7/ La jurisdicción contable.

La *Cámara de Cuentas* es una institución medieval de origen francés que fue adoptada también en Derecho Canónico por el Papado de Avignón, en el marco de la reforma contable, auspiciada en la Baja Edad Media, para el control de los ingresos y gastos públicos. En los Reinos hispánicos más influidos por estos modelos europeos, pasó a formar parte de la propia institucionalidad, como *Cámara de Comptos*, en Navarra; *Maestre racional* (de *raciones*, cuentas), en Aragón o *Contaduría Mayor*, en Castilla, que Felipe II convirtió en *Tribunal* con el mismo nombre. La Constitución de Cádiz de 1812 conservó la institución, cuya primera Ley Orgánica se aprobó en 1851, ya con la denominación de *Tribunal de Cuentas* que fue mantenida en su segunda Ley orgánica de 1870 (tras la revolución de 1868), así como en las aprobadas en 1938 (II República) y 1953 (régimen franquista).

Desde la perspectiva de la *división de poderes*, la denominación de esta institución como Tribunal, su estatuto de independencia orgánica y funcional, su consolidación legislativa desde 1870 (coincidiendo con la primera LOPJ) y sus formas procedimentales para exigir responsabilidades por alcance y reintegro, impelerían a ubicarlo en la órbita del Poder Judicial como una jurisdicción especializada más, que podría denominarse *jurisdicción contable*.

Sin embargo, esta institución presenta un origen y evolución vinculados más bien al Poder Ejecutivo, donde constituiría un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales, que explicarían su estatuto de independencia orgánica y funcional. En esta línea, fue integrado, en 1924, en el entonces llamado *Tribunal Supremo de la Hacienda Pública* que integraba tanto las funciones de control externo como las de control interno del sector público.

Ahora bien, el art. 136 CE recoge la institución del *Tribunal de Cuentas* como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económico-financiera de todo el sector público, señalando que se encuentra vinculado directamente a las Cortes Generales, por cuya delegación realiza el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. En estos términos, debe ser ubicado más bien en la órbita del Poder Legislativo.

Su vigente regulación (Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo) determina que el Tribunal de Cuentas: i) es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos y depende directamente de las Cortes Generales (art. 1.2); ii) le compete la fiscalización externa de la contabilidad del sector público y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables (art. 2); iii) tiene potestad reglamentaria en su ámbito funcional (art. 3); iv) ejerce sus funciones con plena independencia y sujeción al ordenamiento jurídico (art.5); v) los conflictos jurisdiccionales con el mismo son resueltos por el TC (art. 8.1) ; vi) examina la cuenta general del Estado por delegación de las Cortes Generales a las que rinde informes al efecto y propone las medidas correspondientes (art. 14); vii) su jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, pero las decisiones que pronuncie no producen efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable (art. 17), por lo que son compatibles con la jurisdicción penal (art. 18) y recurribles en vía contencioso-administrativa ante el TS (art. 49).

Todas estas características convierten constitucionalmente al Tribunal de Cuentas en una peculiar *jurisdicción administrativa*, porque no depende del Poder Ejecutivo, sino del Poder Legislativo, pero está bajo el control del Poder Judicial y tiene competencia limitada al ámbito estrictamente contable.

B) Respecto a su función segunda de tipo normativo.

1/ La potestad reglamentaria del CGPJ y otros órganos judiciales.

Frente a la potestad de dictar ordenanzas (*arrêts de règlement*), que, en el Antiguo Régimen, ejercían los Parlamentos Judiciales para interpretar el Derecho consuetudinario francés (*droit coutumier*), la *doctrina de la división de poderes*, en su formulación continental, prohibió enérgicamente a los órganos del Poder Judicial

dictar disposiciones generales para que no se entrometieran en la función normativa asignada exclusivamente al Poder Legislativo.

Esa interdicción normativa situó: en el Poder Legislativo, la competencia para aprobar leyes relativas al Poder Judicial; y, en el Ejecutivo, la potestad reglamentaria precisa para desarrollarlas, así como la propia gestión administrativa de la judicatura y de las oficinas judiciales, que fue adscrita al Ministerio de Justicia.

La situación descrita tampoco resultaba acorde con la *división de poderes*, por lo que el constitucionalismo más evolucionado terminó reconociendo el autogobierno al propio Poder Judicial, a través de un órgano dotado de autonomía orgánica y funcional que, en España, el art. 122.2 CE denomina Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuya Ley Orgánica reguladora (actualmente, la LO 4/2013, de 28 de junio, de reforma de la LOPJ'85, en su art. 560.16) reconoce al mismo una *potestad reglamentaria* meramente doméstica o *interna* (con la que el CGPJ ha aprobado, entre otros, el Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de organización y funcionamiento del CGPJ, cuya versión actual se aprobó por Acuerdo de 25 de febrero de 2010), e incluso con relevancia *externa*, aunque sólo para actuaciones judiciales accesorias (así, por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del CGPJ, se aprobó el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

2/ La jurisprudencia como fuente del Derecho.

La *doctrina de la división de poderes*, en su interpretación francesa, repudiaba la situación jurisdiccional del Antiguo Régimen donde los *Parlamentos Judiciales* dominados por los nobles incluso podían resistirse a las disposiciones regias (mediante las *remontrances*) y aplicar el Derecho consuetudinario con una gran discrecionalidad, por lo que los revolucionarios recondujeron toda la normación a la Asamblea parlamentaria a quien correspondía exclusivamente la aprobación de la ley y la creación del Derecho, prohibiendo que los jueces dictaran normas jurídicas e incluso jurisprudencia vinculante sobre la manera en que procedía la interpretación o aplicación de las disposiciones vigentes.

Un problema especial surgía cuando los jueces se negaban a aplicar la ley aduciendo su oscuridad o insuficiencia. Para resolverlo, se ideó la institución del *référé législatif volontaire*, por el que los jueces podían suspender el fallo para elevar una consulta razonada al Parlamento, el cual decidía lo procedente mediante un Decreto legislativo. Pero este sistema fue abolido por Napoleón (en 1804) en base al principio de integridad reguladora de la legislación codicial, por el que los jueces no podían negarse a fallar con la disculpa de silencio u oscuridad de la normativa aplicable.

En los tratados de Derecho Civil de comienzos del siglo XX, al tratar de las fuentes del Derecho, comenzó a abrirse paso la idea (formulada, entre nosotros, por De Diego) de que la *jurisprudencia* (es decir, el criterio reiterado por el Tribunal de última instancia sobre la aplicación e interpretación del Derecho en determinada materia) podría ser reputada como una de tales fuentes jurídicas, habida cuenta de que ya lo era en el sistema anglosajón, el cual, basado en el precedente judicial, sin embargo no ofrecía duda alguna respecto a la vigencia de la *doctrina de la división de poderes*.

Entre nosotros, la reforma operada en 1974 en el Título Preliminar del Código civil (cuya naturaleza materialmente constitucional es bien conocida) pretendió zanjar esta cuestión al establecer, en su art. 1.6, que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*”. Se trata de una labor completiva, no complementaria, pero que se refiere, no sólo a la ley, sino también a “*la costumbre y los principios generales del Derecho*” (es decir, que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico) y, si bien el precepto indicado la limita al Tribunal Supremo, en rigor, se extiende a todo órgano jurisdiccional que falle, sobre una materia, en última instancia, en virtud de las vigentes normas de distribución de la competencia funcional.

3/ *La función casacional.*

Otra de las consecuencias de la interpretación continental de la *doctrina de la división de poderes* fue el recurso de *casación*¹²⁸ que, contra las sentencias de órganos judiciales inferiores, podía ser interpuesto, ante un Tribunal, denominado *de Casación*, para que éste examinase si debía confirmarlas o anularlas (*casarlas*) por infracción de la ley material o procesal aplicable al caso.

El *Tribunal de Casación* tenía una función que era: i) por un lado, *judicial*, aunque puramente *negativa*, consistente en anular las sentencias que contravinieran el ordenamiento jurídico; y ii) por otro *nomofiláctica*, consistente en preservar el cumplimiento de las leyes tal y como había sido aprobadas por el Parlamento.

Por ello, en rigor, dicho Tribunal no pertenecía al Poder Legislativo ni al Judicial, sino que (como los posteriores Tribunales Constitucionales, que también ejercen una doble función de legislación negativa y de preservación de la Constitución) era una institución del Estado en sentido global (*Gesamstaat*), cuya función principal era salvaguardar el *interés de la ley*, razón por la que en los recursos de casación intervenía siempre el Ministerio Fiscal.

¹²⁸ *Casare* (de *cassus facere*, hacer que algo devenga *cassus*, esto es, nulo o inútil) es una expresión latina que, en el lenguaje forense, significaba abrogar o anular algo jurídicamente significativo, en especial, una sentencia; como sucedía con la institución pretoria de la *restitutio in integrum*. Durante la recepción, se empleó en las ciudades-estado italianas para invalidar sentencias que aplicaban el Derecho común en menoscabo de los Derechos estatutarios propios. En la legislación revolucionaria francesa, por influencia del neoclasicismo, se retomó la expresión para referirla al Tribunal de Casación.

Así pues, el *Tribunal de Casación* se limitaba a casar o no la sentencia. Si la sentencia recurrida era confirmada, el Tribunal casacional la devolvía al órgano judicial de instancia para que la ejecutase; pero, si era casada, la devolvía a otro órgano judicial de instancia distinto para que éste dictase una nueva sentencia conforme a la ley, en el bien entendido de que, si esta nueva sentencia volvía a ser recurrida y casada, el Tribunal de Casación remitiría el asunto al Parlamento para que dictase un Decreto legislativo resolutorio (*référé obligatoire*).

Si, en 1804, Francia suprimió el *référé volontaire*; en 1837, suprimió el *référé obligatoire*; y el Tribunal de instancia cuya sentencia fuera casada quedó obligado a dictar otra con arreglo a los criterios sentados en la sentencia de casación, con lo que el Tribunal de Casación quedó integrado en el Poder Judicial, como órgano de última instancia, y el recurso de casación, conservando su función nomofiláctica o en interés de la ley, adquirió también la de un recurso judicial extraordinario, por un lado, en interés de las partes litigantes; y, por otro, en interés de la unificación de la jurisprudencia.

En España, las Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y 1881 recibieron el recurso francés de casación en su versión posterior a 1837, pero lo atribuyeron al Tribunal Supremo, configurándolo como un recurso extraordinario por quebrantamiento de ley (*error in iudicando*) y quebrantamiento de forma (*error in procedendo*), pero más ágil que el francés, ya que el propio Tribunal casacional dicta dos sentencias: una, la de casación; y, otra, la procedente sobre el fondo del asunto.

Previa una modificación de la LOPJ, la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000 convirtió el recurso de casación *por quebrantamiento de forma* en un recurso extraordinario *por infracción procesal* que, en ocasiones, puede ser resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia, y redujo el recurso de casación a la infracción de ley o doctrina legal, pero ampliando las facultades del Tribunal casacional, en el trámite de admisión, para que, aplicando la técnica anglosajona del *certiorari* (también introducida en la regulación procesal del Tribunal Constitucional), sólo se admita el recurso cuando el propio Tribunal de casación entienda que el asunto planteado re-viste un interés suficiente para justificar un pronunciamiento judicial al respecto, por lo que este trámite puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, al ser irrecurrible, erigirse en una inmunidad de poder con la excusa de aligerar el volumen de asuntos pendientes¹²⁹.

¹²⁹ La técnica del *certiorari* tiene sentido en la práctica judicial anglosajona donde los tribunales la emplean para recabar el conocimiento de asuntos importantes una vez que han sido ampliamente debatidos en los foros sociales, doctrinales y académicos; pero, entre nosotros, se empleando más bien para rechazar la cognición de asuntos con el objeto de aliviar el volumen de procesos pendientes en los órganos jurisdiccionales. Este cambio de orientación hace que la misma institución, que en su modelo originario se sitúa en línea de la tutela judicial efectiva, pueda, entre nosotros, más bien lesionarla, si no se emplea con prudencia, contención y alguna forma de recurso y responsabilidad por las resoluciones adoptadas en los trámites de admisión.

4/ *El activismo y el alternativismo judiciales.*

Frente a la estricta aplicación de la *doctrina de la división de poderes*, la denominada *Escuela del Derecho libre*, continuada luego por la del denominado *uso alternativo del Derecho*, propugnó, en el ámbito de la Filosofía jurídica y en concomitancia con hermenéuticas procedentes del marxismo vulgar, que el Derecho, debido a su polarización teleológica en orden al logro de la justicia, requiere ser interpretado y aplicado por los jueces de una manera libre, esto es, no con un riguroso ajuste a la ley, sino (al ver en ella los intereses de las clases sociales dominantes que la misma expresa), con una flexibilidad y amplitud que permita al juzgador calibrar los diversos interés en juego en cada litigio y adoptar la solución más justa, habida cuenta la finalidad deóntica de las leyes aplicables, aunque, para ello, deba forzarse la interpretación tradicional y haya que formular doctrinas jurisprudenciales alternativas.

Estas tendencias comenzaron a abrirse paso por la necesidad de superar la rígida aplicación jacobina del imperio de la ley, y de aceptar las funciones evolutiva y completa de la jurisprudencia y han incentivado el recientemente denominado fenómeno del *activismo judicial*, por el que los jueces asumen un creciente protagonismo, no sólo por el contenido de sus resoluciones, sino también por el abandono de la orto-praxis de severidad y auto-contención en todas sus manifestaciones públicas y sociales.

Estas propuestas, si bien aplicadas con mesura aportan una conveniente flexibilidad al modelo, es obvio que, de aceptarse en su plenitud, boicotearían por completo la *doctrina de la división de poderes* que, como resulta palmario, gravita sobre el imperio de la ley y la vinculación a la misma de los juzgadores y aplicadores del Derecho.

C) Respecto a su función segunda de tipo administrativo.

1/ *Las cuestiones administrativas previas, prejudiciales e incidentales.*

Una de las lógicas consecuencia de la *doctrina de la división de poderes* en su interpretación continental es que el Poder Judicial, para no inmiscuirse en competencias propias del Ejecutivo, cuando, en un determinado proceso, surjan cuestiones de naturaleza administrativa de previo y necesario pronunciamiento para resolver el fondo del asunto, debe suspender su tramitación, remitirlas, para su solución, al órgano administrativo competente y, una vez recibida ésta, proseguir la tramitación, para decidir el referido fondo del asunto conforme a las mismas.

Según esta consecuencia, todas las *cuestiones administrativas* que surjan con el carácter de *previas, prejudiciales o incidentales* deberían tener un *efecto suspensivo* (del proceso judicial en el que surjan), *devolutivo* (al órgano administrativo compe-

tente para resolverlas) y *vinculante* (para el órgano judicial que las plante, el cual quedaría sujeto, en su resolución posterior, a lo previamente resuelto por la Administración).

Pero la problemática planteada por este tipo de *cuestiones*, salvo cuando se traduce en conflictos jurisdiccionales entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, no ha sido resuelta por el poder constituyente, sino más bien por la práctica procesal y las leyes rituarías, que la han abordado a propósito de la regulación del ámbito de la competencia de cada *orden* jurisdiccional.

Así, en España, la regulación al respecto, distingue las *cuestiones penales*¹³⁰ de las *contencioso-administrativas*¹³¹ y, en la vigente LEC, la *prejudicialidad penal*¹³², la *no penal*¹³³ y la *civil*¹³⁴; mientras que normas similares figuran en las leyes procesales de cada orden jurisdiccional y del Tribunal Constitucional (cfr, p.e, los arts. 3 y 4 LOTC). A ellas, hay que añadir las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la UE (reguladas en el art. 19.3.b, del TUE).

2/ La policía judicial.

Una estricta aplicación de la doctrina de la *división de poderes* reduciría la función asignada al Poder Judicial a *juzgar* casos concretos, por lo que la función de *ejecutar lo juzgado*, al ser, como su misma denominación revela, ejecutiva, debería estar atribuida al Poder Ejecutivo.

¹³⁰El art. 10 LOPJ'85, dispone que, “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”, pero que “la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

¹³¹ El art. 4 LJCA'98 establece que “la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente”.

¹³² El art. 40 LEC'00 regula la *prejudicialidad penal*, con efectos suspensivos y devolutivos, cuando pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

¹³³ El art. 42 LEC'00 regula las *cuestiones prejudiciales no penales*, confiriendo a los órganos judiciales civiles competencia para resolverlas “a los solos efectos prejudiciales”, esto es, sin surtir “efecto fuera del proceso en que se produzca”, salvo cuando el efecto suspensivo y devolutivo “lo establezca la ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra”, en cuyo caso, el juez civil “quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial”.

¹³⁴ El art. 43 LEC'00 regula la *prejudicialidad civil*, disponiendo que “cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”.

Siendo esto así, la *policía judicial*, es decir, la fuerza pública encargada de llevar a efecto lo resuelto por los órganos jurisdiccionales por encima de una eventual resistencia de los obligados, quedaría situada en la órbita del Poder Ejecutivo. Incluso la misma *policía de estrados* (potestad disciplinaria para mantener el orden en los actos de juicio y demás actuaciones forenses) sería algo extraño al Poder Judicial.

En Derecho Romano, estas funciones correspondían a los pretores (magistrados dotados de *imperium*) que las ejercían a través de subordinados sujetos a disciplina militar, como los *licttores*¹³⁵. Tras la instauración de la *cognitio extraordinem* la confusión en el juez de la *auctoritas* para juzgar y de la potestas para ejecutar lo juzgado, propició que, en la Edad Media y Moderna, los ejecutores judiciales (sayones, verdugos, alguaciles, corchetes y oficiales varios) siguieron dependiendo de los jueces; sin embargo, en el proceso canónico, incluso en el inquisitorial, la ejecución de las penas fue *relajada*, esto es, dejada en manos de la potestad civil (*brazo secular*).

Tras la caída revolucionaria del Antiguo Régimen, consideraciones eminentemente pragmáticas aconsejaron pronto atribuir a los mismos órganos jurisdiccionales encargados de juzgar las potestades precisas para llevar a cabo sus resoluciones y mantener el orden en las sedes judiciales. Y, así, el poder constituyente atribuye, en España, al Poder Judicial, la función no sólo de *juzgar*, sino también la de *ejecutar lo juzgado* (art. 117.3 CE), que, conlleva, entre otras consecuencias, la asignación al mismo de la *policía de estrados* y de la *Policía judicial*.

En cuanto a la *Policía judicial*, los arts. 547 a 549 LOPJ'85 la regulan estableciendo: i) que su función consiste en auxiliar a los órganos judiciales y del Ministerio fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes y en cuantas actuaciones requieran presencia policial o ejercicio de la coerción, por orden de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal; ii) que dicha función compete, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de

¹³⁵ Parece que el término latino *lictor* esta etimológicamente relacionado con el verbo *ligare* (atar) que alude a las correas (*licia*) de azotar y esposar, con las que se unían, al mango del hacha de decapitar (*securis*), las varas (*virgae*) empleadas para golpear, formando así unos haces (*fasces*) más fáciles de transportar y que, a la par, servían para simbolizar el poder (militar) de detener, esposar, fustigar, golpear y matar legalmente que caracterizaba al *imperium* propio de una ciudad o de los magistrados de la misma. Al parecer, 12 *licttores* acompañaban, como guardia personal, a los reyes etruscos, representando a las 12 ciudades del reino (*dodecápolis*) y, desde Tarquinio Prisco, también a los reyes romanos que: i) por un lado, asignaron un *lictor* a representar a cada una de las 30 curias (10 por tribu), por lo que estos *licttores curiati* terminaron por sustituir a los *comitia curiata* en ciertos actos solemnes que los requerían, como la *adrogatio* (adopción en vida) y el *testamentum calatis comitiis* (adopción *mortis causa*); y ii) por otro, asignaron, a cada magistrado dotado de *imperium*, una cohorte de icttores según su rango (24, el dictador, 12, cada cónsul y 6 los gobernadores provinciales), para abrirle paso, atomorizar y ejecutar sus órdenes punitivas, aunque, en Roma, no podían exhibir el hacha (*fascis securatus*) dentro del recinto urbano (*pomerium*), donde la autorización de la pena capital (*ius gladii*) correspondía al Senado.

las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, si bien se prevé establecer unidades de Policía judicial (que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio fiscal), cuyos componentes no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la actuación de que se trate o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente.

Se trata, pues, de una función típicamente ejecutiva, pero funcionalmente ubicada bajo la autoridad judicial y del Ministerio fiscal; por eso, su peculiar posición institucional ha tenido que ser reconocido por el poder constituyente en el art. 126 CE.

3/ El sistema penitenciario.

Uno de los más claros ejemplos de *sujeción especial* al Poder Ejecutivo es la situación de las personas condenadas a medidas cautelares o a penas privativas de libertad; ya que, si bien las mismas son impuestas por resolución judicial firme, su ejecución requiere la creación, mantenimiento, regulación y gestión de las correspondientes instituciones penitenciarias, que es función más bien ejecutiva.

En el Antiguo Régimen, como puso de relieve la crítica ilustrada, el sistema penitenciario era frecuentemente contrario a los derechos humanos, debido a la naturaleza misma de algunas penas (trabajos forzados, castigos crueles) y a la dura forma y severas condiciones de aplicación de las mismas (régimen carcelario); pero, así como la implantación de la democracia y de la *doctrina de la división de poderes* aseguró la vigencia del *principio legalidad penal* (por el que el Poder Ejecutivo no podía imponer penas privativas de libertad y el Poder Judicial no podía apreciar ningún delito ni imponer pena alguna que no estuviere prevista por una ley anterior a la comisión del hecho imputado ni apartándose del procedimiento previamente establecido al efecto), sin embargo no se proyectó sobre la ejecución penal, que continuó siendo, durante largo tiempo, un ámbito reservado a una amplia discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

En España, pese al intento de los correccionalistas, hubo que esperar a la nueva visión penitenciaria que supuso el art. 25.2 CE, así como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹³⁶, para que la ejecución penal quedase decididamente encuadrada en el ámbito de general respeto y protección de los derechos humanos.

¹³⁶ Desarrollada por el Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero y sus modificaciones posteriores, entre las que destaca el Real Decreto 840/2011, que regula la ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Por lo que hace a la incidencia de esta materia en la *doctrina de la división de poderes*, el régimen penitenciario post-constitucional destaca por la creación de los *Juzgados de vigilancia penitenciaria*, para garantizar que los derechos del condenado a privación de libertad no sufran restricciones más allá de las estrictamente necesarias para cumplir los fines del internamiento. Esta jurisdicción especializada supone un cierto regreso de la materia penitenciaria, tradicionalmente residenciada en el Poder Ejecutivo, a la esfera del Poder Judicial, al menos en su vertiente de supervisión, para garantizar la correcta aplicación de la normativa penitenciaria y los derechos fundamentales de los internos no afectados por la sentencia condenatoria.

4/ La posición institucional del Ministerio fiscal.

En la doctrina clásica de la *división de poderes*, siempre ha resultado difícil definir la posición institucional del Ministerio fiscal, ya que se presenta como una institución, por un lado, estrictamente jerarquizada y dependiente del Gobierno y, por otro, destinada al ejercicio, objetivo e independiente, en el ámbito procesal, de la acción penal, la defensa de la legalidad, el principio acusatorio y la protección de menores e incapaces.

Comienza por desconcertar su denominación, que obedece a motivos históricos. En Derecho Romano, la Hacienda pública se dividía tradicionalmente en dos instituciones: i) el *Aerarium populi* o Tesoro público, integrado por los fondos tributario custodiados en el templo de Saturno (por lo que también era conocido como *Aerarium Saturni*) y que era gestionado por magistrados especiales (*quaestores* y *praetores Aerarii*), dotados de *imperium*, pero sujetos a la *auctoritas* del Senado; si bien el *Aerarium* terminó teniendo el significado de un tesoro público meramente simbólico de la *maiestas* tributaria del pueblo; y ii) el *Fiscus principis* o Caja recaudatoria del Emperador, que surgió con el Principado para gestionar las exacciones realizadas en territorios imperiales; si bien en el Dominado, terminó siendo la verdadera Administración tributaria, la cual estaba gestionada por funcionarios imperiales y defendida en juicio por los *Advocati Fiscis*.

Ya en las obras de Séneca, enmarcadas en la época postclásica, el sustantivo *fiscus* (caja recaudatoria) equivalía a la Administración tributaria central romana, por lo que no puede extrañar que, en la legislación procesal posterior (de la Edad Media, Moderna y Contemporánea hasta finales del siglo XIX, es decir, hasta el nacimiento de las funciones públicas prestacionales), el Estado (que prácticamente sólo era un *Estado de policía* limitado a sus funciones militar, de seguridad, diplomática y financiera) apareciera, como parte procesal, bajo la arcaica investidura del *Fisco* y que sus representantes causídicos y defensores procesales, por influencia del cameralismo, fueran denominados *Fiscales* y su función, así como la institución orgánico-procesal que los englobaba bajo dirección gubernamental, *Ministerio fiscal*.

El *Ministerio fiscal*, sin embargo, había dejado de tener por objeto la exacción tributaria, para asumir funciones procesales, más bien encaminadas a la defensa de la legalidad extra-tributaria del interés general en prosecución de la justicia, especialmente penal (pero también civil, protegiendo a menores e incapaces); dejando la representación y defensa de los derechos, intereses y acciones patrimoniales y tributarios de la Administración pública en manos de unos funcionarios distintos, como son los *Abogados del Estado* y los *Inspectores de Hacienda*, por más que sus precitados antecedentes institucionales fueran comunes. Es entonces cuando, en España, comienza a distinguirse, con más propiedad técnica, el *Ministerio público* o *fiscal*, de la *Abogacía del Estado* y de la *Inspección de Hacienda*.

En efecto, en España, la organización del *Ministerio fiscal* se inició en los albores del Estado constitucional, con la aprobación del Reglamento provisional de la Administración de justicia de 1835; se confirmó con la institucionalización judicial que supusieron la LOPJ de 1870 y las grandes leyes rituarías de enjuiciamiento civil de 1881 y criminal de 1882, coincidiendo con la creación de la Abogacía del Estado. Si bien hubo que esperar al reconocimiento del *Ministerio fiscal* por el art. 124 CE para que el poder constituyente cifrara su función en “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

Por tanto, el *Ministerio fiscal* es una institución que, si bien históricamente estuvo situada en el Estado central (*Oberstaat*) y, en concreto, en el Poder Ejecutivo central y bajo la dependencia jerárquica del Gobierno, como es el caso de la *Abogacía del Estado* y de la *Inspección de Hacienda*, sin embargo ha sido situada, por el poder constituyente, desde 1978, en el Poder Judicial que, al ser único (art. 117 CE), forma parte del Estado global (*Gesamstaat*), en el que también se ubica la legalidad a la que sirve.

Sin embargo, su posición institucional aún no está lo suficientemente clara pues, como señala el art. 124.2 CE, el *Ministerio Fiscal* ejerce sus funciones, por medio de órganos propios, conforme a los principios (más bien organizativos) de *unidad de actuación* y *dependencia jerárquica* y con sujeción, en todo caso, a los (más bien funcionales) de *legalidad e imparcialidad*; y ambas series de principios, pese a los notables esfuerzos doctrinales por cohesionarlos, presentan aspectos contradictorios, ya que el *Ministerio fiscal*, aunque esté integrado en el Poder Judicial, carece de la *independencia* propia de los jueces, debido a su *dependencia jerárquica* con respecto a la figura del *Fiscal General del Estado*, nombrado por el Gobierno, pese a la estructura sinodal que (mediante el *Consejo Fiscal* y las *Juntas de fiscales*) acompaña preceptivamente a muchas de sus decisiones.

5/ *La jurisdicción penal sobre funcionarios.*

El *principio de igualdad ante la ley*, proclamado en el art. 14 CE, impide cualquier acepción de personas ante el Poder Judicial; pero la *doctrina de la división poderes*, en su formulación continental, determina que, mientras los ciudadanos particulares se rigen por el *principio de libertad*, en cuya virtud les está permitido todo aquellos que no les está expresamente prohibido, si bien, para proteger sus derechos, al no ostentar poder público, deben acudir a la *hetero-tutela* que radica en los órganos del Poder Judicial (art. 24 CE); sin embargo, el Poder Ejecutivo se rige por el *principio de legalidad*, en cuya virtud le está prohibido todo aquello para lo que no esté legalmente habilitado (art. 97 y 103.1 CE), si bien, para proteger sus derechos, al ostentar poder público, goza del privilegio de *auto-tutela*, declarativa y ejecutiva, de forma que el Poder Judicial sólo puede intervenir posteriormente para revisar si lo previamente actuado por la Administración es o no conforme a la legalidad (art. 106.1 CE).

En este esquema, el enjuiciamiento de las actuaciones de los funcionarios, esto es, de las personas físicas que, por cualquier título, prestan servicios al Poder Ejecutivo (y, por derivación, a cualquiera de los otros Poderes o instituciones estatales o infra-estatales), plantea un problema a la doctrina de la *división de poderes*, en cuanto que, en rigor, la misma exigiría una *inmunidad de jurisdicción* que (al igual que la existente para los parlamentarios) residenciara dicho enjuiciamiento en el propio Poder (Ejecutivo, normalmente) al que sirva el funcionario afectado.

Esta es la razón por la que las cuestiones de tipo administrativo atinentes al personal fueron consideradas asuntos domésticos o internos (*in house*) del Ejecutivo y, por tanto, residenciadas en la *jurisdicción retenida* del Consejo de Estado (en España, a través de la antes citada *vía de agravios*); situación que concluyó cuando la LJCA de 1956 instauró un procedimiento contencioso-administrativo especial para sustanciar cuestiones de personal que, desde entonces, son conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La misma razón subyace en la exigencia que recogía la redacción originaria del art. 1903 del Código Civil al limitar la responsabilidad civil extracontractual del Estado a los casos en que el mismo hubiese obrado a través de un *agente especial* (porque entonces se entendía que el Estado debía responder, por *culpa in eligendo* o *in vigilando*, como mandante de dicho agente especial); pero no cuando el daño hubiese sido causado *por el funcionario* a quien propiamente correspondía la gestión practicada (en cuyo caso se aplicaba lo dispuesto en el art. 1902, es decir, la responsabilidad directa del funcionario culpable, pues no podía imputarse al Estado *culpa in eligendo* o *in vigilando* y, en consecuencia, la acción de responsabilidad directa contra el funcionario culpable no afectaba a la *división de poderes*). Esta es la situación que prácticamente se ha mantenido hasta el vigente art. 36 de la Ley 40/2015,

de 1 de octubre, del Sector público (LSP'15), sobre responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, que responden, en vía de repetición, en los casos de culpa o negligencia grave.

El problema se reduce, pues, al *enjuiciamiento penal de funcionarios por delitos cometidos en ejercicio de su cargo* pues, proyectándose la jurisdicción penal sobre todo tipo de personas (cfr. art. 37 LSP'15), dicho enjuiciamiento, cuando tales personas son funcionarios, envuelve siempre, al menos, dos *cuestiones previas de carácter administrativo*, como son si verdaderamente se trata o no de un funcionario; y, en su caso, si el mismo ha obrado por su cuenta, esto es, asumiendo, por tanto, una responsabilidad directa; o si, por el contrario, ha actuado como titular de un órgano administrativo o siguiendo instrucciones de un superior, en cuyo caso puede resultar afectado el propio Poder Ejecutivo, ya que éste siempre ha de actuar mediante personas físicas que lo representen y, por esa vía de la organización, la jerarquía y la obediencia debida, éstas y, por consecuencia, el propio Poder Ejecutivo al que impersonan, podría quedar sujeto a los órganos de la jurisdicción penal, es decir, al Poder Judicial.

Además, las normas orgánicas y procesales del Poder Judicial convierten a la jurisdicción penal, en preferente; de forma que su intervención no puede ser impedida por *cuestiones previas* devolutivas o suspensivas, las cuales son resueltas interlocutoriamente por el órgano judicial penal, a solos los efectos punitivos correspondientes, salvo que sean determinantes de la inocencia o culpabilidad del reo (arts. 3 a 7 LECrim. de 1881).

Esta situación, unida al fenómeno denominado de la *huida del Derecho Administrativo* hacia fórmulas, de personificación y de gestión, jurídico-privadas, ha incentivado el recurso a la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de la Administración pública, con el consiguiente riesgo de alteración del sistema de revisión contencioso-administrativa, que es consustancial a la interpretación continental de la *doctrina de la división de poderes*.

6/ La potestad de auto-organización del CGPJ.

Si antes se ha aludido a la *potestad reglamentaria* (reconocida al CGPJ como una *función normativa* que, excepcionalmente, asume el Poder Judicial), ahora procede referirse al reconocimiento, al mismo CGPJ, de la *potestad de auto-organización*, por la que (como una *función ejecutiva* que, excepcionalmente, asume el Poder Judicial), dicho CGPJ decide, en aplicación de su autonomía orgánica y funcional, la organización de sus propios servicios, entre otras facultades administrativas y de gestión, siempre dentro de los límites señalados por la LOPJ (cfr. art. 560 LOPJ).

Esta atribución de potestades ejecutivas, como la reglamentaria y la de auto-organización, determina, a su vez, que los correspondientes actos y disposiciones emanados por el CGPJ (y, en sus ámbitos competenciales respectivos, por otros órganos judiciales de gobierno, como las *Juntas de Jueces*, los *Decanatos* o las *Salas de Gobierno*) sean materialmente administrativos y, por tanto, residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (como dispone el art. 1.3,b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que atribuye a dicha jurisdicción especializada la revisión de los actos y disposiciones del CGPJ y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la LOPJ).

Esta situación genera un paradójico auto-enjuiciamiento del Poder Judicial (impersonado por su CGPJ y otros órganos de gobierno judicial) por sí mismo (a través de su *orden* jurisdiccional contencioso-administrativo), lo que constituye una peculiaridad de la *división de poderes*, admitida por la LOPJ, es decir, por el *bloque de la constitucionalidad* aplicable al caso, en obsequio al principio general de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ¹³⁷.

7/ La Administración de la Administración de Justicia.

En la dinámica de consolidación del modelo español *Estado de las autonomías*, se ha planteado, a efectos de transferir a las Comunidades Autónomas ciertas funciones en el ámbito de la Justicia, la sutil diferenciación, en el seno del Poder Judicial entre: i) por un lado, las funciones propiamente jurisdicentes (asignadas a la judicatura), junto con las potestades y órganos de carácter materialmente administrativo precisos para desempeñarlas (asignadas al CGPJ y otros órganos de gobierno judicial); y ii) por otro, las funciones propias de la gestión del personal y bienes materiales de apoyo que son precisos para llevarlas a cabo.

Si el primer grupo de funciones han sido denominadas (a mi juicio, con imprecisión, *Administración de justicia*), las del segundo grupo han sido denominadas (a mi juicio, con igual imprecisión y, además, con una inelegante redundancia, *Administración de la Administración de Justicia*).

Sin perjuicio de esta crítica de estilo, esta cuestión denominativa revela que, en su fondo, trasluce una nueva afectación de la doctrina de la *división de poderes* con motivo de la construcción de los Estados compuestos.

¹³⁷ En la misma línea, se sitúa la denominada *técnica de los biombos chinos*, por la que los principios de autorresponsabilidad y de que no puede enjuiciar quien ha quedado contaminado por haber intervenido en fases previas del procedimiento (como órgano instructor o consultivo) quedan salvados cuando, aunque se trate de órganos pertenecientes al mismo Poder o de personas integrantes del mismo órgano pluripersonal, las personas concretas que intervienen ahora como juzgadoras, en dicho Poder u órgano, son distintas de las que intervinieron antes y no existe entre ellas relación alguna de dependencia.

En efecto, *juzgar* es una función de *auctoritas* que corresponde exclusivamente a los titulares de los órganos judiciales integrados en el Poder Judicial, porque conforma la esencia misma de la función judicial. A esta función tradicional, se ha añadido una función de *potestas*, cual es la de *hacer ejecutar lo juzgado*, cuya naturaleza es ejecutiva, pero que no se asigna al Poder Ejecutivo sino al Judicial, por tradición y conveniencia práctica, ratificada por el poder constituyente (art. 117.3 CE).

Pero, en los Estados compuestos, es decir, en los que, junto al Estado central (*Obers-taat*), existen entidades dotadas de una descentralización política (*Gliedstaat*), cabe seguir la opción constitucional de mantener la unidad del Poder Judicial (modelo español) o bien la de mantener una línea de órganos judiciales centrales de carácter unitario, junto con otra de órganos judiciales propios de las entidades políticamente descentralizadas, como los Estados federados (modelo norteamericano); o bien tantos Poderes Judiciales como entidades políticamente descentralizadas (modelo de justicia confederal).

A su vez, estos modelos arquetípicos pueden ser objeto de variantes que han sido ensayadas por el federalismo comparado. Así, en el caso español, el Poder Judicial es único, pero su planta y demarcación territorial se adecúa al territorio de las Comunidades Autónomas y se reconoce a éstas competencias para fijar algunas demarcaciones, así como para recibir, habilitar y gestionar los medios auxiliares de carácter personal y material precisos para el desempeño de la función judicial.

Este planteamiento sólo ha sido aceptado como no lesivo de la *doctrina de la división de poderes* cuando las sutiles distinciones en las que se basa han sido admitidas por el poder constituyente, directamente o a través del *bloque de la constitucionalidad* aplicable (en España, mediante habilitación expresa en los Estatutos de Autonomía) o incluso previo un pronunciamiento al respecto de la jurisdicción constitucional.

8/ Las funciones judiciales de algunos Parlamentos.

En el Antiguo Régimen, el monarca soberano asumía en su integridad todos los poderes, también el judicial, cuyo ejercicio delegaba en órganos pluripersonales de composición nobiliaria, como los *Reales Consejos* en España, o los *Parlamentos judiciales* en Francia. Las funciones judiciales de la *Cámara de los Lores* en el Reino Unido tienen también ese origen.

La interpretación doctrinaria de la *división de poderes* propició que la Cámara Alta, cuya composición representaba el *principio monárquico*, conservase algunas funciones judiciales que, en el Antiguo Régimen, habían correspondido a los *Reales Consejos*, como las de enjuiciar determinados delitos de alta significación política o a determinadas personas aforadas o a dirimir conflictos inter-institucionales. El ejercicio de estas funciones

se plasmaba en peculiares formas jurídicas de manifestación como los *Reales Decretos Sentencias*, los *Senadoconsultos judiciales* o los *private bills* o leyes singulares de caso único de la tradición anglosajona, en la que se enmarcan también los juicios parlamentarios por imputación penal (*impeachment*) de los modelos presidencialistas donde la elección popular del Presidente impide plantear mociones de censura.

En los Parlamentos de los sistemas de Gobierno parlamentario, estas antiguas funciones judiciales se han reconducido a las de fiscalización y control que las Cámaras ejercen mediante el mecanismo de las *Comisiones de investigación* o de instituciones delegadas de enjuiciamiento especializado como los *Tribunales de Cuentas* o las *Contralorías* hispanoamericanas.

La atribución exclusiva de la función judicial al Poder Judicial, hace que estas instituciones de carácter parlamentario representen modulaciones de la *doctrina de la división de poderes*, por razones constitucionales diversas.

D) Respecto a su función segunda de tipo constitucional.

1/ Las relaciones con el TC, el TJE y el TEDH.

Otra de las paradojas inherentes a la *doctrina de la división de poderes* en los actuales Estados de Derecho es que los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial del Estado pueden compartir la función jurisdicente con otros no integrados propiamente en el mismo, como, en el ámbito estatal, las Cortes Constitucionales; y, en el ámbito supra-estatal, las Cortes internacionales.

En el modelo constitucional español, el Tribunal Constitucional es regulado en el Título IX de la CE, para significar que es una institución del Estado global (*Gesamstaat*) distinta y no integrada en el Poder Judicial (regulado en el Título VI de la CE), instituida para, como señala el art. 1 de su Ley reguladora (LOTC, Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre), ser interprete supremo de la CE y, por ello, independiente de los demás órganos constitucionales, único en su género, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional y sujeto sólo a la CE y a la LOTC.

Ahora bien, en otros modelos constitucionales, las funciones atribuidas al TC (principalmente, los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, así como los conflictos constitucionales), son asignadas a los más altos órganos judiciales, como en Estados Unidos, al Tribunal Supremo. El influjo de estos modelos no kelsenianos de justicia constitucional ha propiciado la idea *de iure condendo* de atribuir todas o algunas de tales funciones (especialmente, los recursos de amparo) a una *Sala de lo constitucional* del Tribunal Supremo. En el *humus* generado por esta propuesta, han surgido ciertos conflictos entre los Tribunales Supremo y Constitucional, que son más de

estilo y formas que de fondo, ya que los ámbitos respectivos están bien definidos por la CE y los eventuales conflictos pueden resolverse aplicando el *principio de competencia*, ya que no procede aplicar el *de jerarquía*.

En cuanto a los Tribunales supra-estatales, como el TJEU o el TEDH, las relaciones y eventuales conflictos de los mismos con el TC tampoco son *de jerarquía*, sino, igualmente, más bien *de competencia*, pues el TC, como las demás Cortes constitucionales, no forman parte del Poder Judicial y sólo están vinculadas por la respectiva Constitución, si bien ésta debe ser interpretada en el marco de la tradición constitucional común y de las grandes declaraciones de derechos humanos (art. 10 CE) que es el ámbito en el que actúan los Tribunales supra-estatales, por lo que la jurisprudencia emanada de éstos puede ser tenida en cuenta por las Cortes constitucionales.

Sin embargo, las resoluciones de la justicia comunitario-europea (Tribunal General y Tribunal de Justicia de la UE) vinculan a los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial interno de cada uno de los Estados miembros en cuanto que interpretan el Derecho comunitario-europeo, el cual goza de los efectos de primacía y efecto directo, por lo que las relaciones entre los respectivos ámbitos jurisdiccionales se dilucidan mediante los mecanismos de los recursos y las cuestiones prejudiciales de carácter comunitario-europeo ante las instancias judiciales de la UE *ex art. 19.3 TUE*.

Finalmente, las relaciones entre el TEDH y los órganos jurisdiccionales de los Estados firmantes de la Convención europea de derechos humanos no se dilucidan con arreglo al principio de jerarquía, sino a los principios de competencia y responsabilidad internacional de dichos Estados, sin perjuicio de la influencia mutua de su jurisprudencia en materia de derechos humanos.

2/ La institución del Jurado.

La idea de que el veredicto de culpabilidad o inocencia puede ser pronunciado por un conjunto de ciudadanos, aunque la sentencia penal sea dictada luego por un órgano judicial, procede del antiguo Derecho anglosajón, en el que, para evitar las ordalías más cruentas¹³⁸, se impuso, por influencia canónica, la sacramental, por la que la causa quedaba decidida cuando varios convecinos adverbaban, bajo juramento decisorio, su propia convicción sobre la inocencia o culpabilidad de alguien, por lo que fueron denominados *jurados*.

¹³⁸ Las ordalías eran formas primitivas y crueles de decidir un conflicto, sometiéndose las partes enfrentadas a un pretendido “juicio de la divinidad”, el cual se suponía mágicamente manifestado en favor del que más o mejor resistía pruebas salvajes, como sostener un hierro candente (ordalía del hierro), soportar el fuego (ordalía del fuego), resistir más el ahogo (ordalía del agua), aguantar un peso (ordalía de cruz), ingerir una pócima (ordalía de amargor), vencer en un combate singular al oponente o a su paladín (ordalía de duelo) o comprometer sacramentalmente la salvación del alma mediante un juramento decisorio (*sacramentum*) prestado sobre libros o especies sagradas (ordalía sacramental o de juramento).

Tal prueba no era tan insegura como puede parecer actualmente ya que, al prestarse con juramento ante la divinidad, su falsedad comprometía la salvación eterna del alma del jurado. Esta firme convicción religiosa determinó que las personas requeridas a jurar no estuvieran dispuestas a hacerlo sino tras un proceso en que fueran convencidos mediante pruebas convincentes. Ahí se encuentra el origen, tanto de la exigencia de un *proceso debido* (*due process*), contradictorio y probatorio, que es propio de la tradición constitucional anglosajona, como de la institución del *jurado*.

En los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, la inocencia o culpabilidad venía siendo declarada en sentencias que, dictadas por órganos judiciales permanentes y profesionalizados, aplicaban la legislación vigente a los hechos probados en un proceso contradictorio, en el que se admiten todos los medios lícitos de prueba propuestos por las partes, incluido, por influencia germánica, la del viejo juramento decisorio, cuando los justiciables la aceptaban.

En el modelo continental de la *división de poderes*, el *Jurado* era, pues, una institución procesal prácticamente desconocida, hasta que, por influencia anglosajona, se vio en ella, junto con la *acción popular*, una manera de introducir la participación del pueblo en el ejercicio del Poder Judicial; ya que, en dicho modelo, la participación popular (ahora reconocida como derecho fundamental) parecía limitada al Poder Legislativo (mediante las elecciones) y al Ejecutivo (mediante participación orgánica o funcional).

En esta línea, el art. 125 CE reconoce que los ciudadanos podrán ejercer la *acción popular* y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del *Jurado*, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

En cumplimiento de dicho precepto constitucional, la Ley Orgánica 5/1995, introdujo el denominado *Tribunal del Jurado*, inspirándose más en el modelo anglosajón (de *jurado puro*, formado por ciudadanos legos en Derecho) que en el alemán (de *escabinado*, o jurado mixto de juristas y no juristas), si bien con amplio apoyo judicial en la formulación de las cuestiones sobre las que debe pronunciarse y limitado a determinadas causas penales.

E) Recapitulación.

El elenco de instituciones que se han expuesto, aunque no exhaustivo, es, a mi juicio, suficientemente amplio como para demostrar que la *doctrina de la división de poderes* ha experimentado una notable y compleja evolución en su realización práctica, tanto en el modelo anglosajón como en el continental.

Una contemplación general del panorama de ámbitos tensionales descrito permite detectar, entre otras, las siguientes instituciones axiales, en torno a las cuales giran los problemas derivados de la realización práctica de la *división de poderes*; de suerte que el éxito de la misma depende, en buena medida, del acierto en la regulación de tales instituciones jurídicas:

1/ La potestad de auto-organización.

Una primera institución axial que debe ser adecuadamente modulada es la *potestad de auto-organización*, puesto que cada uno de los Poderes constituidos aparece investido de dicha potestad, que les es conferida, por el poder constituyente (en la propia CE y en las leyes que conforman en respectivo *bloque de la constitucionalidad*, como los Estatutos de Autonomía, los Reglamentos de las Cámaras o la LOPJ), para auto-organizarse de manera autónoma.

La *potestad de auto-organización* más evidente es la del Poder Ejecutivo, pues, en virtud de la misma, se organiza el Gobierno y la Administración, tanto en el Estado central (*Oberstaat*), como en las entidades políticamente descentralizadas (*Gliedstaat*), lo que explica que, en las Comunidades Autónomas españolas, dicha potestad les sea atribuida en los respectivos Estatutos, como competencia exclusiva. Pero también aparece la *potestad de auto-organización* en el Poder Legislativo, para constituir los Parlamentos y sus distintos órganos (Plenos, Comisiones, Mesas); y, en el Poder Judicial, para estructurar sus órganos de gobierno (como los dependientes del CGPJ).

Consecuencia del empleo de esta potestad es la creación de órganos cuyas funciones pueden interferir la clásica *división de poderes*, por lo que resulta trascendental que el poder constituyente delimite el empleo de esta potestad, tanto en el texto constitucional como en las leyes del *bloque de constitucionalidad* afectado, de suerte que la misma resulte más *reglada* que *discrecional*, pese a que la lógica institucional inherente a la *potestad de organización* es, precisamente, la de su amplia discrecionalidad.

2/ El sistema de reservas.

Otra de las instituciones axiales que condiciona un adecuado funcionamiento de la *división de poderes* es el *sistema de reservas*, por el que determinadas materias son atribuidas exclusivamente a uno de los Poderes constituidos, como sucede con las que son objeto de *reserva de ley* o con la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado que conforma la denominada *reserva de jurisdicción* que opera en favor del Poder Judicial.

Sin embargo, no existe una reserva específica en favor del Poder Ejecutivo o de algunas de sus potestades, como la reglamentaria; por cuanto éste comparte con el Judicial la función de aplicar las leyes, mientras que el Legislativo pue-

de legislar sobre cualquier materia y con la densidad y grado de generalidad o singularidad que estime oportuno, desplazando a la *potestad reglamentaria* del Gobierno, debido a la centralidad que el Parlamento ocupa en la *doctrina de división de poderes* y que se traduce en la sujeción estricta de la Administración al *principio de legalidad*.

Una correcta delimitación del ámbito de las respectivas reservas (en el texto constitucional y en las leyes del *bloque de la constitucionalidad* aplicable en cada caso), así como una prudente auto-limitación (*self restraint*) y *mutua lealtad* en el ejercicio práctico de las mismas (que comporta también la exigencia de *buena fe* en el desempeño de las respectivas competencias) son también condiciones necesarias para el buen funcionamiento de la *división de poderes*.

3/ Los mecanismos conflictuales.

También es clave para el buen funcionamiento de la *división de poderes* disponer de correctos mecanismos de resolución de los *conflictos de jurisdicción, competencia y atribuciones* entre los órganos de los poderes constituidos.

Compete al poder constituyente o las leyes reguladoras de los distintos Poderes constituidos instaurar las fórmulas, procedimientos y órganos adecuados para que estos conflictos sean resueltos con imparcialidad y no se conviertan en crisis institucionales que amenacen la estabilidad del sistema político.

Mientras que es de esperar que, en el seno de cada Poder constituido, los conflictos competenciales puedan ser resueltos por un superior jerárquico común a los enfrentados; los, mucho más graves, conflictos entre Poderes constituidos han de ser resueltos por órganos radicados en el Estado global (*Gesamstaat*), como el Tribunal Constitucional o los Altos órganos consultivos.

4/ Las cláusulas de residuo.

Mención especial merecen en este panorama las *cláusulas de cierre* de los sistemas competenciales de cada Poder constituido, ya que revelan las grandes líneas que estructuran la *división de poderes*.

En la construcción de los Estados compuestos, es decir, en la delimitación de competencias entre el Estado central (*Oberstaat*) y las instituciones descentralizadas dotadas de autonomía política (*Gliedstaat*), puede acudirse al *sistema de fines* (para entender atribuidas a cada institución todas las competencias precisas para lograr los fines expresamente señalados a la misma) o al *sistema de listas* (para entender asignadas a cada institución sólo las competencias expresamente atribuidas a la misma);

pero, en ambos casos, operan las *cláusulas de cierre* por las que se asignan a una institución las competencias dudosas.

Cuando esas *cláusulas de cierre* siguen el modelo fideicomisario de residuo, por el que la competencia dudosa o cuestionada, por no encajar claramente en los fines o en los listados competenciales expresamente atribuidos a una institución, es asignada, por el poder constituyente, a una de las instituciones en conflicto, esa decantación revela la estructura íntima del sistema constitucional, en cuanto que entonces la cláusula expresa, en forma de *vis atractiva* competencial, el *favor iuris* que el poder constituyente dispensa a aquella institución en conflicto situada más en la línea (*on line*) del núcleo o base del pacto social constituyente.

Por ejemplo, la atribución residual de la competencia controvertida a una institución descentralizada puede revelar que la distribución competencial obedece al *modelo confederal* o *centrífugo* (puesto que éste parte de antiguos Estados independientes que se han unido convencional y limitadamente), mientras que su atribución al Estado central alude más bien a un modelo *centrípeto*, menos acusado si se trata de un *federalismo de deconstrucción* (puesto que éste parte de un antiguo Estado unitario fuertemente centralizado del que se han desgajado las instituciones descentralizadas pero que quiere seguir manteniendo instituciones centrales) o más acusado, si se trata de un *federalismo de integración* (puesto que en éste se partía de Estados independientes pero que se han unido para integrar una fuerte Federación central).

5/ Las garantías institucionales.

Una última figura jurídica subyacente en el expuesto panorama de posibles interferencias en la *división de poderes* está conformada por las denominadas *garantías institucionales*.

Se trata de una técnica para construir posiciones jurídicas de poder mediante el aseguramiento de que éste gozará del ámbito que tradicionalmente se le ha venido reconociendo y sin el cual la posición correspondiente quedaría desfigurada.

La autonomía constitucionalmente reconocida a ciertas instituciones (como, en España, las forales, las locales o las universitarias), ha sido construida con esta técnica, cuyas ventajas son la flexibilidad en la definición de los ámbitos competenciales y la habilitación en favor del Tribunal Constitucional de un halo de posible interpretación a la luz de la evolución histórica y la lógica deóntica de las instituciones.

XIV. NUEVOS PODERES Y FUNCIONES.

1. Planteamiento.

La *doctrina de la división de poderes* parte de la tripartición orgánica y funcional de lo legislativo, ejecutivo y judicial, que se centra en la organización oficial del poder político interno de cada Estado; pero los politólogos han identificado otras formas, orgánicas y funcionales, de poder que influyen, incluso decisivamente, en la configuración y ejercicio de los poderes estatales, como son las señaladas en los apartados siguientes.

2. En el ámbito internacional.

Cuando los primeros teóricos de la *doctrina de la división de poderes* aludieron a un denominado *poder federativo*, estaban pensando más en el que tiene por objeto la acción exterior del Estado, traducida en relaciones militares (guerra), diplomáticas (paz) y convencionales (tratados), que en las limitaciones que, para el poder interno de cada Estado, supone la sociedad internacional, integrada por otros Estados y Organizaciones internacionales e incluso por las personas, en cuanto que titulares de derechos humanos universalmente reconocidos.

La existencia de este ámbito internacional de poder no es un descubrimiento moderno puesto que, desde la Antigüedad, se ha experimentado la influencia de las potencias extranjeras y de instituciones de limitación, como el *ius gentium* o el Derecho internacional público, especialmente, en sus normas de *ius cogens*.

Pero ha sido tras la Segunda Guerra Mundial y la creación de la ONU, con sus múltiples organismos internacionales de cooperación, cuando se ha incrementado más eficazmente el efecto de limitación de los poderes internos por mecanismos, instancias, instrumentos y medidas internacionales, como, entre otros muchos, los siguientes, que me limitaré a enumerar.

A) Los derechos humanos.

Partiendo de los precedentes medievales y modernos, en las grandes Revoluciones ilustradas (inglesa, francesa, norteamericana), se formularon sendas *Declaraciones de derechos humanos* que terminaron por generalizarse al ser integradas como *Parte dogmática* en los textos constitucionales de las grandes democracias y, finalmente, en las solemnes *Declaraciones internacionales* aprobadas tras la segunda postguerra mundial, reforzadas, en el actual constitucionalismo, por un amplio elenco de medi-

das destinadas, no sólo a reconocer, sino también a amparar, garantizar, proteger y restablecer los derechos humanos, y a perseguir y castigar su violación.

Todas estas instituciones, reafirmadas por la jurisprudencia constitucional comparada de las grandes democracias y de los Tribunales internacionales constituidos al efecto, evidencian que el acervo jurídico que conforman los derechos humanos limita enérgicamente el poder de los Estados.

B) El derecho de autodeterminación de los pueblos.

A partir de la famosa Resolución 1514/1960, de 14 de diciembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, se inició el proceso de descolonización que condujo, en los años siguientes, a la independencia de la mayoría de los países y pueblos coloniales, los cuales se convirtieron en nuevos Estados internacionalmente reconocidos.

Es obvio que el reconocimiento y ejercicio de este derecho limitó enérgicamente la soberanía de los Estados coloniales y sigue ejerciendo una gran presión para la eliminación de los residuos coloniales que perduran; así como, de una forma indirecta, cuando trata de ser aplicado, por movimientos nacionalistas, a situaciones no coloniales, con fines secesionistas e independentistas, con respecto a un Estado matriz, sea éste unitario o compuesto.

C) El derecho de injerencia.

Frente al principio general de respeto a los asuntos internos de cada Estado (*domain reservé*) y renuncia a la guerra como medio de solución de los conflictos internacionales, que luce en la Carta fundacional de la ONU, se ha ido imponiendo, especialmente tras la caída del bloque comunista, la doctrina de que existe un derecho de injerirse en asuntos internos de un Estado, cuando la gestión que éste realiza respecto a determinado asunto supone una flagrante violación de los derechos humanos o una activa cooperación con el terrorismo internacional.

Esta doctrina es la que ha legitimado las intervenciones militares en la antigua Yugoslavia, en Libia, en Somalia, en Irak y en la región centro-africana de los Grandes lagos y gravita en crisis actuales como la coreana o la venezolana.

D) El derecho al comercio.

Como es sabido, la reivindicación del *ius communicationis* o de libre comercio internacional está en la base misma del nacimiento del Derecho internacional público en la Edad Moderna y, desde entonces, viene condicionando la multitud de Tratados

internacionales que se han firmado sobre esta materia, entre los que, tras la Gran Depresión de los años 30 y de la segunda post-guerra mundial, destacó, desde 1947, el GATT (Acuerdo internacional sobre aranceles y comercio) y, desde 1994, la actual Organización Mundial de Comercio.

El objeto de estas convenciones multilaterales es precisamente promover el libre comercio entre los Estados sobre la base de una clara limitación de sus poderes económicos, sobre todo el arancelario del que deriva la política aduanera y, por tanto, las trabas al libre mercado internacional.

E) El derecho a la naturaleza.

La cada vez más expandida sensibilidad sobre las cuestiones medio-ambientales y ecológicas y la conciencia de que el desarrollo debe ser sostenible, tanto en términos económicos como de respeto y conservación de la naturaleza, se plasmó especialmente en la llamada *Cumbre de la Tierra* celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, con asistencia de 178 Estados, en la que se aprobaron importantes documentos y declaraciones que han sido la base de las actuales acciones mundiales en materia ecológica.

Desde el punto de vista politológico, no cabe duda de la enérgica limitación de los poderes estatales que supone la cada vez más exigente normativa ecológica de carácter internacional.

F) El derecho a la información.

El Antiguo Régimen, como todos los sistemas no democráticos, se caracterizaba por la inexistencia de las libertades de pensamiento, expresión e información, con los consiguientes medios de control y represión, como la censura previa de las publicaciones o la vigilancia, e incluso la clausura forzosa, de los medios de comunicación e información.

Por ello, la Revolución liberal, tanto en los países que siguieron el modelo angloamericano como el francés, se construyó sobre la base del reconocimiento de dichas libertades como absolutamente preferentes (*preferred freedom*), en el sentido de que, sin ellas, no es posible la vida democrática; con la consecuente exigencia de una garantía eficaz de las mismas mediante instituciones como la libertad de prensa, el secreto periodístico o la objeción de conciencia.

Se imputa al influyente pensador británico Edmund Burke el haber acuñado la expresión *cuarto poder* para referirse a la influencia de la prensa cuando, en un discurso pronunciado en el Parlamento británico en 1787, señaló que el poder no sólo residía

en los tres espacios de escaños ocupados por los lores espirituales (representantes del clero), los lores temporales (representantes de la nobleza) y los comunes (representantes del pueblo llano), sino también en un cuarto espacio de escaños correspondiente a la tribuna que ocupaban los periodistas.

Sea como fuere, lo cierto es que, desde entonces, esta expresión ha hecho fortuna para aludir actualmente a un fenómeno mucho más amplio y profundo que el de la prensa y demás medios de comunicación social, cual es la propia opinión pública que tales medios, en buena medida, crean, modelan y canalizan, al generar corrientes de opinión (*mainstream*) que, sin duda, limitan intensamente el ejercicio del poder estatal.

Desde una perspectiva politológica interna, la opinión pública es más bien una forma de acción política del pueblo, ya que éste interviene en la vida estatal, no sólo mediante actuaciones organizadas, como son las elecciones u otras formas institucionalizadas de participación, sino también a través de vías, en principio, no organizadas, como la opinión pública.

En una perspectiva internacional, también existe, sin duda, una opinión internacional, sostenida por medios de comunicación, igualmente internacionales, y de la que es sujeto la sociedad internacional, la cual, así, también se erige en fuente de limitación, no sólo de los poderes propios de las instancias internacionales, sino también de los poderes internos de los Estados.

En la actualidad, no puede, empero, dejar de advertirse una tendencia a la limitación de estas libertades para evitar que, a su amparo, circulen bulos y noticias falsas (*fakes news*), con intención de manipular la opinión pública y dirigirla hacia finalidades políticas espurias, como el falseamiento electoral y la tergiversación de las actuaciones públicas, incluso aduciendo su carácter de amenazas a la seguridad nacional.

G) El derecho a la comunicación.

Enlazado con el derecho a la información, la sociedad internacional afirma con determinación el derecho a la libre comunicación y transmisión de datos, imágenes, documentos y mensajes a través de las múltiples redes y medios que permiten las nuevas tecnologías de telecomunicación, en especial, las relacionadas con internet, que algunos denominan ya el *quinto poder*.

No puede desconocerse la importancia politológica de estas redes sociales de comunicación en la formación o deformación de la educación política y de la opinión pública y, por tanto, como formas de actuación política inorganizada de la ciudadanía que son susceptibles de limitar, incluso de manera decisiva, el ejercicio de los poderes constituidos y de los derechos humanos.

El fenómeno, además, excede de los límites espaciales de los Estados para revestir formas privadas de organización y localizaciones ubicuas o de difícil rastreo, que dificultan su regulación y control.

H) El Derecho de la globalización.

Fruto de las realidades que se han expuesto, es el denominado fenómeno de la *globalización*, que podemos concebir como una tendencia sistémica del mundo a una cada vez mayor comunicación y dependencia internacional en todos los ámbitos (en especial, los de la economía, la tecnología, la informática, la información, la comunicación, la educación la política, la cultura y la sociedad), que comporta transformaciones en los mismos encaminadas a facilitar e incrementar, cada vez más, su apertura e imbricación, con un horizonte de liberalización y democratización generalizada, auspiciada por los organismos internacionales de cooperación e integración.

Al ser sistémico, este fenómeno afecta al mundo como sistema y trasciende a todas sus estructuras y ámbitos relacionales, por lo que también incide en los poderes constituidos, limitando y orientando su ejercicio y generando, por lo que al mundo jurídico interesa, la génesis de un *Derecho global*, llamado a integrarse en el principio de legalidad mediante nuevas formas de regulación.

3. En el ámbito comunitario-europeo.

El convencimiento de que debía evitarse en lo sucesivo una confrontación sangrienta, condujo, en la segunda post-guerra mundial, a la creación de la ahora denominada Unión Europea, a la que, merced a un bien conocido y paulatino proceso de adhesión, pertenecen actualmente 27 Estados miembros, entre los que se encuentra España.

La UE es una institución supranacional y compleja, encuadrable entre las *de integración*, ya que cuenta con instituciones comunes que impersonan a los tres clásicos Poderes (Parlamento, Comisión y Tribunal de Justicia), por más que el Consejo siga representando a los Estados miembros.

Como todo esto es bien conocido, baste ahora reseñar que, de tales instituciones, ha emanado un denso acervo normativo que, al tener efecto directo y de primacía, sobre el Derecho interno (incluso el Constitucional) de los Estados miembros, supone una enérgica y, hasta ahora desconocida, limitación de los poderes constituidos en los mismos (cfr. art. 288 TUE).

En efecto, la adhesión a la UE comporta una cesión de soberanía, por lo que ha de ser habilitada por el poder constituyente (así, el art. 93.1 CE). Este fenómeno ha provocado que las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados miembros (que se consideran sólo vinculadas a sus propias Constituciones), acudiendo a la *técnica de las reservas competenciales*, hayan preservado ciertos *ámbitos de soberanía* que son atribuidos, a los respectivos Estados, por sus propias Constituciones, y que, al expresar la *identidad constitucional* propia, deben ser entendidos como intransferibles a las instancias comunitario-europeas; entre los que (como han señalado distintas Cortes constitucionales, siguiendo el criterio formulado por el TC alemán ¹³⁹ se encuentran los siguientes:

- El *ius defectionis* o potestad que el Estado miembro conserva para separarse de la UE (como ha ejercitado el Reino Unido al formalizar el denominado *brexit*).
- El *ius coactionis* o monopolio de la fuerza para imponer penas privativas de libertad (*ius puniendi*), sin perjuicio de las normas comunitario-europeas de cooperación y armonización en esta materia.
- El *ius fisci* o potestad financiera estatal para establecer y recaudar tributos, aprobar y ejecutar presupuestos y emitir y gestionar empréstitos públicos, por más que estas concretas manifestaciones estén cada vez más condicionadas en su ejercicio por la normativa comunitario-europea.
- El *ius identitatis* o derecho a conservar, como excepción (de orden público o *de interés nacional*) oponible a la aplicación del acervo comunitario-europeo, el núcleo duro que, con la técnica de la garantía institucional, identifica la propia Constitución material del Estado miembro y expresa sus propias convicciones y tradiciones jurídicas, sociales, culturales e institucionales.
- El *ius vigilantiae* (también llamado derecho de supervisión o *droit de regard*) por el que el Estado miembro se reserva la potestad de efectuar un seguimiento inspector sobre el uso que la UE hace de las competencias estatales que han sido transferidas a la misma, con objeto de salvaguardar la aplicación del *principio de supletoriedad*, por el que las instancias de la UE no deben asumir competencias que puedan ser más eficazmente ejercitadas por los Estados miembros.

¹³⁹ Los casos paradigmáticos son las Sentencias del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), con sede en Karlsruhe, de 25 de mayo de 1974 (*Solange I*) y 12 de octubre de 1993 (*Solange II*), conocidas por el adverbio germánico “*Solange*” (“mientras que”) empleado (como nuestra cláusula “sin perjuicio”) para formular la doctrina de que se acepta el acervo comunitario-europeo en tanto en cuanto no afecte el *núcleo de identidad constitucional* de Alemania, y, por expansión, de cada Estado miembro de la UE. En dicho núcleo, cabe apreciar un reverdecimiento de la vieja idea del *espíritu del pueblo* (*volksgeist*) que, según la Escuela histórica, conformaba la Constitución material de la nación en el marco del idealismo filosófico alemán del s. XIX. Esta doctrina ha sido reiterada por el TC alemán en la Sentencia de 5 de mayo de 2020, contraria a la de 11 de diciembre de 2018 del TJUE, asunto PSPP (*Public Sector Purchase Programme*).

A estas reservas cautelares generadas por los Tribunales constitucionales de los Estados miembros, se unen las derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE para preservar el orden jurídico y el sistema de valores fundacionales de la UE, acuñando (entre otras, en las Sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17-12-1970; *Winner Wette* de 08-09-2010; y *Melloni* de 26-02-2013) conceptos sumamente plásticos y operativos, como:

- El *estándar europeo de protección de los derechos humanos*, extraído de la normativa y jurisprudencia constitucionales de los Estados miembros, que es considerado así como una tradición constitucional común.
- *La eficacia directa y primacía del Derecho de la UE*, que desplaza la aplicación del Derecho interno (incluso constitucional) de los Estados miembros.

Pues bien, es obvio que esta doble intervención, por un lado, de las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros y, por otro, del Tribunal de Justicia de la UE (al alumbrar dos nuevas esferas de *reserva competencial*, como son la *identidad constitucional* de cada Estado-miembro de la UE y la *identidad fundacional* comunitario-europea de la propia UE) determinan un nuevo ámbito de interferencias con respecto a la *doctrina de la división de poderes*.

4. En el ámbito del Derecho interno.

En el seno de los distintos Estados, siguen apareciendo instancias de poder no claramente reconducibles a la clásica tripartición de poderes, muchas de ellas fruto de la dinámica de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como son las siguientes:

A) La partitocracia.

Corolario del derecho fundamental a la participación política, a la celebración periódica de elecciones libres y a los derechos de libertad de expresión, reunión y asociación política, es el surgimiento de los Partidos políticos.

En la primitiva concepción liberal, la representación política era inorgánica, debido al aborrecimiento liberal hacia los cuerpos sociales intermedios. Pero pronto los representantes populares se agruparon parlamentariamente según sus comunes opiniones políticas, dando así lugar a los distintos Partidos. La drástica eliminación de los girondinos por los jacobinos relevó una incapacidad de gestión de las relaciones entre mayoría y minoría parlamentaria, hasta que el modelo de Partidos terminó por asentarse en los regímenes con democracia representativa, de suerte que su restricción es prodrómica de los regímenes autoritarios.

Sin entrar en la rica problemática que presenta el reconocimiento, régimen jurídico, funcionamiento y operatividad práctica de los Partidos en la vida política y constitucional, baste ahora destacar que los mismos permeabilizan tanto el funcionamiento del Estado que modulan la *división poderes* mediante instituciones tales como:

- Los mecanismos electorales (así como las listas cerradas y bloqueadas, los límites mínimos de votos necesarios para acceder a un escaño o las reglas para repartir los restos en los sistemas electorales proporcionales) que, si no son prudentemente regulados, por el poder constituyente, en las normas del *bloque de la constitucionalidad* aplicable a las elecciones, pueden falsear la representación político.
- Los Grupos parlamentarios que, a través de su protagonismo en la organización y el funcionamiento de las Cámaras o en la disciplina de voto, pueden interferir con derechos y garantías constitucionales de los parlamentarios, como la prohibición del mandato imperativo o la posibilidad del transfuguismo político por cambio de ideología.
- La participación indirecta en las instituciones constitucionales mediante la elección de sus componentes, que puede comprometer la independencia y objetividad de las mismas, especialmente cuando tengan que enjuiciar actuaciones financieras o irregulares de los Partidos o de sus componentes.
- La mediación informal en los conflictos inter-institucionales y de la política diaria que, suaviza y viabiliza el funcionamiento de las instituciones, sobre todo del Poder Legislativo y Ejecutivo, especialmente en situación de gobierno en minoría parlamentaria o de coalición.

B) El tercer sector.

Siendo *primer sector* el *público* (en el que se integran todas las instituciones de los Poderes constituidos), y *segundo sector* el *económico* (en el que se integran todas las instituciones privadas que realizan actividades económicas con fines de lucro), se ha denominado *tercer sector* al *social* (en el que se integran los individuos, familias y sobre todo instituciones sociales sin fines de lucro, tanto internas como supranacionales, pero no gubernamentales).

Aunque, en algunos medios, se reduce el concepto de *tercer sector* a las organizaciones internacionales no gubernamentales (ONGs) de carácter solidario, no hay razones para excluir del mismo a cualquier instancia social carente de fines lucrativos, como las Asociaciones de todo tipo, incluidas las Iglesias y otras entidades de naturaleza religiosa, cultural o deportiva, entre otras.

Constituido al amparo de los derechos fundamentales a la libre asociación, en sus distintas vertientes, las entidades del *tercer sector* presentan conjuntos de personas vinculadas voluntariamente por una convención de tipo *vereinbarung*, es decir, de convergencia de intereses, lo que explica que su reconocimiento precise una norma estatal (*ley de reserva autonómica*) que, a su vez, respete la autonomía de funcionamiento de la propia organización privada (*ordenamiento autónomo privado*).

Este efecto se aprecia perfectamente en el caso de las Iglesias, donde la Ley estatal de libertad religiosa reconoce su existencia y, a la vez, su propio Derecho interior (como, en el caso de varias Iglesias cristianas, es el Derecho Canónico o, en otras, el propio Derecho estatutario religioso de cada una de ellas), el cual puede incluso tener dimensiones supraestatales. También se observa el mismo fenómeno en el ámbito de las instituciones deportivas y en no pocas Asociaciones y Fundaciones privadas.

La trascendencia del *tercer sector* y de sus instituciones propias, como el voluntariado, con respecto a la *división de poderes* se presenta, en general, mediante elementos de conformación de la opinión pública, de formación de grupos de presión, así como, eventualmente, mediante órganos arbitrales o cuasi-jurisdiccionales de composición de intereses (como son los órganos internos de justicia deportiva o religiosa).

Las relaciones de estas instituciones con el Estado deben estar presididas por los principios de separación de ámbitos, cooperación en campos de interés común y primacía de las normas estatales de orden público (entendiendo por tales las exigidas por el necesario respeto a los derechos humanos fundamentales) sobre las tradiciones propias, por muy venerables que éstas sean.

XV CONCLUSIONES.

Al comenzar este estudio describí la *separación de poderes* como una doctrina politológica, originada en el constitucionalismo occidental, por la que el poder del Estado, tanto en sus instancias centrales como en las dotadas de una descentralización no meramente administrativa, debe ser limitado, asignando cada una de las funciones típicas en las que se manifiesta (principalmente, la legislativa, la ejecutiva y la judicial) a órganos o complejos orgánicos diferentes (principalmente, el Parlamento, el Gobierno y los órganos jurisdiccionales), de suerte que se contrapesen mutuamente y que, de ese equilibrio, resulte garantizada la libertad y demás derechos humanos y, en suma, la democracia.

El análisis de las complejas nociones que encierra esta descripción (el *poder* en general, el *poder político* en particular, así como el *Estado*, sus *elementos*, *formas*, *funciones* y *Poderes*), aun siendo somero, ha revelado: i) que el *poder* estatal es formidable pues comprende, nada menos, que la innovación del *ordenamiento jurídico* mediante disposiciones obligatorias que, en sus tres *niveles* (constitucional, legal e impositivo), determinan el establecimiento de un *orden jurídico* que delimita la *esfera jurídica* de todos los ciudadanos; ii) que un tan inmenso poder ha de ser necesariamente limitado, siendo la *doctrina de la división de poderes* el principal, aunque no el único, mecanismo para lograrlo; y iii) que los múltiples y complejos factores intervinientes en las nociones analizadas determinan que la imprescindible limitación del poder estatal requiera un permanente esfuerzo de actualización de tales mecanismos.

A la vista de las múltiples interferencias entre funciones y Poderes y de las variadas instituciones que el constitucionalismo ha alumbrado para mitigarlas y encauzarlas, así como los nuevos poderes y funciones emergentes que apunta la actual Politología, estimo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Necesidad.

La *doctrina de la separación de poderes* sigue siendo necesaria, en el ámbito o nivel estatal: i) para garantizar los derechos y libertades fundamentales; ii) para mantener la lucha por el imperio del Derecho y contra las inmunidades del poder político en todas sus manifestaciones; y iii) para el control, límite y moderación, no sólo de las tres clásicas manifestaciones del poder político estatal, sino también de los nuevos poderes emergentes y de las nuevas manifestaciones y ámbitos del poder.

Esta doctrina, obviamente, no trata sólo de dividir, sino también de contrapesar y equilibrar los poderes constituidos para lograr un funcionamiento armónico, pero, sobre todo, que preserve la vigencia práctica de los principios de libertad de los ciudadanos, razonabilidad y juridicidad de las decisiones públicas y responsabilidad de todos los gobernantes.

Por otra parte, esta doctrina tampoco supone una igualdad absoluta entre los tres clásicos Poderes constituidos ni un monopolio de los mismos sobre las respectivas funciones, sino un sabio equilibrio que posibilite el funcionamiento adecuado del sistema constitucional.

Esta necesidad no impide, obviamente, la existencia de disfunciones e interferencias entre los tres clásicos Poderes y sus respectivas funciones, máxime habida cuenta la extraordinaria complejidad de los actuales Estados de Derecho. Pero tales situaciones sólo son estímulos para su solución, normalmente mediante decisiones del

poder constituyente de forma directa en la Constitución o en disposiciones legales incluidas en el *bloque de la constitucionalidad* afectado por el sector o ámbito en el que tales disfunciones o interferencias se produzcan y deban ser abordadas.

En efecto, no debe perderse de vista que la división de poderes afecta a *Poderes constituidos* por lo que las disfunciones entre ellos deben ser resueltas en el ámbito superior que representa el *poder constituyente* y los órganos del Estado en sentido global (*Gesamstaat*), encargados de impersonar los poderes de interpretación, reforma o emergencia constitucional y, en especial, del Tribunal Constitucional como árbitro último para la delimitación de las esferas competenciales de cada Poder constituido.

2. Sistemática.

Pero la *doctrina de la división de poderes* rebasa el nivel estrictamente estatal y, por eso, debe ser entendida, más allá de las *Teorías Generales del Estado y del Derecho*, en el marco holístico de la *Sistemología estructural* aplicada a las Ciencias Sociales, como una *teoría competencial de círculos concéntricos*, con arreglo a la cual las diversas instancias sociales actuantes (personas, familias, entidades asociativas privadas e instituciones de niveles locales, regionales, estatales y supra-estatales o internacionales) tienen atribuidas (por convenciones constitucionales diversas) sus propios ámbitos de acción y de autonomía orgánica y funcional (*domain reservé*), todos los cuales precisan fórmulas y mecanismos de relación, limitación de poder y solución ordenada de conflictos; pero teniendo en cuenta que el establecimiento, reconocimiento y operatividad de tales ámbitos, fórmulas y mecanismos no es heterónimo sino que deriva de la *potencia constituyente originaria* de los grupos sociales que, al estar organizados en múltiples niveles, originan también un *Derecho multinivel*.

3. Razonabilidad.

Volviendo al nivel estatal en el que se formuló, la clásica *doctrina de la división de poderes* sigue siendo fructífera para entender que el *Estado de Derecho*, no sólo es también un *Estado multinivel* (conformado por un *Derecho* que es, igualmente, *multinivel*) sino, además y más profundamente, un *Estado de razón*, cuya base es la interdicción constitucional de la arbitrariedad y la exigencia, también constitucional, de responsabilidad a todos los titulares de poderes en los distintos ámbitos de actuación de los mismos¹⁴⁰. La alta función consultiva, absolutamente independiente,

¹⁴⁰ He estudiado ampliamente estas cuestiones en mi trabajo titulado "La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos", publicado en la obra colectiva *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía* (coord. por Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez), Madrid, 1996, págs. 123-190.

rigurosamente calificada y también estructurada orgánicamente en los distintos niveles y ámbitos de poder, es crucial para asegurar preventivamente la razonabilidad y proporcionalidad de las actuaciones públicas en la aplicación del Derecho, sin perjuicio siempre de un eventual posterior control jurisdiccional.

4. Flexibilidad.

La razonabilidad y proporcionalidad inherente al nuevo modelo de *Estado de Derecho multinivel* no tolera la rigidez de un *ius strictum* de aplicación inflexible e incondicionada, sino que más bien postula un *Derecho dúctil*, no en el sentido de que sea moldeable, suave y mínimamente coactivo (*soft law*), sino en el sentido de ser: i) *múltipolar* (estructurado en cada uno de los grandes círculos concéntricos en los que se organiza la realidad y, por tanto, las competencias, es decir, el *agere licere* social); ii) *diacrónico* (comprensible desde la evolución normativa en el tiempo, aplicado al tiempo presente y siempre puesto en tensión prospectiva hacia el futuro); iii) *diatópico* (integrado por múltiples decisiones normativas adoptadas en distintos lugares); iv) *multitextual* (recogido en múltiples instrumentos normativos, tanto estatales, como supra, infra o meta-estatales); y v) *globalizado* (inspirado, no en criterios nacionalistas y particularizantes, sino más bien *excéntrico*, esto es, fundado en valores ampliamente compartidos por las grandes tradiciones jurídicas comparadas y convergentes en un *Derecho global*).

5. Constitucionalidad.

Pese a las afirmaciones *anteriores*, el análisis de la *doctrina de la división de poderes* y de su aplicación diacrónica revela que el nivel estatal sigue siendo *necesario* para preservar los derechos humanos y, en suma, la democracia. Es más, en los Estados compuestos (regionalizados, autonómicos, federales o confederales), no sólo es necesario el Estado en su sentido global (*Gesamstaat*), sino especialmente en su ámbito central (*Oberstaat*), en el que reside la potestad de *indirizzo político* general que las instituciones descentralizadas integrantes del *Gliedstaat* no pueden prestar con eficacia en el ámbito mucho más amplio que requiere la actual globalización.

Pero, cualquiera que sea el modelo de distribución territorial del poder estatal, para que la *doctrina de la división de poderes*, produzca los efectos de limitación del abuso de poder para la que fue formulada, se requieren, además, otras condiciones, como son los siguientes *valores transversales*: i) la *cultura constitucional*, que, a su vez, requiere una adecuada *educación política*, para entender la naturaleza, límites, finalidad y *posición institucional* de los distintos poderes actuantes y la creación, despolitización y absoluto respeto a la independencia de las instituciones consul-

tivas, judiciales, de regulación, armonización, fiscalización y control; ii) la *lealtad constitucional*, para ejercer de buena fe las propias competencias y ámbitos de reserva competencial, con las auto-restricciones que requiere la conservación y perfeccionamiento del sistema político, lo que se traduce en valores derivados como son el *sentido de Estado* y el llamado *patriotismo constitucional*, por los cuales son apartados de la lícita confrontación político-ideológica las grandes cuestiones esenciales para la convivencia y actualización del pacto constituyente para decidirlos mediante los oportunos *pactos de Estado* sobre las grandes cuestiones entre las fuerzas sociales, económicas y políticas; iii) la *conciencia de la pluri-dimensionalidad* del sistema jurídico, político y social, que conlleva valores derivados como el respeto a la *multi-culturalidad*, a la *tolerancia* de las diferencias, al *pluralismo* en sus diversas vertientes y al logro y perfección del Estado social, salvo siempre el superior respeto a los derechos humanos y a las limitaciones objetivas impuestas por la *sostenibilidad* económica y ecológica¹⁴¹.

Tales valores impelen a rechazar modelos de *democracia de baja intensidad* y optar por los de *democracia abierta e inclusiva* que corresponden a la lógica deóntica y teleológica de la *división de poderes*.

¹⁴¹ He analizado esta problemática en mi trabajo titulado “La Administración entre el Derecho público y el privado: doce grandes transformaciones que precisa nuestro sistema jurídico”, publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, 17, 2018, págs. 195-292.

II

RELACIONES DE COLABORACIÓN Y CONFLICTO

MESA REDONDA PRIMERA.
RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

**EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE
LOS ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO
DE POTESTADES DISCRECIONALES**

Jesús Cudero Blas
Magistrado del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Muy resumidamente, el llamado “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa” se fundamenta en tres proposiciones: la primera, que la Ley otorga potestades a la Administración que le permiten dictar disposiciones generales y actos que se presumen válidos y eficaces; la segunda, que se traslada al destinatario de aquella actividad la carga de impugnarla judicialmente, para lo cual habrá de justificar la invalidez invocada y los hechos constitutivos de su derecho; la tercera, que el proceso administrativo permite enjuiciar aquella actividad (o inactividad) administrativa, en el bien entendido que no se fiscaliza a la Administración para evitar que actúe, sino después de haberlo hecho (u omitido su deber de actuar).

Es evidente que después de la Constitución, ese carácter revisor debe cohonestarse necesariamente con el derecho a la tutela judicial efectiva (en la parte del mismo referida a la proscripción de la indefensión, el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes) y con el alcance del propio control judicial a tenor del artículo 106 CE, que recae no solo sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria o la legalidad de la actuación administrativa, sino también sobre el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican, lo que permite declarar nulo un acto que se aparte de esos fines

El contenido de ese carácter podríamos sintetizarlo así: a) En el proceso judicial es imprescindible la presencia de una Administración Pública (o ente sometido al Derecho Administrativo) por ser ésta el verdadero centro de imputación de la decisión,

actividad o inactividad correspondiente, que son, propiamente, las que dotan de contenido a la actividad jurisdiccional; b) El proceso se produce *ex post facto*, es decir, dictado el acto u omitida la actuación a la que –legalmente– el ente público venía obligado; c) El recurrente no solo puede interesar la declaración de nulidad de la actuación que impugna, sino que puede ejercitar una pretensión de plena jurisdicción en los términos que veremos; d) Son impugnables los actos singulares, reglamentos, vías de hecho, inejecución de actos firmes, cumplimiento de obligaciones reconocidas e inactividad jurídica en los casos de silencio; e) No todo acto es recurrible, sino sólo los que dispongan de cierta aptitud jurídica: que no sean de mero trámite; que no hayan ganado firmeza; que hayan agotado la vía impugnatoria previa o que no hayan sido consentidos por el interesado.

En la LJ de 1956 ya se afirmaba –en su Exposición de Motivos– dos cosas: la primera, que a pesar del nombre (“recurso” contencioso-administrativo) la jurisdicción no se concibe como una segunda instancia, sino como *“un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo”*; la segunda, que solo es revisora en cuanto requiere un previo acto de la Administración, *“sin que ello signifique que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración”*.

Y en nuestra ley actual (i) se parte del derecho a la tutela judicial efectiva y del art. 106 CE, que somete en su integridad la actividad administrativa al control judicial, (ii) se incorpora a la actividad impugnable actuaciones que no son propiamente actos administrativos y (iii) se afirma que la finalidad de la nueva ley es superar la concepción revisora del recurso para *“abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”*.

II. EL CARÁCTER REVISOR TRAS LA CONSTITUCIÓN

Puede afirmarse que el principio revisor debe limitarse a un núcleo irreductible constituido, de una parte, por el acto, norma, actuación o inactividad que se impugna; y de otro lado, por la pretensión ejercitada frente a ese acto, que no puede ser diferente de la articulada ante la Administración. Ahora bien, cabe afrontar la impugnación desde una perspectiva diferente a la vía previa. Así:

- Cabe suscitar hechos nuevos o distintos de los apreciados por la Administración.
- La valoración de la prueba efectuada en el expediente administrativo no conforma una verdad que no pueda ser discutida, refutada o destruida en el proceso judi-

cial, al punto de que la presunción de validez es *iuris tantum* sin que, iniciado el proceso, los hechos aportados por la Administración tengan mayor valor que los ofrecidos por el interesado (principio de igualdad de armas, que se deriva del derecho a un proceso con todas las garantías).

- Cabe proponer en el proceso nueva prueba sin ceñirse a la practicada en la vía administrativa ni limitarse a la que no pudo ser allí practicada o la referida a hechos sobrevenidos.
- Cabe esgrimir motivos nuevos -no pretensiones- no aducidos en las vías precedentes, existiendo libertad de configuración para su invocación (artículo 56.1 LJ: *“en los escritos de demanda y de contestación se consignarán...las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración (...)”*).
- Es posible solicitar que el Tribunal entre en el fondo del asunto cuando el órgano revisor administrativo no lo ha hecho, sin necesidad de retrotraer el procedimiento para que dicho órgano se pronuncie.

Merece la pena detenerse en este último aspecto, en el bien entendido de que las pretensiones deben ser diferenciadas de los motivos, pues éstos –y solo éstos– se pueden esgrimir con libertad dialéctica en el proceso, hayan sido o no utilizados ante la Administración.

Aquí la pregunta clave es si cabe el examen de la pretensión de fondo pese a no haber entrado en ella la Administración: esto se da con frecuencia en la práctica y conviene precisarlo porque a menudo se confunde la necesidad del acto previo con el supuesto derecho de la Administración a resolver sobre el fondo del asunto. Y es importante señalar que el principio revisor se satisface cuando se agota la vía impugnatoria preceptiva, sin que haya obligación de reenviar la cuestión al órgano de revisión para que entre en el fondo si inicialmente no lo hizo.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA

En el proceso se pueden practicar cuantas pruebas pretendan las partes y admita el Tribunal, sin limitación por razón de lo actuado en la vía precedente. Por tanto:

- 1) Es incorrecta la limitación de la prueba judicial a la mera crítica de la valorada en vía administrativa. La prueba administrativa, documentada en el expediente, puede ser suficiente para resolver, teniendo el órgano judicial la facultad para determinar esa suficiencia, pero ello no es obstáculo para que el recurrente pueda

- interesarse y –si resulta procedente a juicio del Tribunal– obtener el recibimiento a prueba del recurso con el fin de enervar los hechos tenidos en cuenta al dictar el acto recurrido.
- 2) Quien interese la prueba tiene la carga de expresar de forma ordenada los puntos de hecho (artículo 60.1 LJ), requisito que no es puramente formal, sino sustantivo y su infracción no es subsanable, en principio, aunque en la práctica se acepta su expresión en el recurso de reposición.
 - 3) Una norma especial para la prueba procesal que la independiza de la prueba previa es la obligación de celebrarla en caso de sanciones administrativas y disciplinarias, cuando haya discrepancia en los hechos.
 - 4) El Tribunal puede decretar de oficio, ya el recibimiento a prueba -cuando las partes no la han instado- ya la práctica de pruebas no pedidas a través de las diligencias finales, término que sustituye al antiguo de diligencias para mejor proveer.
 - 5) Puede proponerse cualquier medio probatorio pertinente y útil, para acreditar cualquier hecho de relevancia para el proceso. En particular, pueden aportarse documentos públicos, privados o mercantiles no facilitados a la Administración, aunque no sean posteriores al procedimiento.
 - 6) Procede la prueba pericial aunque no se hubiera promovido ante la Administración: será admitida en función de su previsible trascendencia, de la idoneidad del perito o del objeto de la pericia, pero no se podrá denegar sólo porque no se hubiera promovido una prueba similar ante la Administración.

IV. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

La discrecionalidad administrativa y su reflejo en los llamados actos de imperio gozaron tradicionalmente de una completa inmunidad frente al poder judicial al no preverse su impugnación mediante el recurso contencioso-administrativo. El recurso de exceso de poder (*excès de pouvoir*), el vicio de forma como motivo de impugnación y, finalmente, la desviación de poder constituyeron los primeros hitos para terminar con aquella inmunidad.

En nuestro ordenamiento actual, varios preceptos constitucionales (el artículo 24.1, el artículo 103.1 y el artículo 106.1, sustancialmente) imponen claramente un control judicial de la discrecionalidad administrativa en una doble dimensión: la institucional, derivada del mandato de servicio a los intereses generales (artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución), y la individual, que consiste en una garantía con rango de

derecho fundamental de los derechos e intereses legítimos de todos y que no es otra que la tutela judicial efectiva. La intensidad del control se encuentra en consonancia con la tutela judicial efectiva: el control debe alcanzar hasta donde sea necesario para garantizar dicha tutela.

Las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad son conocidas: el control de los elementos reglados, el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho. Merece destacarse, en relación con los elementos reglados, la desviación de poder (inserta en los elementos reglados del acto, concretamente en la extensión de la potestad), que concurre tan pronto como el fin pretendido por la Administración diverge del fijado en la norma habilitante. Como ha señalado el Tribunal Supremo (desde la conocida sentencia de 18 de marzo de 2011 (recurso núm. 1643/20017) la desviación de poder existe no solo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, sino también cuando se persigue un fin público ajeno, distinto del previsto por el ordenamiento para el caso concreto.

El verdadero problema que suscita esta técnica de control radica en su dificultad probatoria, respecto de la que la jurisprudencia viene apelando a la “convicción moral que se forme el Tribunal” o al “suficiente grado de certeza sobre el apartamiento del fin”, admitiendo presunciones a este respecto siempre que se acrediten los hechos de que parte la inferencia y el enlace preciso, lógico y directo, ambos requisitos exigidos siempre en el ámbito procesal a tenor de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El control de los hechos determinantes exige detenerse también en la aplicación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados, pues, con ellos, la norma habilitante puede delimitar las potestades o imponer ciertos límites: si pueden expropiarse bienes en casos de catástrofe o calamidad pública, la concurrencia de esa situación es la que permite a la Administración actuar. Para la mayoría de la doctrina, el único privilegio de que goza la Administración radica en su apreciación previa de los hechos y presunción de legalidad de la dicha apreciación, pero la efectiva concurrencia de la situación puede discutirse en sede judicial: el juez ejerce un control completo sobre la concreción que la Administración ha realizado del concepto jurídico indeterminado a través del margen de apreciación, estudiando si resulta posible reconducir la zona de penumbra o halo del concepto, en el que opera dicho margen, a la zona de certeza positiva.

Por otra parte, precisa un planteamiento separado el control judicial de la (mal llamada) discrecionalidad técnica. El medio procesal apropiado para cuestionar la juridicidad de la decisión administrativa (con base en criterios técnicos y científicos) radicaría en la prueba pericial que los Tribunales han de valorar conforme a la sana crítica, en el bien entendido que debe preservarse un núcleo discrecional –según la jurisprudencia– dentro del cual puedan ampararse soluciones jurídicamente indiferentes.

No está de más señalar aquí que el término (discrecionalidad técnica) resulta inapropiado. Nos encontramos, en realidad, ante conceptos jurídicos indeterminados porque la ley define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica, sea porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser precisados al enunciarse, bien porque el legislador ha preferido no acotarlos para permitir que la Administración se atempere a las circunstancias del caso.

Son conceptos de esta naturaleza la buena fe, interés social, calamidad o catástrofe pública, extraordinaria y urgente necesidad. Pero también lo son, sin duda, el “mérito y capacidad” a los que debe necesariamente atemperarse el acceso a las funciones públicas.

Lo importante es señalar que cuando nos hallamos ante el ejercicio de una potestad discrecional, la Administración goza de libertad de elección entre alternativas igualmente justas. Pero la aplicación al caso concreto del concepto jurídico indeterminado solo permite una solución justa.

En el estado actual de la jurisprudencia, puede afirmarse que el control de la decisión técnica solo puede recaer sobre el error manifiesto en la apreciación técnica y sobre la arbitrariedad.

Pero, ¿cuáles son los límites del control judicial?.

El primero y fundamental es destacar el carácter estrictamente legal del control; la supervisión de los jueces no puede implicar un traslado de potestades administrativas hacia el poder judicial pues la impugnación de los actos administrativos no puede convertirse en una vía para sustituir al titular de la decisión política.

Y aquí es donde se despliega en toda su intensidad el artículo 71.2 LJ: ¿pueden los jueces y tribunales sustituir las decisiones discrecionales de la Administración cuando pueda afirmarse realmente que el contenido de la decisión ha consistido en una opción entre soluciones jurídicamente indiferentes? ¿O han de limitarse siempre y en todo caso a la anulación de la decisión administrativa sin determinar el contenido correcto del acto?

Conviene aquí distinguir varios supuestos, que se desprenden de la jurisprudencia: a) Si el acto anulado concreta el resultado del ejercicio de una potestad reglada, la sustitución carece de polémica dado que el juez encuentra en el ordenamiento todas las directrices para dictar una decisión correcta; b) Si la inicial pluralidad de soluciones jurídicamente indiferentes que caracterizan la discrecionalidad se ha reducido a una única opción, es decir, queda tan solo una única actuación conforme a Derecho, se

justificaría que el juez, en un acto de economía procesal, condene a la Administración a la realización de una actuación concreta.

En cualquier caso, la práctica totalidad de las decisiones estimatorias de los Tribunales en relación con la “discrecionalidad técnica” se asienta en razones de índole puramente formal: se anula la decisión (el nombramiento del empleado público) por su deficiente motivación, ordenando a la Administración que –previa retroacción del procedimiento administrativo- adopte un acuerdo debidamente razonado.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 (RECURSO 3157/2013): LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL.

El supuesto de hecho en el proceso era el siguiente: a) La interesada participa en un concurso oposición optando a una plaza de “medicina intensiva” para el servicio de salud de una Comunidad Autónoma; b) El proceso selectivo constaba de un test y la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre los cuatro propuestos por el Tribunal; c) No superó este segundo ejercicio al no alcanzar la puntuación mínima establecida en la convocatoria; d) Solicitada la revisión del examen, el Tribunal informó de las razones de la puntuación otorgada en atención a un modelo de respuestas que había sido preestablecido por el propio Tribunal; e) En sede judicial, se emite informe pericial en el que se interesa del perito que informe sobre (i) si la calificación del tribunal Calificador es correcta o hay *“errores palmarios y manifiestos en la misma”* y (ii) si dicha valoración fue objetiva u obedeció a otros intereses distintos de los de la imparcialidad que debe regir en todo proceso selectivo; d) La sentencia de instancia desestima el recurso afirmando, respecto del dictamen pericial, que el mismo es admisible pero resulta insuficiente para estimar el recurso, pues *“lo que en realidad se pretende es sustituir el criterio de dicha Comisión por el aducido en dicha prueba, sin poner de manifiesto el error patente, y sin ninguna duda en el que se incidió por la Comisión al proceder a su valoración cuando dicho error se trata de evidenciar por medio de un informe pericial de parte, que aunque válido, no expresa más que la opinión de un especialista frente a la manifestado por quienes componían el Tribunal Calificador del proceso selectivo”*.

En la sentencia de casación se contienen dos afirmaciones que completan la jurisprudencia y que tienen cierta relevancia:

La primera que, en el control jurisdiccional de la llamada discrecionalidad técnica, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida

la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse. Y ello por cuanto (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error; y para ello será necesario (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.

El recurso no prospera, finalmente, por cuanto la lectura de lo que ese informe expone sobre lo que respondió la actora en las distintas preguntas, y sobre lo que valoró el Tribunal Calificador, tan sólo permite constatar ese distinto parecer técnico sostenido por la perito que acaba de señalarse en relación con los criterios y soluciones elegidos como correctos por el Tribunal Calificador, pero no que dichas opciones de este último hayan sido mayoritariamente considerados por la Comunidad Científica como errores inaceptables o evidentes. En definitiva, la revisión del núcleo del juicio técnico del órgano de calificación del proceso selectivo sólo resulta jurídicamente procedente cuando se justifica un error de la entidad y características que permitan singular una gravísima equivocación, que sí merece una calificación jurídica.

La sentencia cuenta con un voto particular que afirma lo siguiente:

“Entendida la discrecionalidad técnica como una presunción iuris tantum, si se quiere más fuerte, dada la naturaleza especializada de los órganos de procedencia, podrá ser vencida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidas y valoradas con arreglo a la sana crítica. Desde ese

punto de vista es evidente que el órgano judicial, salvo en cuestiones jurídicas en que debe conocer el derecho, no puede sustituir el criterio de los Tribunales Calificadores por el suyo propio, pero cuando valora las pruebas del proceso y llega a una conclusión razonable según las reglas de la sana crítica no aplica su criterio propio, sino el resultado del proceso que pone de manifiesto el error en que ha incurrido la Administración”.

Finalmente, según el propio voto, la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia. En cualquier caso, al tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera hacer supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración.

Es obligado afirmar que esta sentencia parece dar un paso adelante en el control y otro atrás. Por de pronto, parece declarar ya que la prueba pericial es apta para determinar una eventual anulación de la resolución recurrida por error patente, es decir, por arbitrariedad. Pero parece afirmar también que lo que le atañe al perito es justificar que la discrepancia manifestada es respaldada por la mayoría de la comunidad científica. Y aquí la cuestión es simple: ¿no será una carga excesiva para el recurrente acreditar esa casi unanimidad científica?

Podría decirse –como ha apuntado un cualificado sector doctrinal– que el criterio de la opinión mayoritaria de la comunidad científica equivaldría *de facto* a cambiar un concepto (discrecionalidad técnica) por otro tanto o más inabarcable (la opinión mayoritaria de una comunidad de límites imprecisos).

MESA REDONDA PRIMERA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL PODER JUDICIAL

**EL ACTO POLÍTICO Y SU REVISIÓN
POR LOS TRIBUNALES¹⁴²**

Eduardo Gamero Casado

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide
Consejero de Montero-Aramburu Abogados
ORCID 0000-0002-6734-8672*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN UN ESTADO DE DERECHO. 2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO. 3. EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO TRAS LA LJCA 1998. 3.1. ÁMBITO ORGÁNICO. 3.2. ÁMBITO OBJETIVO. 3.3. LAS TÉCNICAS DE CONTROL JUDICIAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO. 3.4. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA. 4. EL CONTROL DE LOS LLAMADOS ACTOS PARLAMENTARIOS. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN UN ESTADO DE DERECHO

El control de los tradicionalmente llamados actos políticos es un tema que alude a los límites, a los confines del Estado de Derecho. El alcance de ese control es una incógnita que se debe despejar mediante una complicada ecuación, que cuenta con dos factores principales:

1. El primero de ellos es el que podríamos llamar *la lucha por las inmunidades del poder*, tal y como la calificó el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en 1962¹⁴³, en un célebre y pionero trabajo sobre este tema, inspirado en la convicción de que no pueden quedar espacios de la actuación del poder público exentos

¹⁴² Este texto es una versión ampliada de la ponencia que se pronunció el 16 de noviembre de 2017 en las XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico, y que se preparó posteriormente para el Libro homenaje al Profesor Luciano Parejo Alfonso.

¹⁴³ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962), “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, pp.159-208.; posteriormente actualizado y editado como monografía, cuya edición más reciente es (2016): *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

de control. Alude a tres ámbitos de inmunidad que hay que combatir: la discrecionalidad administrativa, los actos políticos y la potestad normativa (reglamentaria).

2. El segundo factor de la ecuación es el *principio de división de poderes*, ese delicado sistema de equilibrios y contrapesos al que aludía certeramente CARRÉ DE MALBERG. Porque no se trata de que haya actos fuera de control, sino del tipo de revisión que debe desplegarse en cada caso. En efecto, el Estado de Derecho ha articulado diferentes mecanismos de control en función de la naturaleza de los actos del poder público, de tal forma que la revisión judicial de los actos de otros poderes públicos puede ser intrusiva y alterar ese difícil equilibrio de contrapesos al que aludíamos.

La incógnita de esta ecuación en cuanto a la intensidad de esa fiscalización, cabe ya anticiparlo, no puede despejarse o resolverse con una fórmula estándar o predeterminada: el control de los actos del Gobierno, sean políticos o no, aunque se articule mediante unas herramientas predefinidas, exige, como hemos de ver, un análisis circunstancial de cada caso, que determine de manera singular hasta dónde puede llegar.

A su vez, se manifiestan en nuestro ordenamiento otras actuaciones que presentan *prima facie* cierta proximidad con los actos políticos del Gobierno, pero que se adoptan en el ámbito parlamentario. Por su propia naturaleza, no se encuentran sometidas al Derecho administrativo ni al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar, por una parte, de la proximidad que su contenido material presenta a veces respecto de los actos políticos del Gobierno, y a pesar también, por otro lado, de que la actuación materialmente administrativa de los órganos constitucionales parlamentarios se encuentra sometida al pleno control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene detenerse en comparar ambos ámbitos de la actuación pública (actos del Gobierno y actos parlamentarios), siquiera sea para recordar que, en un Estado de Derecho, el control de los poderes públicos no está sujeto siempre a los mismos mecanismos ni a la misma intensidad, por más que la naturaleza de su respectiva actuación sea ocasionalmente muy próxima (por no decir equivalente). Es consecuencia de la posición institucional que ocupa cada órgano emisor en el entramado de equilibrios y contrapesos de poder, que sigue presentando como aberrante el control judicial de los órganos constitucionales.

2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO

La exposición de la evolución que ha experimentado el control de los actos políticos no es superflua ni responde a un mero alarde de erudición, pues contiene elementos clave para comprender la situación en que actualmente se encuentra la materia en examen.

Como ha explicado en Francia DUEZ¹⁴⁴, la doctrina del acto político o de Gobierno es una construcción del Consejo de Estado francés, a partir del *arrêt Laffite*, de 1 de mayo de 1822, en la que se declara que “Los actos llamados *de alta política* son actos de Gobierno, y no son susceptibles de ser impugnados en vía contenciosa¹⁴⁵”.

Esta tesis se incorporó a nuestro Derecho en el siglo XIX mediante una doble operación normativa. En primer lugar, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1888 (Ley Santamaría de Paredes), delimitó el ámbito de la jurisdicción mediante la cláusula de atribución general con excepciones, entre las que se encontraban (art.4.1) “las cuestiones que, por la naturaleza de los actos que nazcan o de la materia sobre la que versen, se refieran a la potestad discrecional”. El Reglamento de la Ley, de 29 de diciembre de 1890, concretaría este precepto diciendo (art.4.4) que “pertenecen señaladamente a la potestad discrecional [y por consiguiente quedan excluidos de control] las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan, o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno”. Es curioso percibir esta asimilación inicial entre el acto político y el discrecional, en una relación de género-especie, puesto que, después de muchos avatares, es la que finalmente ha acabado por imponerse y se encuentra hoy plenamente restablecida.

La situación varió con ocasión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en lo sucesivo, LJCA) de 27 de diciembre de 1956, cuyo art. 2, párrafo 2º, estableció: “No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: (...) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”.

¹⁴⁴ DUEZ, P. (1935): *Les actes de gouvernement*, Sirey, París, pp.30 ss.

¹⁴⁵ Sobre el origen de la doctrina del acto político en el Derecho francés véanse, entre nosotros, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1967): “La doctrina del acto político”, *RAP*, nº 53, pp.73 ss.; GARRIDO CUENCA, N. (1998): *El acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, CEDECS, Barcelona; y MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control judicial de los actos políticos de Gobierno en el Derecho español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, pp.4 ss.

Como se observa, plantea una delimitación expresa y positiva del ámbito del acto político, mediante un *sistema de lista* (a diferencia de lo que hará la LJCA de 1998, como hemos de ver), señalando cuatro concretas materias en las que se excluye el control jurisdiccional de los actos del Gobierno. Además, con una cierta indefinición, pues de la redacción literal del precepto podría deducirse que la relación no era excluyente, sino meramente ejemplificativa (“...como son los que...”), lo que consentía su ampliación por vía interpretativa.

Se observan tres períodos en la evolución jurisprudencial que ha experimentó este precepto tras su aprobación.

En un *primer momento*, que abarca desde la aprobación de la LJCA 1956 hasta la promulgación de la Constitución española de 1978, la jurisprudencia desplegó una interpretación amplia y permisiva del concepto de actos políticos del Gobierno. Algunas sentencias han sintetizado esta evolución, como por ejemplo, la STS 16 julio 1997 (RJ 5640), posteriormente reproducida por las SSTS 3 diciembre de 1998 (RJ 10.027), 26 noviembre 1999 (RJ 3197) y 14 diciembre 2000 (RJ 1555). También es muy profusa la bibliografía que en ese momento se ocupó del tema¹⁴⁶. No tiene interés recordarlo ahora, más que a efectos de percibir el abuso que, antes de la aprobación de la Constitución española, se hizo de la categoría, consagrando la existencia de espacios exentos de control judicial. Baste con saber que, por ejemplo, las sanciones “de orden público” se consideraron como actos políticos, y que se admitió en la categoría a actuaciones realizadas por los Ministros (y no por el Gobierno), ampliando también el alcance subjetivo u orgánico del ámbito del acto político.

Un *segundo período* abarca desde la aprobación de la Constitución española hasta 1993. En este tiempo, la jurisprudencia siguió siendo tolerante con los actos políticos y su exención de control, aunque empezó a vislumbrarse en los pronunciamientos judiciales un cierto cambio de enfoque: comienza a afirmarse que, tras la aprobación de la Constitución española, no cabe reconocer la existencia de ámbitos exentos de control judicial, en razón de los arts.9 y 24 CE¹⁴⁷. El primero de ellos declara, como

¹⁴⁶ Vid. especialmente BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1978): *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Ministerio de la Presidencia, Madrid; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (1973): *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, pp.79 ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1980): Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar”, *Documentación Administrativa*, nº 188, pp.77 ss.; y EMBID IRUJO, A (1991): “La justiciabilidad de los actos de Gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol.3, Civitas, Madrid, pp.2702 ss.

¹⁴⁷ Sobre la jurisprudencia recaída en este período vid. especialmente EMBID IRUJO, A (1991): “La justiciabilidad...”, *op.cit.*, pp. 2712-2725; CANO MATA, A. (1991): “Admisión por el Tribunal Constitucional de los actos políticos o de gobierno”, *REDA*, nº 72, pp. 555 ss.; URIARTE TORREALDAY, R. (1991): “La reciente jurisprudencia del Tribunal en materia de actos del Gobierno no controlables judicialmente”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 30, pp. 213 y ss.; COBREROS MENDAZONA, E. (1991): “Sobre el control de los actos de gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 31, pp.

es sabido, que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, así como proclama el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, instaurando, con ello, la plena sujeción a Derecho de los poderes públicos (llámense Gobierno o Administración); el segundo reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, y determina, en definitiva, que todos los actos son susceptibles de control judicial. Pero, tras esas proclamaciones, todavía un tanto retóricas, se siguen inadmitiendo o desestimando los recursos bajo la consideración de que se trata de actos meramente políticos, sin ofrecer por tanto un tratamiento consecuente de la cuestión y, desde luego, sin considerar derogado o inconstitucional el art.2.2 LJCA 1956. Son representativas del período las SSTs 9/6/1987 (RJ 4018) y 2/10/1987 (RJ 6688), en las que se sustentaron otras posteriores, y en particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, durante ese mismo período el propio Tribunal Constitucional avalaría estas tesis, mediante unas sentencias en las que declarararía la existencia de actuaciones del Gobierno que no están sujetas al Derecho administrativo, o que no son actos de la Administración. Se trata de las SSTC 45/1990, 146/1990, 220/1991 y 204/1992, en las que se afirma la existencia de actos del Gobierno exentos de control contencioso-administrativo, aunque eventualmente susceptibles de recurso de amparo constitucional en la medida que vulneren derechos fundamentales. Estas sentencias se sustentan en la doble “veste” del Gobierno, a la que alude implícitamente el art.97 CE, pudiendo diferenciarse en el mismo, a su decir, dos funciones constitucionales diferentes: como actor o poder político y como órgano cúspide o cima de la organización administrativa, esto es, como máximo órgano de la Administración. La primera de estas funciones no está sujeta al Derecho administrativo y, por consiguiente, tampoco sería susceptible de control judicial. Así, la STC 45/1990 afirma que:

“no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución [relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: disolución de las Cortes, declaración del estado de alarma, por ejemplo], o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes”.

161 ss.; GONZALEZ SALINAS, P. (1993): “Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno”, *REDA*, nº 79, pp. 493 ss.; y SAIZ ARNAIZ, A. (1994): “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RAP*, nº 134, pp. 225 ss.

El *tercer período* comienza poco después de esta fecha, a raíz de una serie de asuntos con enorme impacto social, que llevaron al Tribunal Supremo a reconsiderar sus postulados imprimiendo un giro radical a su doctrina. El impacto de estos asuntos supuso una intensificación exponencial del debate sobre los actos políticos, desplegándose una gran presión sobre los órganos judiciales (sobre el Tribunal Supremo), llevándole a reflexionar profundamente sobre los confines del Estado de Derecho y a reconsiderar su posición en la materia.

Se trata, en primer lugar, STS 28/6/1994 (RJ.5050), en la que se resolvieron los recursos interpuestos por la Unión Judicial Independiente, la Asociación Profesional de la Magistratura y la Asociación de Fiscales, contra el Real Decreto 364/1992 de 10 de abril por el que se nombraba Fiscal General del Estado a don Eligio Hernández Gutiérrez. Se alegaba por los recurrentes que el afectado no reunía el requisito de ser designado “entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”, tal y como establecía el art.29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ante esta situación, la Sala procede a verificar el cumplimiento de este requisito y anula el nombramiento, estableciendo la siguiente doctrina:

“Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

Un caso típico es el que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento. El artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección de Fiscal General del Estado se haga «entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión». Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al

Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales.

Ciertamente, no desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada, al mismo tiempo, en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el poder legislativo”.

Esta sentencia supuso un giro copernicano respecto de la doctrina anterior, suscitando un gran impacto, pues reconoció un nuevo ámbito en el que los actos políticos serían susceptibles de control contencioso-administrativo: cuando el ejercicio de esa “potestad política” se encuentre condicionado por las normas mediante la determinación de “conceptos judicialmente asequibles”, o, como también reza la sentencia, con “un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito mediante un lenguaje netamente jurídico-administrativo”. Se trata, en suma, de lo que convencionalmente calificamos como “elementos reglados” en las potestades administrativas discrecionales. En su virtud, el Tribunal Supremo revisa el cumplimiento de diferentes requisitos legales asociados al nombramiento, como los términos en que debe desarrollarse la previa audiencia del CGPJ, o los 15 años de ejercicio de la profesión, y finalmente lo anula por incumplimiento de este último.

Aunque esta doctrina fue acogida favorablemente por la mayoría de la doctrina, no estuvo exenta de críticas¹⁴⁸, reprochando la imposibilidad de construir y delimitar un espacio estrictamente político de la actividad del Gobierno, exento de control judicial.

Enseguida, el debate se intensificó a raíz de la tramitación, en 1995, de un Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se apartó de ese precedente judicial, incluso ampliando el ámbito de exención del control en su art.3 c), que declaraba excluidos del ámbito de la JCA “los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. Este polémico Proyecto finalmente no llegó a ver la luz, por disolución de las Cortes Generales (contemplando ahora las Leyes 39 y 40/2015, muchos nos preguntamos por qué no habrán seguido la misma suerte).

¹⁴⁸ Al final de este apartado haremos balance de las opiniones a favor y en contra de esta nueva línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Y aunque hay otras sentencias durante el período el examen, debemos completar y concluir en análisis con las conocidísimas SSTS 4/4/1997 (RJ.4513, 4514 y 4515), en los asuntos conocidos como “los papeles del CESID”. Como es sabido, con ocasión de este asunto se dio la grotesca paradoja de que el TS tenía que decidir el carácter secreto o no de unos documentos que ya eran de completo dominio público. Se trataba de un proceso penal en el que se enjuiciaban unos presuntos crímenes de Estado: para combatir a la banda terrorista ETA supuestamente se creó o promovió un grupo criminal conocido como GAL; el CESID disponía de unos documentos (los susodichos “papeles”) en los que, entre otras anotaciones, figuraba la abreviación “Pte.”, que los querellantes traducían como “Presidente” (en orden a implicar al del Gobierno), en tanto que desde las fuentes oficiales se entendía que aludía a “Pendiente”. Para poder utilizar esos documentos como prueba en el proceso penal debía levantarse su calificación como secretos, o cuando menos, ser entregados a los magistrados de manera reservada para que los pudiesen valorar; el Gobierno rechazó la entrega de los documentos, que a pesar de todo y como ya se ha dicho, eran ya de dominio público al haber sido publicados por la prensa como consecuencia de una filtración. Los querellantes recurrieron en vía contencioso-administrativa contra la denegación de entrega de los documentos. En orden a desplegar su juicio, el Tribunal Supremo, sometido a una intensísima presión mediática, reitera la doctrina anterior sobre los “conceptos jurídicamente asequibles”, pero añade un elemento adicional de control contencioso-administrativo: entiende el Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva debe prevalecer cuando, frente a la naturaleza política del acto, prevalezcan otros bienes constitucionales protegidos que tengan mayor rango o relevancia. En ese sentido, observa que la necesidad de verificar la calificación como secretos de los documentos es la premisa para que se puedan enjuiciar graves delitos, cuya presunta comisión afecta nada menos que al derecho a la vida (art.15 CE). Esa afeción a un derecho fundamental, y nada menos que el derecho a la vida (cúspide del sistema constitucional de valores), es lo que lleva al Tribunal a reconocer que se debe controlar la actuación del Gobierno. Y decidió que los documentos debían ser entregados a los jueces penales.

Las sentencias de 1994 y 1997 desataron posiciones enfrentadas, como no podía ser de otra manera. Aunque cualificados autores rechazaron sus postulados al considerar que existe un reducto íntimo y exento de fiscalización judicial en la actividad política del Gobierno¹⁴⁹, el sentir mayoritario era y es favorable a la extensión del control de la jurisdicción contencioso-administrativa articulada mediante las herramientas

¹⁴⁹ Por ejemplo, GARRIDO CUENCA, N. (2001): *El acto de Gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, CEDECS, Barcelona; y Luis ORTEGA ÁLVAREZ, en el prólogo a esa misma obra; en la misma línea, SANTOLAYA MACHETTI, P. (1996): “El control de los secretos de Estado”, *Revista del Poder Judicial*, nº 40, pp.59 ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2002): “Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, pp.108 ss.

ideadas por el Tribunal Supremo¹⁵⁰. Estas sentencias, el estado de opinión que las impulsó, y su acogida mayoritariamente favorable por los operadores jurídicos, influyeron decisivamente en la redacción definitiva de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyo art.2 a) ha quedado fijado el alcance del control judicial sobre los actos del Gobierno, en los siguientes términos:

“Artículo 2.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

El conocimiento de esta evolución resultaba, por tanto, un presupuesto inexcusable para analizar su contenido, a lo que procedemos seguidamente.

3. EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO TRAS LA LJCA 1998

1. Ámbito orgánico.

En primer lugar, es necesario delimitar el perímetro de las actuaciones que pueden calificarse como actos del Gobierno. En este sentido, desde la STS 13/6/1979 (RJ.4749), quedó definitivamente fijado el criterio de que sólo cabe predicar el dictado de actuaciones políticas al Gobierno en sentido estricto, entendido como Consejo de Ministros. Esta sentencia rectifica la contradictoria jurisprudencia anterior (aunque había algunos precedentes en la misma línea restrictiva, como la STS 10/02/1962), y desde entonces, no ha sido nunca contradicha.

No obstante, el Estado autonómico sí ha supuesto la extensión de la categoría a los actos dictados por el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y así se ha reflejado expresamente en el art.2 a) LJCA, como ya hemos tenido ocasión de comprobar.

150 Véanse especialmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1997): *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, pp.236 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000): *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, pp.24 ss.; LOZANO CUTANDA, B. (1997): “El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID”, *REDA*, nº 94, pp.255 ss.; JORDANO FRAGA, J. (1997): “¿Jaque mate al acto político?”, *REDA*, nº 95, pp.417 ss.; Díez SÁNCHEZ, J.J. (2001): *Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.29 ss. y 217 ss.; y NAVAS CASTILLO, F. (2003-2004): “Veinticinco años de actos de Gobierno”, *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, pp.634 ss.

2. **Ámbito objetivo.**

Como se ha visto, tradicionalmente el concepto de acto político se construyó mediante una diferenciación entre dos funciones constitucionales distintas atribuidas al mismo órgano, esto es, al Gobierno. Se diferencia así entre actividad materialmente administrativa y el ámbito estrictamente político de sus decisiones', con fundamento en el art.97 CE, que diferencia las funciones políticas y administrativas del Gobierno:

“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”.

Esta sería la principal cuestión objeto de controversia: la delimitación del ámbito del acto político. ¿Qué es, exactamente, esa alta política, o esa función de dirección de la política (interior y exterior) a que alude la Constitución española? Describir el concepto del acto político sería tan difícil como describir un olor: necesitamos haberlo sentido antes, haberlo experimentado previamente, para poder evocar su esencia. Podría decirse, utilizando una expresión muy castiza, que hay actos que “trasminan” olor a política.

Ahora bien, es preciso notar que el art.2 a) LJCA renuncia a *deslindar* el acto político. Se limita a describir el *alcance mínimo* que tendrá el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, *cualquiera que sea la naturaleza del acto* objeto de enjuiciamiento, y por tanto, ya responda a la categoría de acto político o a cualquier otra. Como se observa, a diferencia de la formulación legal precedente, el texto de la Ley de 1998 no excluye de control una serie de actos (los políticos), sino que delimita el alcance del control mínimo que tendrán todos los actos del Gobierno, *con independencia de cuál sea su naturaleza* (política o no). Así lo manifiesta además, expresamente, la Exposición de Motivos de la Ley, que en relación con esta formulación, afirma:

“el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes”.

En esta aproximación, la LJCA coincide con la inmediatamente anterior Ley 50/1997, del Gobierno, cuyo art.26.3 (en la redacción original; 29.3 en la actual), reconoce la impugnabilidad de todas las decisiones del Gobierno ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin definir o establecer restricción alguna en función de una eventual naturaleza política de tales actos.

Estas disposiciones renuncian al sistema de lista, y también a describir el concepto del acto político; es más, renuncian incluso al empleo de ese término. Como afirma CORDÓN MORENO¹⁵¹, el resultado del art. 2 a) LJCA es evitar que el pretendido carácter político de un acto pueda erigirse en causa de inadmisibilidad. Por ello se ha llegado a decir por el Tribunal Supremo que la LJCA ha hecho desaparecer el concepto legal de acto político¹⁵²: STS 24 de julio de 2000 (Ar.289/2001). En la misma línea aludió premonitoriamente JORDANO a un “Jaque mate al acto político”, atendiendo a las Sentencias de 1997 (y sin referirse, por tanto, a este precepto legal).

Ahora bien, la literalidad del precepto no permite alcanzar pacíficamente esa conclusión, pues como sostienen SANTAMARÍA PASTOR¹⁵³ o NAVAS CASTILLO¹⁵⁴, puede entenderse que la LJCA no dismantela el concepto de acto político, sino que lo da por supuesto: de ahí que hable de del control de los actos “cualquiera que sea su naturaleza”, aludiendo implícitamente a actos de naturaleza política y no estrictamente administrativa. De tal manera que subsiste todavía hoy la noción del acto político, si bien como concepto puramente técnico o doctrinal –tal y como sostienen MUÑOZ MACHADO¹⁵⁵ y MARCHECO¹⁵⁶–, requerido de interpretación en cada caso concreto.

Por ello, partiendo de la premisa de que, de conformidad con los arts.9 y 24 CE, no existen actuaciones del Gobierno exentas de control judicial, la doctrina más reciente lo que tiende es a destacar la innecesariedad de delimitar concretamente el ámbito del acto político, y centrarse en la intensidad del control contencioso-administrativo que se puede desplegar para controlar las actuaciones del poder ejecutivo, sea cual fuere la veste bajo la que se presenten sus actuaciones y con independencia de que se trate de actos políticos o no.

En ese sentido, se ha puesto generalizadamente de manifiesto la clara proximidad que existe entre los medios de control a que alude el art. 2 a) LJCA 1998, con los

¹⁵¹ Vid. Faustino CORDÓN MORENO, *El proceso contencioso-administrativo: conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p.54.

¹⁵² También lo entienden así DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2001): *Razones de Estado y Derecho*, op.cit., pág.61.

¹⁵³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2010): *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, pp.84 ss.

¹⁵⁴ Vid. NAVAS CASTILLO, F. (2003-2004): “Veinticinco años...”, op.cit., pp.634 ss.

¹⁵⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo I, Iustel, Madrid, pp.928 ss.

¹⁵⁶ Vid. MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el Derecho español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, pp.34 ss.

que se han articulado para controlar el ejercicio de potestades discrecionales. Los actos políticos serían entonces una modalidad de la discrecionalidad administrativa, en su estado más puro o genuino, de manera que los actos políticos serían, en suma, aquéllos en los que el Gobierno goza de la máxima discrecionalidad posible; en esa posición se sitúan GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ¹⁵⁷, MUÑOZ MACHADO¹⁵⁸, Díez SÁNCHEZ¹⁵⁹, LOZANO CUTANDA¹⁶⁰, JORDANO FRAGA¹⁶¹, DE CARRERAS¹⁶², o MARCHECO ACUÑA¹⁶³, entre otros autores¹⁶⁴.

Curiosamente, se produce aquí un retorno al punto de origen, pues como hemos dicho ya, el Reglamento (de 1890) de la Ley Santamaría de Paredes de 1888 consideraba los actos políticos como una especie o subtipo de los actos discrecionales; si bien, por entonces, la consecuencia era que todos ellos se excluían de control, y actualmente es que ambos tipos de actos se someten a técnicas análogas de control.

Partiendo, entonces, de la premisa esencial de que todas las actuaciones del Gobierno son susceptibles de control, el problema esencial es determinar la intensidad del control en cada caso concreto, en función del margen de apreciación o del grado de discrecionalidad que la norma le confiera al Gobierno en cada caso. Por tanto, la categoría del acto político, que podría desempeñar otras funciones y responder a otras necesidades, sería sin embargo inservible desde el punto de vista del control judicial, ámbito en el que la naturaleza del acto no le confiere ninguna singularidad específica, pues lo que prevalece es el análisis de los condicionantes que pudieran rodear la adopción del concreto acto encausado, para aplicar correlativamente un control acomodado en su intensidad a los requerimientos que resulten del Ordenamiento jurídico, pudiendo darse el caso de que un acto de naturaleza meramente discrecional tenga prescritos menos requisitos y exigencias que un acto político del Gobierno¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2011): *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, p.605.

¹⁵⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011) *Tratado...*, *op.cit.*, pp.928 ss.

¹⁵⁹ Vid. Díez SÁNCHEZ, J.J. (2012): “Control judicial...”, *op.cit.*, p.61 y p.70.

¹⁶⁰ Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1997): “El control judicial...”, *op.cit.*, p.274.

¹⁶¹ En JORDANO FRAGA, J. (1997): “¿Jaque mate...”, *op.cit.*, pp.444 ss. El autor cita posiciones coincidentes de GUAITA, SÁNCHEZ AGESTA, MARTÍN MATEO y GALLEGO ANABITARTE.

¹⁶² Vid. DE CARRERAS SERRA, F. (1996): “Funciones constitucionales y actos del Gobierno”, en L. PAREJO ALFONSO (Dir.), *Estudios sobre el Gobierno. Estudios sobre la Ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, p.257.

¹⁶³ En MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control...”, *op.cit.*, p.47.

¹⁶⁴ En una posición próxima a la apuntada en el texto se sitúan quienes, rechazando, *prima facie*, la asimilación entre el acto político y el discrecional, consideran, no obstante, que se pueden proyectar sobre el primero las técnicas de control que el ordenamiento ha articulado sobre los segundos; *vid.*, p.ej., LÓPEZ MENUDO, F. (1996): “El control judicial de la Administración en la Constitución española”, en E. HINOJOSA MARTÍNEZ y N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, pp.42 ss.

¹⁶⁵ El sentir doctrinal es mayoritariamente coincidente con estas apreciaciones. *Vid.* en especial Díez SÁNCHEZ, J.J. (2012): “El control...”, *op.cit.*, pp.70 ss.

Se trata, como se observa, de un criterio impreciso de control, que requiere de un análisis circunstancial, como sucede en tantas otras materias: la tutela cautelar, la responsabilidad patrimonial... Ello es problemático, pero no necesariamente pernicioso, sino enriquecedor: permite la evolución del Derecho y de las instituciones, y su adecuación a la conciencia social de cada tiempo, abriendo espacio al art.3.1 Cc.: las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Esto es también, por otra parte, lo que ha sucedido con la categoría del acto político en el Derecho francés, cuna del concepto, a raíz de la evolución que ha tenido posteriormente, como ya reconociera BONNARD en 1935: según el autor, se ha optado por una concepción empírica, evaluando caso por caso cuándo se está o no en presencia de un acto político de Gobierno y la intensidad del control al que se somete¹⁶⁶.

3. Las técnicas de control judicial del acto político del Gobierno.

En cuanto a las técnicas de control que pueden desplegarse sobre los actos políticos, son, esencialmente, las tres a las que alude el art. 2 a) LJCA. Su carácter es en la actualidad completamente pacífico, y las diferencias que eventualmente se produzcan en esta cuestión no derivan de la aceptación o rechazo de alguna de estas técnicas, sino de la intensidad con la que la jurisdicción contencioso-administrativa despliegue su control.

El aspecto menos problemático es el otorgamiento de indemnizaciones por los daños patrimoniales ocasionados como consecuencia de los actos políticos. Desde su reconocimiento en el art.2 párrafo 2º de la LJCA de 1956, este punto nunca ha suscitado controversia. La responsabilidad se exigirá por los cauces legalmente previstos, esto es, presentando una reclamación de responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común.

En relación con los elementos reglados, el alcance de este control dependerá, como ya hemos dicho, de la intensidad con la que el Derecho positivo module el radio de actuación del Gobierno. Resulta particularmente exigible la necesidad de motivar estas actuaciones, debido al peso que la motivación adquiere en la actualidad frente a cualquier decisión de los poderes públicos¹⁶⁷.

Por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, más que una técnica de control del acto político en sí, es una herramienta para determinar si el acto

¹⁶⁶ BONNARD, R. (1935): *Précis de Droit administratif*, Sirey, Paris, pp.199 ss.

¹⁶⁷ *Vid.*, por todos, NAVARRO GONZÁLEZ, R. (2017): *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, *passim*.

político puede impedir el ejercicio de un derecho constitucional, como sucedió en el ya referido asunto de los papeles del CESID. Cuando la protección de un derecho fundamental tropiece con un acto político, corresponde al juez valorar qué bien jurídico debe prevalecer: si la facultad política que corresponde al Gobierno, o el derecho fundamental comprometido. Como explica perfectamente DÍEZ SÁNCHEZ, “resulta poco realista imaginar que esa tutela pueda ser efectiva de no ser plena, en el sentido de enjuiciar el fondo, de realizar el juicio de ponderación de los componentes «políticos» de ese acto a la luz de los derechos fundamentales que puedan estar en juego. Puede bastar enjuiciar si el mismo lesiona o no derechos fundamentales y, dentro de este enjuiciamiento, si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el acto político se pretenden amparar, sin que el Tribunal sustituya el criterio político”¹⁶⁸. Este aspecto es el principal elemento problemático del control: cómo puede articular el juez contencioso-administrativo el balance de costes-beneficios sin irrumpir en el núcleo duro de discrecionalidad que por esencia corresponde al acto político.

4. Aproximación a la jurisprudencia en la materia.

La única problemática que suscitan los criterios de control anteriormente aludidos es que, debido a la indeterminación de sus contornos, se prestan a un amplio margen de interpretación judicial. Sin embargo, los más recientes análisis que se han efectuado sobre la jurisprudencia recaída durante la vigencia de la LJCA, a los que yo mismo me sumo, permiten concluir que la jurisdicción contencioso-administrativa está manejando sus facultades de control en este campo con toda razonabilidad¹⁶⁹.

En efecto, tras un repaso de las sentencias que, según las bases de datos, se han dictado desde 1998 con invocación expresa del art.2 a) LJCA, su análisis revela que el control de los llamados actos políticos del Gobierno se ha normalizado plenamente. Bien es verdad que no se han producido asuntos controvertidos y polémicos como los de 1994 y 1997, pero en todo caso ha habido una jurisprudencia constante que no tiene reparos en admitir a trámite los recursos interpuestos contra los actos del Gobierno, decayendo por tanto la objeción de que se trata de actos políticos y quedan por esa causa fuera del control de la JCA¹⁷⁰.

En cuanto a los pronunciamientos que admiten a trámite los recursos, puede citarse, en primer lugar, la STS 26/11/1999, RJ 3197, en materia de extradición. Sobre

¹⁶⁸ Cfr. DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2012): “1 control...”, *op.cit.*, p.71. En la misma línea, CORDÓN MORENO, F. (1999): *El Proceso...*, *op.cit.*, p.63.

¹⁶⁹ Véanse especialmente los análisis llevados a cabo por DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2012): “El control...”, *op.cit.*, pp.63 ss.; MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control...”, *op.cit.*, pp.34 ss.

¹⁷⁰ En ocasiones se han citado pronunciamientos posteriores a la LJCA 1998 que parecen apartarse de esa línea, al inadmitir recursos con el argumento de que se trata de actos políticos; sin embargo, son asuntos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Se trata de las SSTS 26/10/1999, RJ 7449; y 16/2/2000, RJ 619.

extranjería han recaído después muchas otras sentencias, que han acabado por calificar estos actos del Gobierno como administrativos, sometiéndolos plenamente a control judicial. Así, respecto a la extradición activa, SSTs 17/6/2003, RJ 4436; y 31/5/2005, RJ 5531; y respecto a la extradición pasiva, se mantiene su carácter político cuando el juez penal ha accedido a la extradición, reconociendo que el Gobierno es libre de acordarla o no, pero se declara su carácter de acto administrativo cuando la decisión del Gobierno es previa a un pronunciamiento judicial (SSTs 24/6/2003, RJ.6635; y 29/1/2004, RJ 2182).

Por lo que se refiere a sentencias que reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de daños derivados de actos políticos, pueden citarse las SSTs 7/3/2000, RJ 2462, y 20/5/2003, RJ 3994, que conceden indemnizaciones por daños patrimoniales derivados del cierre de la verja con Gibraltar el 6 de junio de 1969.

Peculiar importancia revisten los actos de indulto, que representan el ámbito en el que con mayor intensidad pervive la categoría del acto político, y cuyo régimen se encuentra en la actualidad profundamente en entredicho¹⁷¹.

Por lo demás, en una variada tipología de asuntos, pueden mencionarse las SSTs 24/7/2000, RJ 2001\289, que admite a trámite el recurso (y lo desestima) interpuesto contra la inactividad del Gobierno frente a la decisión del Poder Ejecutivo de la República Argentina de no tramitar comisiones rogatorias; o la de 30/9/2011, RJ 1015, que admite el control de los actos del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (en este caso, la convocatoria de elecciones en Cataluña mediante Decreto del Presidente).

En definitiva, tras la aprobación de la LJCA de 1998 (y sus antecedentes judiciales) el escenario del acto político parece estar normalizado. No se han planteado asuntos polémicos, y los tribunales vienen haciendo un uso prudente de las facultades que les atribuye el Ordenamiento jurídico.

Como colofón de todo este análisis se presenta la conclusión de que los tribunales de justicia, en línea de principio, no debe inadmitir los actos del Gobierno bajo la premisa de que son políticos: lo que procede es admitirlos a trámite, y, en su caso, desestimarlos en cuanto al fondo, cuando se aprecie que se han respetado todos los elementos de control que la LJCA permite desplegar sobre cualquier actividad del Gobierno. La intensidad del control dependerá de los elementos que circunden esa

¹⁷¹ Para el estudio de su compleja problemática, *vid.* Recientemente DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2014): “El indulto ante la justicia administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, pp.1179 ss.; y FLIQUE-TE LLISO, E. (2015): “Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables: naturaleza jurídica del acto de otorgamiento del indulto”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 24, pp.185 ss.

concreta actuación, condicionando el margen de opción política que corresponde al Gobierno en cada caso.

Una vez cerrado este trabajo y entregado su original se ha conocido un nuevo e interesante pronunciamiento en esta materia: el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (ponente: Díez-Picazo Giménez) de 19/2/2018 (rec.48/2017), por el que se inadmite por falta de jurisdicción el recurso que el interesado interpuso contra la Nota Verbal remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a la Embajada de Letonia comunicando la retirada por parte del Gobierno español de su exequátur como Cónsul de Letonia en España, lo que supuso posteriormente su cese por parte del Gobierno letón. La primera cuestión relevante del asunto es la determinación del órgano judicial competente para conocer del litigio, pues aun cuando el recurso se interpuso ante la Audiencia Nacional, ésta elevó al Tribunal Supremo un Auto razonado, el 15/06/2017, exponiendo que el acuerdo había sido materialmente dictado por el Gobierno y que el Ministerio se limitaba a comunicarlo, por lo que entendía que la competencia para conocer del asunto correspondía al Tribunal Supremo; éste, en el Auto que comentamos, indicó que era irrelevante determinar el origen del acto para asignar su competencia a uno u otro órgano judicial, cuando en realidad el problema es la falta de jurisdicción, que al apreciarse, hacía decaer la necesidad de pronunciarse sobre ese otro extremo. En cuanto a las razones por las que el supremo aprecia la falta de jurisdicción, son dos: 1) En lo relativo a la vulneración de elementos reglados, expone que el procedimiento se regula por el Convenio de Ginebra sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, cuyos arts.12 y 23 regulan, respectivamente, el otorgamiento del exequátur y su retirada: se hace mediante una Nota Verbal, cuya denominación es un vestigio histórico porque se formula por escrito, pero que carece absolutamente de procedimiento, tratándose de un “acto libérrimo del Estado receptor, que no está obligado a dar explicación alguna”; por todo ello considera la Sala que no hay procedimiento, y por ende, que no se ha infringido acto reglado alguno (dado que es imposible que se infrinja un procedimiento que realmente no existe), de manera que no es preciso ni tan siquiera reclamar el expediente administrativo para pronunciarse sobre la falta de jurisdicción, siendo procedente acordar directamente la inadmisión del recurso; 2) En cuanto a la vulneración del derecho al honor que alegaba el recurrente, debido a que las razones por las que el Gobierno español había retirado el exequátur eran, a su juicio, falsas, y lesionaban tal derecho, la Sala replica con dos argumentos acumulados: *i)* Que el destinatario de la Nota Verbal era el Gobierno letón, tratándose de un acto de Estado a Estado en el que nada tiene que ver el recurrente; y *ii)* Que el Gobierno español ha guardado absoluto hermetismo acerca de los motivos de la anulación del exequátur, por lo que no se han hecho públicos y no cabe afirmar que la Nota Verbal haya lesionado el derecho al honor. Aunque de una lectura superficial del Auto pudiera seguirse que modifica su línea tradicional (desde 1998) de

admitir los recursos interpuestos contra los actos políticos, realmente en el fondo no es así, puesto que la Sala ha llevado a cabo verdaderamente un análisis del fondo del asunto para comprobar que en este caso ni existe procedimiento administrativo (actos reglados) ni cabe hablar de lesión de un derecho fundamental, por lo que ese juicio *a limine* se revela suficiente para acreditar una falta de jurisdicción que, de otro modo, se hubiera dictado en sentencia.

IV. EL CONTROL DE LOS LLAMADOS ACTOS PARLAMENTARIOS

Así como en los actos políticos del Gobierno la situación se encuentra normalizada, se viene en cambio suscitando cierta litigiosidad acerca de la posibilidad de controlar los actos “políticos” de otros poderes públicos, los denominados “órganos constitucionales y estatutarios”, como el Defensor del Pueblo, las Asambleas legislativas, y otras instituciones emplazadas en la órbita parlamentaria. Los actos de estos órganos tienen establecidas dos posibles vías de impugnación en nuestro Derecho:

– Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: art.42 LO 2/1979, LOTC:

“Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

– Recurso contencioso-administrativo. En cuanto al control de los actos materialmente administrativos de los órganos constitucionales y estatutarios, el orden contencioso-administrativo es el idóneo para fiscalizar los actos de los poderes públicos sujetos a control judicial, y tiene expresamente encomendada esta competencia en el art.1.3 LJCA:

3. [Los tribunales contencioso-administrativos] Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De este marco normativo se desprende que la jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para revisar los actos que estos poderes y órganos dictan en ejercicio de su función constitucional o estatutaria específica. Tales actos son objeto (estos sí), de un control estrictamente político, sin que quepa predicar acerca de ellos el alcance del control que el art.2 a) LJCA establece en relación con los actos del Gobierno, si bien son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional en la medida que puedan resultar lesivos de derechos fundamentales.

La cuestión ha suscitado una cierta conflictividad, especialmente en relación con los actos de nombramiento de autoridades o cargos, ya sean decididos unilateralmente por el órgano asambleario o parlamentario, ya sean de alcance compuesto o bifásico, en los que interviene el Gobierno o alguna otra entidad promotora planteando una propuesta, pero correspondiendo la decisión final a órganos de naturaleza parlamentaria. Tales actos, según la jurisprudencia contencioso-administrativa, quedan exentos de control jurisdiccional.

Así, en cuanto a actos unilaterales, es relevante la STS 5/3/2010, sobre elección de vacantes de académicos de la Academia Valenciana de la Lengua. En ella se rechaza la posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa controle los requisitos que deben reunir los académicos según la Ley 7/1998, de 16 de septiembre, de la Generalidad, de Creación de la Academia Valenciana de la Lengua, debido a que, conforme al art.13.2 de dicha Ley, los académicos son elegidos directamente por las Cortes Valencianas, y tratándose, por tanto, de un acto de naturaleza estrictamente parlamentaria, excluido de control contencioso-administrativo.

Por lo que se refiere a actos complejos, en ejercicio de competencias compartidas, se ha pronunciado la STS 5/3/2014, relativa a la impugnación del nombramiento de los miembros del Consejo de Seguridad Nuclear. Su Ley reguladora (la 15/1980, en la redacción que le confiere la Ley 33/2007), establece que el Presidente y los Consejeros “Serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos”. El Tribunal Supremo considera en esta sentencia que la intervención del Congreso influye en la determinación de la naturaleza jurídica del acto, que entiende de carácter parlamentario, y por tanto, excluido de control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la misma línea se ha pronunciado el TSJA en diferentes asuntos. En dos de ellos, el TSJA alude a la doctrina que excluye los actos de naturaleza parlamentaria del control contencioso-administrativo, si bien termina conociendo del fondo del asunto al considerar que en tales casos se trataba de actos administrativos: así, la STSJA 353/2007, respecto del nombramiento de Consejeros del Consejo Audiovisual de Andalucía a través de Decreto 213/2005, de 4 de octubre, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía; y la STSJA 810/2013, respecto del nombramiento de miembros del Consejo de Administración de la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía, mediante Decreto 340/2000, de 4 de julio, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía.

También cabe citar el reciente caso del cese de un Adjunto al Defensor del Pueblo Andaluz, resuelto mediante STSJA 789/2017, de 31 de marzo¹⁷². El Defensor del Pueblo Andaluz acordó el cese previa aprobación del mismo por parte de la Mesa del Parlamento de Andalucía. Por esa razón, la Sala considera que se trata de un acto compuesto, pero de naturaleza parlamentaria, que por consiguiente resulta excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y aunque en principio admitió a trámite el recurso, finalmente lo ha declarado inadmisibile en sentencia.

La situación en que se encuentran estos actos parlamentarios suscita cierta perplejidad cuando se compara con la que presentan los actos políticos del Gobierno. Sucede, en primer lugar, que la propia noción de acto parlamentario es ciertamente difusa¹⁷³, siendo sus contornos mucho más imprecisos que los del acto político, pero con el agravante de que la dificultad de diferenciarlos acarrea en el caso del acto parlamentario una seria limitación en las vías de impugnación. En efecto, la actividad parlamentaria sujeta al Derecho administrativo se somete a control contencioso-administrativo, en tanto que el acto parlamentario no, por lo que la dificultad de encuadrar una determinada actuación en un ámbito o en otro condiciona decisivamente el control de tales actos. Y en segundo lugar, la relectura de los supuestos en que los tribunales han considerado encontrarse en presencia de actos parlamentarios exentos de control permite observar su íntima proximidad material con actos que en la órbita del Gobierno son calificados como actos políticos sujetos a control –limitado, pero control al fin y al cabo– por la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁷² Recurrida que fue esta sentencia en casación, el recurso (5282/2017) se ha inadmitido mediante providencia de 1 de marzo de 2018.

¹⁷³ *Vid.* FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. (2016): “El acto parlamentario y su control jurisdiccional”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 35, pp.97 ss. El autor compila la exigua bibliografía existente en la materia, y ofrece una definición del acto parlamentario equivalente a la que García de Enterría ofreció en su día para el acto administrativo acreciendo las aportaciones de Zanobini, con la particularidad de que el sujeto emisor de la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo emana de una de las cámaras parlamentarias o de los órganos de éstas.

Dos razones pueden explicar esta situación. La primera, que así como el sometimiento de la acción del Gobierno a control judicial en todas sus manifestaciones no suscita grandes rechazos desde el punto de vista de la división de poderes, en cambio, someter la actuación parlamentaria a revisión por los tribunales de justicia tensiona inevitablemente ese postulado básico del Estado constitucional: parece irracional que los actos parlamentarios se sometan al control de la jurisdicción ordinaria. La segunda razón de que hasta hoy la exención de control de los actos parlamentarios no haya suscitado grandes discusiones o dilemas puede provenir del hecho de que no se han producido asuntos de gravedad que reclamasen la intervención judicial, tratándose de casos de escaso relieve mediático en los que la sociedad no se plantea la necesidad de alterar el *status quo*.

Ahora bien, si los actos parlamentarios tienen elementos reglados, o se sustentan en conceptos jurídicamente asequibles, o generan daños patrimoniales, parece que deberían ser susceptibles de algún tipo de control en términos análogos a los actos políticos del Gobierno. No se trata, necesariamente, de confiar ese control a los tribunales ordinarios, que asumirían en tal caso una función susceptible de alterar sensiblemente el reparto de poderes. Pero sí cabe pensar en una ampliación de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, que acoja este supuesto en su ámbito de actuación. Por ahora, el art.42 LOTC restringe el control de los actos parlamentarios a la protección de los derechos fundamentales. A mi juicio, ese control debería extenderse también a los ámbitos en que el art.2 a) LJCA reconoce el control judicial de los actos políticos del Gobierno.

V. CONCLUSIÓN

La articulación de las técnicas de control de los actos políticos del Gobierno ha sido una construcción jurisprudencial, en la que el Tribunal Supremo ha sido el principal artífice, ofreciendo en momentos extremadamente delicados unos brillantes pronunciamientos, expresión genuina de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA calificó en su día como “genio expansivo del Estado de Derecho”, generando un cuerpo de doctrina mucho más comprometido con los postulados constitucionales básicos que la jurisprudencia del mismísimo Tribunal Constitucional. Es de reconocer que, para resolver los complicados asuntos que se sometieron a su consideración en 1993 y 1997, el Tribunal Supremo no se arropa bajo el cómodo cobijo de la jurisprudencia constitucional, sino que se lanza a un triple salto mortal de extraordinaria ambición jurídica, que acabó concitando un nuevo concierto (bien es verdad que sustentado por el estado de opinión que mayoritariamente se percibía en la sociedad de la época y en los operadores jurídicos), que finalmente cristalizó en las reformas de las Leyes del Gobierno de 1997 y de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, sen-

tando unas bases que nos acompañan desde entonces sin patologías ni sobresaltos. En definitiva, el problema del control judicial de los actos políticos se encuentra ya resuelto, y el análisis detenido de la jurisprudencia recaída desde la aprobación de la LJCA en 1998 revela un uso prudente y medido del potente instrumento de control que se le ha confiado a la jurisdicción contencioso-administrativa, procediendo a revisar los asuntos cuando (a la vista de un observador imparcial), aparecen requisitos y elementos de control claramente definidos, y evitando entrar en el contenido intrínsecamente discrecional que tienen estos actos públicos.

Parece, por tanto, que después de varias décadas de “lucha contra las inmunidades del poder”, en nuestro Ordenamiento jurídico se ha encontrado un adecuado equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el ámbito de discrecionalidad política que corresponden al Gobierno y a los órganos constitucionales y estatutarios, resolviendo adecuadamente la complicada ecuación a que aludíamos al comienzo de este trabajo.

En paralelo, otros poderes constitucionales han mantenido sus cauces tradicionales de control, seguramente porque hasta la fecha, ni se han presentado asuntos tan graves como los que entonces le tocó resolver al Tribunal Supremo, ni tales asuntos se han visto expuestos a la gran exposición mediática que hubo entonces. Sin embargo, a pesar de que la naturaleza de tales actos difiera de los actos políticos del Gobierno por razón de su origen, es evidente la proximidad material que manifiestan unos y otros. Por tanto, si los actos políticos del Gobierno son susceptibles de controlarse con arreglo a tres técnicas o criterios (la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y el otorgamiento de indemnizaciones), los actos parlamentarios deberían ser susceptibles del mismo control. Dado que el principio de división de poderes presenta como aberrante la sujeción de estos actos parlamentarios intrínsecamente políticos (no de administración parlamentaria) a su fiscalización por los tribunales ordinarios, estas técnicas de control deberían atribuirse al Tribunal Constitucional, ampliando las competencias que le asigna el art.42 de su Ley Orgánica.

MESA REDONDA PRIMERA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL PODER JUDICIAL

EL INDULTO Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

Inés Huerta Garicano

*Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Supremo.*

SUMARIO: I. EL INDULTO, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTO EN SU REGULACIÓN ACTUAL (LEY DE 18 DE JUNIO DE 1870, MODIFICADA POR LA LEY 1/88, DE 14 DE ENERO, Y, POR L.O. 1/15, DE 30 DE MARZO).- II. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE INDULTO, SU ALCANCE. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.- III. PROYECTO DE REFORMA DE 2017.

I. EL INDULTO, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTO EN SU REGULACIÓN ACTUAL

El derecho de gracia, conocido por los pueblos primitivos, fue una práctica constante durante toda la Edad Media, erigiéndose –en la época de las monarquías absolutas– en una manifestación más del derecho a impartir justicia por parte del monarca absoluto, titular de la soberanía, en el marco de un sistema judicial arbitrario y en un contexto de corrupción institucional generalizada.

Ese derecho de gracia se ha ejercido tradicionalmente a través de dos instituciones: **a)** la amnistía, sobre la que guarda silencio nuestra Constitución y el Código Penal, por lo que es harto dudosa su pervivencia, y que tiene efectos más amplios que el indulto en la medida que no solo extingue la pena, sino que incide sobre la acción delictiva, borrando los antecedentes penales, lo que, ciertamente, no acontece con el indulto; **b)** el indulto que puede ser general -expresamente excluido por el art. 62.i) CE- y particular, prerrogativa de gracia que el precitado artículo atribuye al Rey, titular de dicha potestad -que se ha de someter a la Ley (Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, revisada por la 1/88, de 14 de enero)-, cuyo ejercicio material, en razón de nuestra Monarquía Parlamentaria, corresponde al Consejo de Ministros, a través de un Real Decreto (art. 30 de la Ley de 1870), con refrendo de la Jefatura del Estado, quedando excluido de su ámbito de aplicación el Presidente y el Gobierno por el art. 102.3 CE.

El indulto particular puede, a su vez, ser total –para lo que es imprescindible que, en el informe del Tribunal sentenciador, conste la concurrencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública (art. 11 de la Ley de Indulto)-, o, parcial, en los restantes supuestos, con preferencia de la conmutación de la pena impuesta por otra menos grave dentro de la misma escala gradual (art. 12), si bien, desaparecidas las escalas graduales en el vigente Código Penal, la conmutación será por la pena menos grave de la única escala prevista en el art. 70 C. Penal de 1995.

Están legitimados para pedir el indulto: **1)** el penado, sus familiares o cualquier persona en su nombre sin necesidad de poder escrito acreditativo de la representación; **2)** el Tribunal sentenciador, Tribunal Supremo, o, el Fiscal de cualquiera de ellos; **3)** el Gobierno (arts. 19 a 21 de la Ley); **4)** La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico podrá solicitar del juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 206 del Reglamento Penitenciario) la tramitación de indulto particular para los penados que, de forma continuada y durante un tiempo mínimo de dos años, concurren –en grado extraordinario- las siguientes circunstancias (cumulativamente): **a)** Buena conducta; **b)** Desempeño de una actividad laboral normal en el Establecimiento o en el exterior que pueda considerarse útil para la vida en libertad, y, **c)** Participación en actividades de reeducación y reinserción social.

El art. 3 de la Ley de Indulto excluye de su ámbito los delitos de traición, descubrimiento y relevación de secretos de la defensa nacional, contra el derecho de gentes y piratería y esta exclusión –según la Exposición de Motivos de la vieja Ley– se debía a la naturaleza de estos delitos, el carácter y condición de la sociedad e, incluso, altas consideraciones de gobierno.

Procedimiento: **1)** Informe preceptivo y no vinculante del órgano sentenciador y del Ministerio Fiscal; **2)** Se oirá al ofendido si lo hubiere; **3)** Se resuelve por Real Decreto que se publicará en el BOE.

El **alcance del indulto** está regulado en los arts. 13, 14, 16 y 17 de la Ley. No comprende nunca las costas, ni la responsabilidad civil. Puede estar sujeto a condiciones, excluir las penas accesorias, salvo las indisolublemente unidas a la principal, o, comprender solo las accesorias y no las principales salvo, como acaba de decirse, estén indisolublemente unidas.

La aplicación del indulto compete al Tribunal sentenciador (art. 31) y la solicitud no suspende la ejecución de la pena (art. 32).

II. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE INDULTO.

Existe un abundante acervo jurisprudencial acerca del ámbito de su revisión jurisdiccional.

Solo cinco sentencias, s.e. ú o., se pronunciaron sobre Acuerdos de concesión de indulto (R° 166/2001, 26/2006, 68/2009, 165/2012 y 13/2013), siendo el resto, pronunciamientos sobre Acuerdos denegatorios. Tres fueron dictadas por el Pleno de la Sala (la última, el 20 de noviembre de 2013, R° 13/13), una por la hoy extinta Sección Séptima (6 de junio de 2014, R° 159/13) y el resto por la también extinta Sección Sexta (de las que, las más recientes son las de 30 de enero de 2014, R° 407/12; 15 de septiembre de 2014, R° 109/14; 14 de noviembre de 2014, R° 251/14; 28 de mayo de 2015, R° 435/14, y, 13 de noviembre de 2015, R° 921/14, todas relativas a acuerdos denegatorios de indulto).

Dicha doctrina puede condensarse en los siguientes puntos: **1)** El control no puede afectar a los defectos de motivación; **2)** Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); **3)** No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.

La Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 introduce, por primera vez, un elemento reglado de control (**no obstante la dicción literal del art. 30 de la Ley de 1870 en su vigente redacción**, que eliminó expresamente la exigencia de motivación de los Reales Decretos de concesión de indulto. Nunca se exigió para los Acuerdos de denegación), y ese elemento reglado consiste en la necesidad de *“especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública”* que justifican el indulto, *“control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente -cuyo contenido no podemos revisar- para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad”*.

En definitiva, dicho control del ejercicio positivo de la potestad de indulto se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de *“justicia, equidad y utilidad pública”*, a las que se subordina su concesión.

El Gobierno será libre para elegir y valorar las muy variadas razones de *“justicia, equidad y utilidad pública”*, que, en cada caso y a la vista de sus concretas circunstancias, le llevan a otorgar el indulto -sobre las que no cabe control jurisdiccional de clase alguna-, pero que han de guardar la necesaria coherencia con los hechos que constituyen su soporte fáctico, y esto si puede ser comprobado por el órgano jurisdiccional a fin de descartar todo atisbo de arbitrariedad, proscrita por el art. 9.3 CE.

Exigencia que, desde luego, no es predicable de los Acuerdos de denegación de indulto, como han tenido ocasión de manifestar las sentencias dictadas con posterioridad a dicho Pleno (singularmente las ya citadas), porque las denegaciones de indulto no se oponen al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 117 y 118 CE, corresponde garantizar a los Juzgados y Tribunales. *“En otras palabras –se dice en dichas Sentencias– no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad”*.

Si la motivación nunca ha sido exigida para las denegaciones de indulto, y, según constante jurisprudencia, la valoración que el Gobierno haya realizado de los *“requisitos de carácter sustantivo”* no es susceptible de revisión jurisdiccional, es claro que la falta de motivación nunca será causa de anulación de las denegaciones.

La precitada sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013, que rompe con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no fue una sentencia pacífica, siendo objeto de varios Votos Particulares, algunos concurrentes, pero la mayoría contrarios a la tesis dominante. De ellos cabe destacar, por la profundidad del planteamiento, el del Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez Zapata, que, en mi opinión, da totalmente en la diana, con una perspectiva histórica de su regulación, y del que no me resisto a transcribir los párrafos más relevantes para una mejor comprensión de la institución y lo que significa, aspectos esenciales soslayados tanto por la sentencia como por el resto de los Votos:

“Cuando la Constitución de 1978 (en adelante CE) habla de “prerrogativa de gracia” (art. 87.3 CE) o de “prerrogativa real de gracia” (art. 102.3 CE) atribuye al Rey una competencia constitucional.

Todas las Constituciones contemporáneas, cualquiera que sea su signo.....reconocen hoy el ejercicio del derecho de gracia, que no es una institución periclitada o un símbolo del sistema absolutista.....

Es cierto que en las Monarquías absolutas la palabra del Soberano era, según el caso, ley, sentencia y perdón y que en las democracias parlamentarias, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial se han independizado de la autoridad del Jefe del Estado que ejerce el derecho de gracia. Precisamente, por eso no comparto la afirmación de que el órgano competente para el ejercicio del derecho de gracia sea el Gobierno y no el Rey.

Sigue aún vigente en España la Ley de 18 de julio de 1970 (en adelante LI), para el ejercicio del derecho de la gracia del indulto. Se debe ponderar que cuando dicha Ley se dictó, el Rey era el Jefe Supremo del Gobierno y la primera jerarquía de la Administración Pública (..... 69 de la Constitución de 1869). Hoy el Gobierno es, en cambio, un órgano constitucional independiente y diferente del Rey (artículo 98 CE) lo que comporta tres consecuencias: (1) Afirmar que el

indulto compete al Gobierno -que no al Rey- no se ajusta a la CE que atribuye al Rey -que no al Gobierno- la prerrogativa de gracia; (2) Cuando el Rey expide un decreto de indulto actúa en una relación jurídico-constitucional con el Ministro que refrenda muy distinta de la que existe cuando expide los demás decretos acordados en Consejo de Ministros [artículo 62 f) CE]; la competencia en estos últimos decretos es propia del Gobierno y, en el primero, es ejercicio del derecho de gracia que la Constitución ha atribuido sólo al Rey. Y (3) la intervención del Rey en un acto jurídico significa la intervención del Estado en su unidad. Por eso se puede atribuir formalmente al Rey, sin esfuerzo dogmático, la potestad de excepcionar la ejecución de una sentencia penal mediante la condonación en todo o en parte de la pena que se indulta y que ha sido impuesta por Tribunales a los que compete exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por exigencia del artículo 117.3 CE. La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que, sigue ostentando constitucionalmente “en posición” la condición de vértice de los tres poderes en nuestro Estado social y democrático de Derecho. «La justicia”.....”se administra en nombre del Rey» (artículo 117.1 CE) y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuida hoy en forma exclusiva los Tribunales del orden penal puede explicarse sólo si es el Rey quien perdona la pena. Menguar la intervención formal del Rey y predicar el indulto como potestad sustancial del Gobierno nos conduciría, en forma irremisible, a cuestionar si sigue siendo constitucional el sistema establecido en la Ley de 18 de junio de 1870, pese a la intervención en la Ley 1/1988, de 14 de enero, del legislador constitucional de 1978. Estaríamos abocados al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la vieja Ley de 1870 porque sería imposible entenderla derogada por la CE en su configuración esencial.....

La Sentencia considera que el indulto es sustancialmente competencia del Gobierno y, por eso, dejándose llevar por la corriente de una visión claramente administrativa del derecho de gracia descende en extensas consideraciones sobre la discrecionalidad, los actos -políticos o administrativos- y las exigencias de su motivación -o fundamentación- hasta que desemboca en un fallo estimatorio. Sostengo que el indulto, siempre que sea concedido “con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales” [artículo 62 i) CE], es ejercicio del derecho de gracia que, denominado significativamente prerrogativa real (artículo 102.3 CE), corresponde constitucionalmente al Jefe del Estado. Examinado el indulto con una visión sustancialista del derecho de gracia concluyo que todo indulto se concede, y desde hace más de dos mil años, por razones de bondad y de equidad (antigua clementia Principis). Cuando se respetan -como no puede ser de otra forma en un Estado social y democrático de Derecho- todos, y cada uno, de los límites formales y todas, y cada una, de las prohibiciones que marca el legislador de 1870 (y ha revisado el de 1988), el indulto es fruto de una libre estimación subjetiva. Debe ser sometido, sin duda, a controles políticos, parlamentarios o

del mismo electorado pero no es susceptible de ser articulado en un juicio de Derecho por lo que no puede ser controlado por los Tribunales de lo contencioso-administrativo más que en sus aspectos formales.

Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado en nuestra cultura que el perdón es libre y se concede por razones de bondad y de equidad, no por formalismos legales: “Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat” (Séneca, De Clementia, II, 7).

Al llegar a esta conclusión me atengo, con los matices de dogmática constitucional que preceden, a lo que ha establecido la jurisprudencia unánime de esta Sala, cuya cita -por conocida- es innecesaria. Entiendo que la sentencia de la que respetuosamente disiento se aparta de ella por lo que he expuesto y, sobre todo, al exigir una motivación formal que no exige la Ley sin haber planteado previamente cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la LI, como imponía una correcta aplicación de nuestro sistema de fuentes del Derecho, del que la sentencia se aparta.

El fallo debió desestimar el recurso, al haberse respetado en el caso, como acepta la sentencia de la mayoría, las prohibiciones y los requisitos formales que hasta ahora había exigido nuestra jurisprudencia en el otorgamiento de este indulto, como voy a razonar.....

El derecho de gracia, según la CE, debe ejercerse con un respeto estricto a la LI, en una vinculación positiva del ejercicio del mismo derecho a dicha Ley, que ha sido acomodada a la Constitución de 1978 por la reforma operada en la Ley 1/1988, de 14 de enero.....

La sentencia considera cumplidos, como ya he dicho, los requisitos formales exigidos en la LI, según la jurisprudencia de esta Sala pero añade uno novedoso: Que conste en el mismo Acuerdo de concesión (id est: en el propio Real Decreto) la motivación -o fundamentación- de la gracia.....

Disiento de esa nueva exigencia de una motivación o fundamentación formal por las cinco razones siguientes: (1) No existe ningún precedente en que se haya exigido que el Real Decreto de indulto contenga una motivación formal. La sentencia recoge, al efecto, lo que es un simple “ob iter dictum” en la sentencia del Pleno de 2 de diciembre de 2005 (RC 161/2004), ya que carecía de relieve para la razón de decidir en aquel caso; (2) Tampoco lo es el Preámbulo de la Ley de 1870 porque, aparte de que la expresión decreto motivado no tenía la significación que se le quiere otorgar; como entendió correctamente la Ley 1/1988, dicha Ley suprimió el requisito que ahora se exige y no cabe anular una medida de gracia por no cumplir un requisito no sólo no previsto en una Ley que habilita en forma positiva para ejercer el derecho o prerrogativa de gracia sino excluido expresamente por ella sin plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la misma, como pedía la parte recurrente [A de H 5 g] de la sentencia]; (3) Tampoco sirve de soporte a la nueva doctrina el artículo 11 de la LI, conforme al cual habría que exigir en el Acuerdo de indulto “razones de justicia,

equidad o utilidad pública” en cuanto el artículo 11 de la LI se refiere únicamente a los indultos totales -así lo confirma el artículo 12 que se refiere a los demás casos- por lo que resulta inaplicable al indulto concedido en este caso, que es un indulto parcial, ya que conmuta “la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por otra de dos años de multa” (4) En cualquier caso las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” que exige el referido artículo 11 deben ser apreciadas precisamente por el Tribunal penal sentenciador [... “a juicio del Tribunal sentenciador” dice la Ley] por lo que poco debemos añadir los Tribunales de lo contencioso a la existencia o inexistencia de dichas razones y de escasa ayuda es que consten formalmente en el texto del Real Decreto si, como acontece en este caso, se puede encontrar el informe del Tribunal sentenciador entre los documentos que obran en el expediente administrativo y (5). Tampoco sirve de soporte a la nueva doctrina el fragmento del Preámbulo de la Ley de 1870, cuando ésta señalaba que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo “con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias y después de un detenido estudio sobre las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, la equidad o de la conveniencia social”. Este Magistrado comparte que estas exigencias sean obligadas pero eso no justifica que deban constar formalmente y en el texto del Real Decreto y no se puedan apreciar, como hasta ahora, en un examen del expediente administrativo aportado a los autos o de los datos objetivos del proceso.....

Disiento, en conclusión, del fallo que anula el Real Decreto de indulto y lo hace, además, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la LI, según la versión de la Ley 1/1988. Entiendo, con todo respeto, que la Sala se aparta de la debida aplicación del sistema de fuentes del Derecho y se excede en su jurisdicción, al anular una medida de gracia por una exigencia no prevista ni en la Ley que habilita en forma positiva para el ejercicio del derecho de gracia ni en la jurisprudencia unánime de esta Sala”.

Por último, desde la perspectiva de la revisión jurisdiccional, hay una cuestión importante y es la relativa a la legitimación para impugnar las concesiones de indulto (que, obviamente, nunca serán recurridas por el beneficiado de la decisión), que se ha planteado recientemente en dos sentencias de la ya citada Sección Sexta de la Sala Tercera.

En la sentencia de 8 de junio de 2015 (R° 39/14) –con el voto particular de dos de los siete magistrados que integraban la Sección- se admitió la legitimación de una Asociación Ecologista (que no había intervenido en el proceso penal, ni denunciado los hechos por los que fue condenado el indultado) para impugnar el indulto particular, por el que se conmutó la pena de tres años y un día de prisión (impuesta por un delito contra la ordenación del territorio, tipificado en los arts. 319.1 y 339 C. Penal) por

la de dos años, a condición de que se procediera a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas y de que no volviera a cometer delito doloso durante tres años, tal como postuló el Ministerio Fiscal en el informe emitido en el expediente de indulto. Partiendo de la jurisprudencia del T.S. en materia de legitimación, con arreglo a la cual la legitimación –presupuesto inexcusable del proceso– *“implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso- administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto”*, y, siendo la base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, *“la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta”* y esa relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación.

El voto mayoritario la reconoció legitimación sobre la base de la Ley 27/06, de 18 de julio, por la que se trasponen las Directivas europeas que incorporaron las obligaciones derivadas del Convenio de Aarhus, y cuyo artículo 22 prevé una acción popular en asuntos medioambientales, en favor de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, que reúnan los requisitos de tener entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente, que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa, circunstancias que concurrían en la Asociación Ecologista, sin que, según la sentencia, fuera obstáculo impeditivo su falta de personación en el proceso penal seguido por el delito contra el medio ambiente, pues esa falta de personación en vía penal en nada perjudica ni afecta –se dice– a los fines de tutela del medio ambiente encomendados a la asociación recurrente por la ley, que pueden actuarse, indistintamente, bien en la persecución de actuaciones contra la ordenación del territorio que puedan ser constitutivas de delito, bien en la oposición al perdón de la pena impuesta por un delito de esa naturaleza con infracción o al margen de los requisitos establecidos por la ley.

El Voto particular, por el contrario, entendió que ese art. 22 no constituía cobertura de la pretendida legitimación de la Asociación Ecologista y ello porque: **1)** La referida Ley 27/06, tiene por objeto –art. 1– regular los derechos de acceso a la información ambiental que obre en poder de las autoridades o de quienes la posean en su nombre (arts. 3 a 14), a participar en los procedimientos para la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente en el medio ambiente, y cuya elaboración o aprobación corresponda a las Administraciones Públicas (arts. 16 a 18), y, por último, ***“A INSTAR LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS ACTOS Y OMISIONES IMPUTABLES A CUALQUIERA DE LAS AUTORI-***

DADES PÚBLICAS QUE SUPONGAN VULNERACIONES DE LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL” (arts. 20 a 23); **2)** Su art. 22, bajo la rúbrica “Acción popular en asuntos medioambientales”, que no es tal, sino, como dice su Exposición de Motivos, una especie de “acción pública” que se reconoce para impugnar en sede administrativa o jurisdiccional “*LOS ACTOS Y, EN SU CASO, LAS OMISIONES IMPUTABLES A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS QUE VULNEREN LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL MEDIO AMBIENTE ENUMERADAS EN EL ARTÍCULO 18.1*”, y dicho art. 18.1 enumera las siguientes materias: protección de las aguas, contra el ruido, de los suelos, contaminación atmosférica, ordenación del territorio rural y urbano y utilización de los suelos, conservación de la naturaleza, diversidad biológica, montes y aprovechamientos forestales, gestión de los residuos, productos químicos, incluidos los biocidas y los plaguicidas, biotecnología, otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente, evaluación de impacto medioambiental, acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y aquellas otras que establezcan la normativa autonómica. Luego la legitimación que el art. 22 reconoce a este tipo de Asociaciones no tiene otro alcance que la de habilitarlas **para accionar contra actos de las Administraciones lesivos al medio ambiente en alguna de estas materias “sin necesidad de invocar ningún derecho o interés lesionado”**; **3)** El acto recurrido no se refería a ninguna de estas materias, específica y taxativamente recogidas en el precitado art. 18.1 de la Ley 27/06, sino que es un Acuerdo del Consejo de Ministros de concesión de indulto parcial de la pena privativa de libertad impuesta en una Sentencia penal firme condenatoria, resultado del ejercicio del derecho de gracia (“*prerrogativa de gracia*”, art. 87.3 CE, o, “*prerrogativa real de gracia*”, art. 102.3 CE), otorgada al Rey –art. 62.i) CE-, y que, en razón de los principios que informan nuestra Monarquía parlamentaria, no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno, con arreglo a lo que dispone la Ley de 18 de junio de 1870. Luego, la legitimación para impugnar el indulto en sede contenciosa estará necesaria y directamente ligada a quienes fueron parte en dicho proceso, únicos que han demostrado un “interés” en la punición de la conducta, y, en su caso, “*a la parte ofendida si la hubiere*” (a la que el art. 24 de la Ley de Indulto exige darle audiencia), y, diríamos más (en una interpretación amplia), al mero ofendido por delito aunque no hubiera sido parte por no haber ejercido la acción particular. Ofendido -concepto jurídico procesal distinto del de perjudicado-, es el titular del bien jurídico protegido por el delito, mientras que el perjudicado es quien, sin ser el titular de ese bien, sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo y para quien la legitimación para recurrir el indulto derivará de su previa personación en la causa penal como acusación particular. Existen, sin embargo -como refleja el Auto de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2009, R° 48/09-, delitos en los que no hay ningún ofendido porque el bien jurídico protegido carece de titular determinable (por afectar a la colectividad o a un valor no individualizable, como en el caso de los delitos medioambientales) o porque éste no puede ejercitar la acción (caso

del homicidio); **4)** El delito por el que fue condenado el indultado carecía de titular determinable: el bien jurídico protegido era el medioambiente, cuyo titular es la colectividad, y, la Asociación recurrente, aunque tiene como fin estatutario “*la defensa y conservación del medio ambiente*”, entendido como interés medioambiental genérico, no tiene la condición de afectada/ofendida por el delito por lo que sólo tendría legitimación activa para impugnar la decisión de indulto, si hubiera sido parte en el proceso penal mediante el ejercicio de la acción popular dada la naturaleza pública de los delitos medioambientales. Sin embargo no intervino, pudiendo hacerlo, por lo que, a juicio de los Magistrados que suscribieron el voto particular, carece de interés legitimador para cuestionar el indulto, sin que la legitimación legal del art. 22 de la Ley 27/06 pueda extenderse a estos supuestos, máxime cuando el indulto, además, no afecta directa ni indirectamente al bien jurídico protegido por el delito en la medida que el indulto parcial –conmutación de la pena privativa de libertad de tres años y un día por la de dos años- quedaba **condicionado**, por lo que aquí interesa, “*a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, de acuerdo a lo fallado por el Tribunal sentenciador...*”.

La segunda sentencia –nº 851/17, de 16 de mayo–, dictada en el Rº 4152/16, sin embargo, negó legitimación a la “Asociación de Víctimas de la Ley de Violencia de Género” para recurrir el Acuerdo de indulto parcial, conmutando la pena de cuatro meses de prisión, impuesta por delito de desobediencia, por la de treinta días de trabajo en beneficio de la comunidad, con la condición de abonar las responsabilidades civiles en el plazo que determinara el Tribunal sentenciador y no volviera a cometer delito doloso en el plazo de dos años desde la publicación del Real Decreto de indulto, y ello porque -tras recordar “*que una cosa es que las normas procesales de atribución de la legitimación activa deban ser interpretadas con un criterio amplio, y otra muy distinta que no pueda y deba ser denegada en aquellos supuestos de no concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido. Tratándose de un derecho fundamental de prestación y de configuración legal en el que el ejercicio de la tutela judicial efectiva está subordinado a los presupuestos y requisitos establecidos por el legislador; el derecho se satisface no solo cuando se obtiene una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo, sino también cuando, conforme expresa el Tribunal Constitucional, se obtiene una decisión de inadmisión o meramente procesal que aprecie en forma razonada la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley*”, con cita de numerosas sentencias en materia de legitimación- la autoatribución estatutaria no es suficiente, por si sola, sin que, además atendiendo a los fines previstos en los estatutos de la Asociación recurrente, exista una relación material unívoca entre ella y el objeto de la pretensión anulatoria del acuerdo impugnado que permita inferir un interés propio, actual y real por su parte, pues: **a)** no se identifica en la actuación de la Asociación la defensa de un interés colectivo habilitante, **b)** no se está ante un supuesto de expreso reconocimiento de acción popular,

c) la Asociación no puede estar amparada por una pretendida defensa de la legalidad, y, d) es a ella a quien incumbía la carga de la prueba de su legitimación, invocando con precisión el interés que le asistía. El reiterado incumplimiento de las resoluciones judiciales dirigidas a regular la convivencia del padre de su hija, en cuyo procedimiento si bien intervino el padre como acusación particular, no consta ni se alega la actuación de la Asociación recurrente, por lo que *“no se alcanza a entender cuál es el interés legítimo que contemplado en los estatutos de la Asociación le habilita a actuar en el caso de autos”*.

III. PROYECTO DE REFORMA DE 2017

La institución está largamente contestada en nuestro país. No puede olvidarse, sin embargo, que no obstante ser un vestigio histórico, está admitida en Derecho Comparado. Francia, Alemania o Italia la tienen incorporada a sus ordenamientos, si bien las finalidades que persiguen son distintas. Para la doctrina alemana, el derecho de gracia tiene como finalidad la rehabilitación del condenado. Para la doctrina italiana, por el contrario, dos finalidades cumple esta prerrogativa: instrumento de uso político y ser un correctivo de la inflexibilidad de la ley. En España, la finalidad fundamental es impedir que la Ley penal quebrante el principio de proporcionalidad, operando como último instrumento de individualización de la pena cuando el marco legal del arbitrio judicial deviene insuficiente. En este sentido se pronuncia el art. 4.3 C. Penal: *“Del mismo modo acudirá al Gobierno [el juez o tribunal sentenciador] exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”*.

Cierto es que la supresión de la motivación por la Ley de 1988, se acomoda mal con un Estado de Derecho, en el que la transparencia y motivación de toda decisión, a fin de evitar todo atisbo de arbitrariedad, constituye uno de sus pilares, además de ser una ineludible exigencia de la sociedad, de ahí que sea necesario abordar una reforma en profundidad de la institución, con un texto de nuevo cuño, evitando las evidentes disfunciones interpretativas sólidamente apuntadas en el Voto Particular que ha quedado transcrito en lo esencial.

El 14 de febrero de 2017, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó la toma en consideración de la propuesta de modificación de la Ley de Indulto de 1870 (oportunidad perdida para su regulación “ex novo”), presentada por el Grupo Socialista.

En su Exposición de Motivos se enuncian como finalidades esenciales de la reforma –hubiera sido más deseable un Proyecto de nueva planta– la de dar una mayor capacidad de control a los Tribunales, evitar la arbitrariedad del Ejecutivo a través de la exigencia de motivación de la resolución, cumplir con la finalidad que la CE confiere a toda pena, la reinserción social. La reforma introduce exclusiones de carácter objetivo (a mi juicio innecesarias e incluso perturbadoras a esos fines de reinserción social), como son los delitos cometidos por una autoridad en el ejercicio de su función o cargo público, o prevaliéndose del mismo con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o tercero y los delitos relacionados con la violencia de género. Impone, so pena de nulidad, la obligación de motivar las decisiones de indulto, e incorpora, como una de las razones que han de concurrir a juicio del Tribunal para la concesión del indulto total, la reinserción social, contribuyendo así a hacer efectivo el mandato del art. 25.2 CE.

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

**EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MATERIA
TRIBUTARIA: LAS DOCTRINAS DEL TIRO**

Teresa Pontón Aricha

*Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA. II. ¿MERA REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO O PLENA JURISDICCIÓN?. III. LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN O LA PIEZA QUE FALLA. IV. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA TRAS LA RESOLUCIÓN JUDICIAL. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS.

Este trabajo se incluye en la línea: relaciones entre el Ejecutivo y el Poder Judicial

I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA.

En los últimos años hemos asistido, de nuevo, a un arduo debate en materia tributaria tributaria en entorno a las “doctrinas del tiro”, que engloba las doctrinas del “tiro único”, “del doble tiro”, “del tiro ilimitado”. Se trata de una polémica que cada cierto tiempo reaparece y nunca acaba de obtener una solución satisfactoria.

Desde 2010 ha tomado especial relevancia ya que se ha puesto de manifiesto una grave afectación del sistema judicial, así como de los derechos del contribuyente. Exponemos un supuesto en el que la Administración tributaria vuelve a conocer en vía administrativa un asunto en el que el acto, normalmente una liquidación ya ha sido anulado por un tribunal de justicia, planteando un conflicto sobre los límites de las facultades de la Administración y el Poder Judicial. No estamos ante un supuesto de retroacción de actuaciones, es algo muy distinto, estamos ante un retorno al ori-

gen del procedimiento restituyendo las facultades de la Administración tributaria a pesar de su mal proceder y del cambio de vía.

Actualmente el contribuyente que acude a los tribunales de justicia para defenderse de una incorrecta actuación de la Administración tributaria descubre que una vez ganado el pleito, y anulada la liquidación en vía jurisdiccional, la Administración tributaria vuelve a practicar una liquidación retrotrayendo el procedimiento al momento en que se cometió el vicio que motiva dicha anulación, sin más límites que la prescripción de actuaciones, la pervivencia de la obligación y la no reiteración del mismo vicio.

Hasta la sentencia de 19 de noviembre de 2012 del Tribunal Supremo¹⁷⁴ algunos Tribunales Superiores de Justicia, en especial desde Valencia y Cataluña, e incluso la Audiencia Nacional seguían la llamada “doctrina del tiro único” que impedía a la Administración tributaria girar una liquidación en sustitución de la anulada, incluso incoar un nuevo procedimiento por la intervención de un órgano jurisdiccional al enjuiciar el conflicto.

Si la causa de la anulación se fundase en motivos formales y existiese indefensión, a tenor del artículo 239.3¹⁷⁵ de la Ley General Tributaria, junto con el artículo 150.5 de la misma que ley que regula el plazo de duración del procedimiento inspector, la Administración esta habilitada para retrotraer actuaciones, este es el supuesto regulado de retroacción de actuaciones. La mencionada sentencia ponía fin a esta doctrina, puesto que obliga a la Administración tributaria a liquidar toda obligación tributaria existente que no estuviese prescrita sin tener en cuenta ninguna circunstancia.

Con esta sentencia parecía que el Tribunal Supremo ponía el punto final a una polémica en la que se confrontan varios principios capitales del Estado de Derecho: la propia separación de poderes, la eficiencia y autotutela administrativa, un sistema tributario justo, la seguridad jurídica del contribuyente que pedía auxilio a los tribunales de justicia, así como la obligación de contribuir, y el interés público que debe salvaguardar la Administración tributaria. Esta línea del Tribunal Supremo lo que produce en la práctica es una devolución del asunto a la Administración tras la expulsión del acto viciado del ordenamiento jurídico. Con la mera expulsión del ordenamiento del acto administrativo originario se considera satisfecha la tutela judicial del contribuyente, sin tener presente los efectos perversos que de esta doctrina se derivan. Por lo que el Tribunal Supremo ha tenido que ir matizando este posicionamiento, por ejemplo excluyendo todos los procedimientos sancionadores, limitando

¹⁷⁴ STS de 19 de noviembre de 2012, rec. cas. en interés de ley núm. 1215/2011.

¹⁷⁵ No podemos olvidar que este artículo hace referencia en exclusiva a las resoluciones de Tribunales Económicos Administrativos.

el cálculo de intereses, o diferenciando el tipo de vicio que origina la anulación¹⁷⁶. En definitiva nos encontramos ante un tema de ejecución de sentencias en el ámbito del Derecho tributario, que tensiona el principio de tutela judicial del contribuyente el cual acude a los tribunales de justicia para defenderse del funcionamiento incorrecto de la maquinaria administrativa con la autotutela de la Administración y sus potestades.

II. ¿MERA REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO O PLENA JURISDICCIÓN?

El origen de este problema deriva del principio de separación de poderes, debido a la encomienda de la ejecución de las sentencias a la Administración hasta la Constitución del 1978; unido a una visión limitada de la naturaleza del proceso contencioso administrativo que llega desvirtuarlo.

Por ello resultará necesario una reformulación del mismo para no vulnerar los derechos del contribuyente que pretende hacer valer su derecho ante el Poder Judicial. Estamos ante una materia con una importancia crucial en el proceso contencioso administrativo que quizás en muchas ocasiones ha quedado inexplorada, nos encontramos en una zona gris en la que se desdibujan los límites del poder judicial y de las potestades de la Administración prevaleciendo siempre las últimas.

El artículo 16 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, proclamaba *“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”*. Esta declaración será la piedra angular de la configuración de la jurisdicción contencioso administrativa desde ese momento hasta nuestros días.

La justicia administrativa surge con la Revolución Francesa, no proviene del derecho romano, ni del derecho germánico, es un término que se acuña en 1789 reaccionando a los abusos del Antiguo Régimen como se deduce tras estudiar la historiografía especializada. Este nuevo sistema sitúa la ley por encima de cualquier juicio ciudadano se establece el imperio absoluto de la ley sin excepciones, en su vertiente negativa establecía que *“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordene”* resaltando en su artículo séptimo que *“Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obe-*

¹⁷⁶ Pueden consultarse al respecto las siguientes sentencias clave: SSTS 4/04/2013, rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 3369/2012; 29/09/2014, rec. cas. núm. 1014/2013; 15/06/2015, rec. cas. núm. 1551/2014; 2/12/2015, rec. cas. 3811/2013; 27/01/2016, rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 3735/2014; 3/02/2016, rec. cas. núm. 1746/2014; 27/03/2017, rec. núm. 3570/2015.

decer al instante". Se asimilan los principios sentados por Locke en su obra "*Two treatises of civil goverment*" de 1689, en el que el control del sistema se basa en la sumisión a la Ley.

Antes de la Revolución Francesa de 1789 el sistema judicial francés era de justicia delegada, es decir, los agentes nombrados por el rey administraban justicia en su nombre en las jurisdicciones reales, este sistema del Antiguo Régimen debido a los continuos abusos del rey, de la nobleza y el clero no era viable pues el rey dejaba de ser el origen y fuente de todo el sistema. Ello ocasionaba inseguridad, arbitrariedad, lo que provocaría un cambio radical, puesto que la Administración de justicia dependía exclusivamente de la nobleza y el clero, quedando a su voluntad la resolución de conflictos, siempre en nombre del rey.

Una de las principales manifestaciones de la separación de poderes la encontramos en la encomienda de la ejecución a la propia Administración. Como ponía de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA el problema viene de la propia dinámica del principio de separación de poderes y su reflejo en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 en cuyo artículo 4 se establecía que "*no podrán los Jueces ni los Tribunales mezclarse directamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado*", afirmación que arrastramos en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Un punto clave para el entendimiento de este problema del sistema en materia tributaria es la Instrucción general para la administración y recaudación de la Hacienda Pública de 3 de febrero de 1823, cómo indicábamos al comienzo no estamos ante una cuestión novedosa o desconocida. Esta supuso el fortalecimiento de la misma atribuyéndose jurisdicción a sí misma al calificar los asuntos como gubernativos. El objetivo es el fortalecimiento de la Real Hacienda Pública para que la recaudación fuese eficiente, por lo que se establece una nueva especialidad. La instrucción otorga poderes a los Directores Generales de Hacienda para reglar el gobierno de su secretaría; redibujó de manera jerárquica la institución estructurándola en torno a las Direcciones Generales (administración central), intendencias (administración provincial), y subdelegados (los partidos), es decir, se organiza y estructura lo ya existe de acuerdo con la nueva legislación. Es decir, se adaptó lo existente a un nuevo sistema institucional, como así se señala:

"Hablar en términos de distinción de materias o de judicialización o administrativización de los contenciosos de la Hacienda produce una cortina de humo que, si no nos engañamos, impide ver la raíz de la cuestión: no era la de clasificaciones de materias ni de derechos de lo que se trataba, sino del cambio de modelo institucional. La Administración central, la Real Hacienda en este caso, se quiso hacer fuerte (atribuyéndose jurisdicción) no frente a

los contribuyentes ciudadanos, sino a la gestión municipal, por más que su fortalecimiento repercutiera en los vecinos de los pueblos. La solución, más que dada, intentado, a los contenciosos de la Administración gaditanos, y particularmente a los localizados en el ámbito de la Hacienda, no se diseñó pensando en la garantía de los contribuyentes ciudadanos, sino en el control de los contribuyentes corporaciones municipales; pues no es pues una cuestión que afecte a los individuos, ciudadanos y contribuyentes y a sus derechos frente a la Administración, sino primordialmente relativos a la estructura estatal del poder frente al viejo modelo corporativo, autogestionario como tal de bienes y propiedades”¹⁷⁷.

“La Constitución había eliminado la jurisdicción privativa de la Hacienda, pero no reformó su proteica estructura; la primera norma gaditana pretendió terminar con la estructura oligárquica de las corporaciones locales, pero no alteró el régimen de sus propiedades, sencillamente porque no las desamortizó. El nuevo no podía pasar en exclusiva, como no pasó, por habilitar a jueces y tribunales para entender de los contenciosos nacidos de la imposición de contribuciones ni de su exacción, ni por declarar una y otra vez que las actividades de la Hacienda eran gubernativas. Creemos no equivocarnos si calificamos ambas cuestiones como periféricas y adjetivas respecto de la problemática gaditana, que las desborda por completo.”¹⁷⁸

La Ley de 11 de abril de 1868, para la organización del fuero, en su artículo 2 derogaba expresamente los tribunales de Hacienda¹⁷⁹, devolviendo los asuntos a la jurisdicción ordinaria, ya que no volverían a estar en un fuero privilegiado.

Tras muchos años con una legislación tremendamente imperfecta aparece la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 17 de diciembre de 1956. Esta norma elaborada por Manuel Balbé y Jesús González Pérez a instancia del Ministerio de Justicia, representa para parte de la doctrina el verdadero nacimiento de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸⁰. Esta nueva ley establecía que lo contencioso administrativo fuese una “especie” más de jurisdicción, abriendo la interpretación del término Administración Pública que ahora comprende a la central, local e institucional. Reflejaba una concepción objetiva de la jurisdicción; se configura el proceso

¹⁷⁷ GARRIGA ACOSTA, C. A. & LORENTE SARIÑENA, M. “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845) Una propuesta de revisión,” en *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, (Pág. 226)

¹⁷⁸ *Ibid.*, (Págs. 225-226)

¹⁷⁹ “Artículo 2. Segunda. Supresión de los Juzgados especiales de Hacienda y tribunales de Comercio, devolviéndose el conocimiento de los pleitos y causas en que hoy entienden á la jurisdicción Real y ordinaria”.

¹⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA así lo afirma en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, (Pág. 68).

no como un “juicio al acto” sino girando sobre las pretensiones que se deducen en relación con los actos administrativos, entrando sólo en la legalidad el acto emitido pero sin control sobre la actividad enjuiciada; ello significa que en realidad se está produciendo un mero control de legalidad de la actividad administrativa. Quedando patente este extremo en lo que se refiere al control de la ejecución de las resoluciones judiciales en su artículo 103 “*La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso.*”. Es decir, la ejecución de una sentencia estaba en manos de la Administración, se optó por un sistema de ejecución francés o administrativista siguiendo la tradición. Ello se debe a una concepción de la ejecución como un sistema de coacción que sólo puede emplearse por el Ejecutivo, ya que a ese poder le corresponde el “empleo de la fuerza”, un sistema que se apreciaba como algo lógico y natural, a pesar de las voces críticas, por el devenir del sistema decimonónico de justicia retenida. Esto generaba una tremenda inseguridad a los administrados, pues el mismo órgano al que un Tribunal había condenado debería ejecutar la resolución en pleno siglo XX. Lo máximo que puede hacer el órgano judicial es impulsar la ejecución y velar por su cumplimiento, pero carece de medios y competencia para obligar a la Administración, sólo puede tomar medidas indirectas relativas a la responsabilidad civil, o criminal, del funcionario responsable de la inexecución, por lo que continúa la relación de cooperación necesaria que existía entre ambos. Se limitan las facultades de la Administración para suspender e inexecutar, pero en la práctica casi no sufre modificaciones, por primera vez de la ley de 1888 se recogía literalmente que la ejecución correspondía al órgano que dictó el acto o disposición, antes era una premisa que todos respetaban pero sin respaldo legislativo. Como señalamos se trata de un sistema heredado de la Ley Santamaría de Paredes de 1888, el problema es que pervivió casi hasta nuestros días, aunque curiosamente la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, ya establecía que era competencia de los órganos jurisdiccional juzgar y ejecutar lo juzgado, con la salvedad de que la intervención del tribunal en la ejecución era rogada.

Es decir, tras la reforma de 1956 poco cambia a pesar de la declaración de intenciones que se realiza en su Exposición de Motivos¹⁸¹, la jurisdicción contenciosa sigue siendo algo distinto de la civil y criminal, es una particularidad, un *fuero especial* en el que no existían las mismas competencias. Este se establecía para enjuiciar lo administrativo en lugar de incluirlo en la jurisdicción ordinaria una rama especializada por la materia a tratar, hasta la Ley del 1956 no se puede considerar que se produzca la integración en la jurisdicción, y a pesar de integrarse, se deja atrás la ejecución de sentencias ya que la Ley de 1888 inicia el verdadero cambio pero hasta la entrada en vigor de nuestra Constitución está no ocurre. Lo más llamativo es que la propia legislación otorgaba a los órganos poderes para actuar, y debido a

¹⁸¹ De hecho la literalidad de la Exposición de Motivos es la siguiente “*La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.*”

la inercia histórica, estos eran los que no ejercían las facultades, ciertamente eran pocas las que les concedía la nueva Ley de la Jurisdicción. Un claro ejemplo son los artículos 110.2 permita adoptar “*las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado*”, y el 105.6 “*se ejecutará la sentencia en la forma y término que en el fallo se consignen, bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la administración*”. Pero a pesar de todo, en la práctica los tribunales carecen de verdaderos medios efectivos de ejecución para enfrentarse al *imperium* de la Administración tributaria lo que se traduce en que el fallo no puede ser ejecutado. Otro punto a considerar es el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado de 1967¹⁸², que establece expresamente la competencia para ejecutar lo juzgado en materia contencioso-administrativa, que siendo una ley orgánica no logró imponerse sobre la Ley de la Jurisdicción de 1956 debido a una forzada interpretación de la separación de poderes que entendía que era una intromisión en las facultades de la Administración.

Tras la aprobación de la Constitución el Tribunal Constitucional, matizó la interpretación que debía darse a la Ley de la Jurisdicción de 1956; debía interpretarse sometida a los artículos 24 y 117.3 de la Constitución, que encomendaban el poder judicial en exclusiva a los Tribunales, y ello conllevaba su plenitud, es decir, se incluye todo lo que afecte al nuevo panorama presidido por la plena satisfacción de la tutela judicial. (STC núm. 32/1982, de 7 de junio). Señala GONZÁLEZ¹⁸³ que “*la incidencia de la Constitución de 1978 en la Justicia administrativa ha sido desorbitada. Ante algunos de los muchos comentarios que se produjeron a raíz de su entrada en vigor, se tiene la impresión de que antes el ciudadano se encontraba huérfano de asistencia jurisdiccional frente a las arbitrariedades de unas Administraciones Públicas que actuaban sin sujeción a norma alguna*”. Por primera vez los ciudadanos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos en sus relaciones con la Administración, y esta justicia es dispensa por un cuerpo de jueces y magistrados regulados por una ley orgánica que blindada su estatuto jurídico. No se hace por ley ordinaria como el resto de los funcionarios para asegurar su independencia del ejecutivo, puesto que jueces y magistrados encarna un poder del Estado siendo necesaria esa especial protección, se les prohíbe de manera específica la afiliación a partidos políticos o sindicatos para eliminar todas las interferencias posibles siguiendo el modelo originario de la separación de poderes francesa. Confirmando, por fin, de manera expresa el cambio a un sistema de plena jurisdicción, que sin derogar expresamente varios artículos de la Ley de 1956 los dejaba sin efecto.

¹⁸² Art. 31 LOE “*La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia.*”

¹⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F., & GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Comentarios a la Ley 4/1999 de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992*, Madrid, Cívitas, 1999, (Pág. 589).

El artículo 24 supone la superación del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa, la misma pasa a ser de plena jurisdicción, el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 1988, ya aclaraba esta naturaleza. Podemos leer su tercer considerando, *“Es decir, que tanto la actuación administrativa como la primera instancia judicial transcurren con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, cuyo artículo 24 proclama el derecho a la jurisdicción lo que exige -como principio o regla general- el que se dicte una resolución fundada en derecho que si bien puede ser de inadmisión cuando así proceda, conforme al ordenamiento jurídico, no resulta aconsejable exagerar el cumplimiento de requisitos directamente enlazados con el dudoso principio “solve et repete” porque las normas -todas- tienen que ser interpretadas, conforme a la Constitución lo que en el caso enjuiciado obliga a limitar este principio a los supuestos de habilitación por norma legal, conforme con anterioridad se ha expuesto. Por lo demás, ningún perjuicio puede derivar de esta interpretación para la Administración que -a virtud del principio general de ejecutividad de los actos administrativos- puede en cualquier momento ejecutar su acuerdo de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 y siguientes de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción Contenciosa de 27 de diciembre de 1956.”*

Así como el sexto considerando, *“se declara que el carácter revisor de la Jurisdicción Contenciosa no quiebra porque rechazada la motivación formal única del acto resolutorio de la alzada, se entre a enjuiciar el acto originario en toda su extensión; porque si bien el tema de la legalidad del acto, no ha sido contemplado en vía de recurso -al declararse la inadmisibilidad- no falta el acto administrativo decisorio, puesto que tal tema fue contemplado en la primera de las resoluciones sometidas a Alzada, y no se olvide que la acción procesal ejercitada en el proceso, se dirige, tanto contra el decisorio del recurso, como contra el acto originario; afirmación, que se refuerza si acudimos al principio de economía procesal, inspirador de un buen sistema de procedimiento que implica ahorro de tiempo, de actividades y gastos, principio que se conculcaría si, respecto de un mismo asunto, tuviera que acudirse en más de una ocasión a la vía jurisdiccional para dilucidar -separadamente- las eventuales objeciones formales, opuestas en Alzada, de las de fondo.”*

La cuestión que ha completado el círculo dotando de un carácter plenamente judicialista al sistema al sistema contencioso ha sido la ejecución de las resoluciones por los jueces y tribunales. Supone la completa protección de los derechos del contribuyente, la verdadera satisfacción de la plena tutela judicial efectiva.

El problema lo encontramos cuando tras la resolución judicial la Administración tributaria vuelve a liquidar vaciando de contenido el proceso descrito, es tremendamente complejo que un contribuyente entienda que le vuelvan a girar una liquidación cuando un juez le ha dado la razón.

III. LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN O LA PIEZA QUE FALLA.

Antes de continuar hemos de establecer una premisa básica: estamos en un proceso contencioso administrativo del que emana una resolución judicial cuyo origen es un conflicto tributario. Podría pensarse que la observación es innecesaria, pero a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es tan evidente. BOSCH¹⁸⁴ se vio obligado a realizar esta misma observación de manera más contundente.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es de aplicación, sin excepción, en materia tributaria puesto que no hay un régimen específico. Esta normativa constituye el régimen general de impugnación de los actos de las Administraciones Públicas ante los Tribunales de justicia; tampoco se hacen distinciones respecto a las sentencias, ni a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia tributaria, la única excepción que hay es la extensión de efectos regulada en el artículo 110 de la misma aplicable a la materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado. La Ley General Tributaria establece en su artículo 6¹⁸⁵ la impugnabilidad de los actos tributarios ante los órganos jurisdiccionales.

La Exposición de Motivos de la actual Ley de la Jurisdicción, en el apartado correspondiente a la justificación de la reforma pone de manifiesto la situación preocupante de la ejecución de sentencias y como afecta a los pilares del Estado de Derecho: *“La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.”*

¹⁸⁴ “es necesario comenzar resaltando lo que casi podríamos tildar de obviada: que la tarea jurisdiccional en este ámbito tributario se rige por la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa y, subsidiariamente, por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como establece la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998.” BOSCH CHOLBI, J. L. “A vueltas con la posibilidad de ordenar judicialmente la retroacción de actuaciones tributarias cuando se anula una liquidación tributaria,” en *VII Congreso Tributario*, Madrid, AEDAF, 2011. (Pág. 130).

¹⁸⁵ “Artículo 6 Impugnabilidad de los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones El ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones tienen carácter reglado y son impugnables en vía administrativa y jurisdiccional en los términos establecidos en las leyes.”

Ya en 1985 FONT I LLOVET¹⁸⁶ establecía la doble perspectiva desde la que se debe abordar la ejecución de sentencias, desde el principio de exclusividad de la ejecución, y, desde su enfoque como Derecho fundamental protegido dentro de la tutela judicial. El primero recogido en el artículo 117.3 y el segundo en el 24.1 de la Constitución.

La primera vez que se reconoce la ejecución como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es en la STC núm. 32/1987, de 7 junio, en cuyo fundamento jurídico segundo se dice: *“El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo [24.1] consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.”*

Resumiendo, la ejecución de las sentencias en materia contencioso administrativa es el elemento que falta para alcanzar la jurisdicción plena. Sin solventar este tema las resoluciones quedaban en meras declaraciones de voluntad ya que el contribuyente no podía hacer nada frente a la institución. La sistematización de la naturaleza de derecho a la ejecución de las sentencias que afectan a la Administración se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

1. la titularidad de potestad de ejecución de las resoluciones judiciales corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales debido a la literalidad del artículo 117.3 de la Constitución;
2. a los titulares de esa potestad se le impone el deber de adoptar medidas para la efectiva ejecución de esas resoluciones;
3. cuando la resolución debe ser cumplida por una Administración Pública debe llevarla a cabo sin impedimentos por mandato directo de artículo 118 de la Constitución;
4. si la Administración dificulta el cumplimiento de la resolución judicial u omite su deber de colaboración el juez está legitimado y obligado a tomar las medidas necesarias para garantizar ese derecho fundamental;
5. si las medidas no se tomasen será el órgano jurisdiccional quien estará vulnerando un derecho fundamental ya que se le establece un deber constitucional de adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución.

¹⁸⁶ FONT I LLOVET, T. *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas: aspectos constitucionales* (Madrid: Civitas, 1985).

La ley de la Jurisdicción de 1998 otorga a la Administración de suspender o inexecutar una sentencia en caso de imposibilidad material, o legal, a través de un incidente; y si existían supuestos extraordinarios como un peligro de trastorno grave del orden público, la amenaza de guerra por el cumplimiento de la sentencia, quebranto de integridad del territorio nacional, o un grave quebranto para la Hacienda Pública.

Un punto a tener presente es que el derecho a la ejecución no se establece sólo para la parte “vencedora” del procedimiento, el condenado también puede exigir que el cumplimiento sea exacto, sin exceder lo contenido en el mismo y así se ha reconocido en la doctrina del Constitucional¹⁸⁷. Es decir, solicitar el cumplimiento acorde al contenido del fallo sin que puedan revisarse cuestiones nuevas en virtud del principio de seguridad jurídica, ya que no pueden modificarse las resoluciones dictadas. Un tema íntimamente ligado, pero distinto a la ejecución en sus propios términos, dónde la doctrina del Tribunal Constitucional considera que forma parte del contenido del derecho a la ejecución, pero puede en determinadas ocasiones ser sustituido por una indemnización o por tipo de prestaciones cuando el cumplimiento in natura devenga imposible siempre que legalmente se prevean los supuestos y cauces para ello, puesto que el objetivo es colmar el derecho a la tutela judicial efectiva y no favorecer la arbitrariedad de la Administración cómo ha sucedido históricamente.

Es decir, la ejecución de las resoluciones judiciales es una labor encomendada por la Constitución directamente a los jueces, así se recoge también en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁸⁸, y en el propio articulado de la Ley de la Jurisdicción¹⁸⁹. Algo que para nosotros resulta una obviedad parece que no lo es para el Tribunal Supremo, como ejemplo la STS de 19 de noviembre de 2012, en la que continuamente se invoca la ya derogada Ley de Procedimiento Administrativo Común¹⁹⁰ respecto a la conservación y actuación de la Administración tributaria tras la sentencia.

Cabe señalar al respecto que la Disposición Final Primera de la Ley de la Jurisdicción establece la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de manera expresa¹⁹¹ sin hacer remisión alguna a la Ley General Tributaria, o la antigua Ley de Pro-

¹⁸⁷ STC núm. 219/1994, de 18 de julio, FJ 3º: “El derecho a que la sentencia se ejecute en su propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye, junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la Ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución.”

¹⁸⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁸⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

¹⁹⁰ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁹¹ “Primera Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil
En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil.”

cedimiento Administrativo Común pues se trata de leyes “administrativas”, parece obvio decir, que la ejecución de las sentencia tributaras corresponde al juez, pero se vuelve necesario cuando observamos que en la mayoría de los litigios el procedimiento vuelve a la Administración tributaria que retoma bajo sus reglas y principios, a veces sin atender a la nueva naturaleza procesal que se crea tras la intervención del poder judicial.

No se trata de una postura aislada, desde la doctrina procesalista GONZÁLEZ¹⁹² indica lo mismo *“Los requisitos procesales de la ejecución se regulan básicamente en los artículos 103 a 105, LJ, y, en lo no previsto en ellos y en tanto que sean compatibles con la naturaleza del proceso administrativo, serán aplicables las disposiciones generales sobre ejecución de la LEC”*. Respecto a la integración del derecho procesal administrativo señala este autor que *“Siendo la ley procesal administrativa una ley especial dentro de las procesales y de las leyes en general, cabe resolver las lagunas de aquélla acudiendo a la legislación procesal general recogida en los códigos del proceso civil.”*¹⁹³ Pero en ningún caso la derogada ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento General de Revisión en sus artículos 63 y siguientes regula la ejecución de las resoluciones judiciales, pero lo hace realizando una mera remisión a la Ley de la Jurisdicción.

En ámbito tributario también encontramos el mismo posicionamiento, BAEZA¹⁹⁴ señala que *“el procedimiento jurisdiccional y la ejecución de sentencias no tienen su regulación en la Ley 30/1992, sino en la LJ’98, donde no existe un solo precepto legal que contemple tales posibilidades, previéndose en los arts. 68 y ss. LJ que la sentencia sólo puede tener alguno de los siguientes fallos: inadmisibilidad del recurso, desestimación o estimación por anulación total o parcial del acto administrativo impugnado; en tanto que en los arts. 103 y ss. del mismo cuerpo legal –reguladores de la ejecución de sentencias- nada se dice sobre la posibilidad de remediar los vicios que hayan dado lugar a la estimación del recuso con anulación total o parcial del acto administrativo impugnado”*. Esto nos lleva a la siguiente reflexión: tendremos que atender a la pretensiones de las partes para delimitar el contenido del fallo, pues la sentencia deberá ser congruente el objeto que las mismas establezcan en el proceso para conseguir una plena tutela jurisdiccional y delimitar el papel de la administración en la ejecución del mismo.

Lo normal es que tras la sentencia sea necesaria una actividad administrativa directa, o indirecta, que traslade, que materialice, la resolución del conflicto que motivo el

¹⁹² GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3a ed., Madrid, Civitas, 2001., (Pág. 505).

¹⁹³ Ibid. (Pág. 93).

¹⁹⁴ BAEZA DÍAZ-PORTALES, J.M. “consideraciones sobre la posibilidad de reiteración de actos administrativos anulados judicialmente y los intereses de demora tributarios,” en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 156, 2009 (ejemplar dedicado al V congreso tributario: cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad., (Pág. 259).

proceso jurisdiccional. Es decir, que la realidad se adecue a lo fallado. La sentencia crea efectos en una doble vertiente: positiva, conteniendo una obligación que se desprende de la Administración; y negativa, respecto a lo que la Administración no puede hacer ya que contrariaría lo contenido en el fallo. La Administración está obligada a trasladar a la realidad el contenido, y a no realizar actividad alguna cuya finalidad sea evitar la efectividad del mismo, y en este punto es cuando comienzan los problemas al dictar una nueva liquidación en lugar de la anulada.

Es cierto que la Ley de la Jurisdicción en su artículo 103, supone un gran avance al contener en su articulado de manera expresa, ratificando legislativamente el gran cambio, introduciendo los mismos términos que aparecen en el artículo 2.1 Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 117.3 de la Constitución, lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es decir, hace hincapié en que le corresponde al Poder Judicial en exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El artículo no deja lugar a duda alguna, como tampoco deja dudas sobre que el proceso de ejecución se encuentra amparado por el derecho a la tutela judicial. Aunque siempre prestamos una especial atención al artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción no podemos olvidar que esto mismo se contiene en el artículo 7.1 de la norma que ha establecido la competencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa para ejecutar las resoluciones que emanen de ellos en sus propios términos. *“Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar las sentencias que dictaren en los términos señalados en el artículo 103.1.”*

Reconociendo en el texto de la ley lo que ya había establecido en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional, es decir, constituye parte de un derecho fundamental. Así lo plasma en su sentencia de 16 de mayo, núm 61/1984 en su fundamento jurídico primero: *“La tutela de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución, comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un período razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello, comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria.”*

Recapitulando, MARTÍN QUERALT ilustra a la perfección la situación del contribuyente y las consecuencias de esta disfunción del sistema: *“Cuando un Tribunal de Justicia, controlando la previa actuación de la Administración tributaria (de gestión o de revisión) la anula, las cuestiones que puedan suscitarse en relación con la*

nueva liquidación que eventualmente pudiera ser adoptada pertenecen, en principio y por definición, al ámbito propios de la ejecución de la sentencia, que han de dilucidarse con arreglo y por los cauces previstos en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, sin necesidad de instar otra vía económico-administrativa autónoma, que desembocaría en un proceso contencioso-administrativo distinto de aquél en el que fue dictada la sentencia que es causa de la liquidación [únicamente si el nuevo acto abordara cuestiones inéditas y distintas, sin afectar a lo ordenado por la sentencia, sería obligado seguir un cauce impugnatorio diferente e independiente].

Si no se actúa de aquel modo, además de provocarse disfunciones por la apertura de dos vías paralelas y diacrónicas para el control de la actuación de la Administración en relación con la misma obligación tributaria de un sujeto pasivo (el debate frente a la liquidación inicial anulada, que aún sigue vivo por no ser firme la sentencia que así resolvió, y el segundo abierto contra la liquidación aprobada en sustitución de la anterior), se causa una demora no razonable, desproporcionada y, por ello, insoportable, haciendo transitar al sujeto pasivo la vía económico-administrativa, con sus dos instancias, y la impugnación jurisdiccional, también con dos instancias o, en su caso, el correspondiente recurso de casación, para dar respuesta a un debate en el que ya ha habido un pronunciamiento jurisdiccional, que sólo resta ejecutar en sus propios términos.”¹⁹⁵

Con estas letras describe perfectamente la situación existente, el posicionamiento que compartimos, encauzando la solución a este problema: la ejecución en vía judicial por parte del órgano jurisdiccional competente según establecen las normas.

IV. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA TRAS LA RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Un punto clave para intentar solucionar este problema es delimitar la posición del órgano jurisdiccional y del órgano administrativo en la ejecución de la sentencia, aunque parece estar muy definido desde una perspectiva constitucional por el mandato expreso contenido en el artículo 117.3 de la Constitución, en la práctica no podemos asegurar que exista tanta nitidez, pues esta potestad se ejercerá “*según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*” Es decir, según lo establecido en los artículos 103 a 113 de la Ley de la Jurisdicción en nuestro caso.

La propia naturaleza de la ejecución obliga a la “sustitución” del órgano jurisdiccional en la materialización no sólo por el mandato constitucional del artículo 118 de

¹⁹⁵ MARTÍN QUERALT, J.B. “Más sobre el «tiro único»... De la retroacción de actuaciones vía incidente de ejecución de sentencias,” *Carta tributaria. Revista de opinión* (Wolters Kluwer, 2015).

la Constitución, sino razones de oportunidad, y por la posibilidad del condenado de cumplir lo mandado en cualquier momento por sí mismo, así como el mismo principio de separación de poderes que le impide al órgano judicial realizar las labores encomendadas a otro poder. No está de más recordar la reflexión de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁹⁶ al analizar la evolución del contencioso francés durante el siglo XIX para recordar como hemos llegado hasta aquí: *“el recurrente actuaba en realidad como el Ministerio Público o Fiscal, en inertes de la Ley; el “proceso al acto” limitaba su fallo a la anulación del acto o a su absolución sin posibilidad de ningún otro pronunciamiento. No cabían, pues, sentencias de condena, que impusieran forzosamente a la Administración cualquier conducta, ni el juez podía tampoco sustituir en ningún sentido el contenido del acto en su caso anulado, lo cual seguía explicándose por la negación al juez administrativo de la posibilidad de dictar “actos de Administración” (y, éste, evidentemente, lo sería, en cuanto sustituía el acto anulado y mantendría con ello su imputación a la Administración), conforme al ya viejo principio revolucionario, aunque de vigencia interrumpida, de “separación” entre la justicia y la Administración, ahora referido ya a los órganos administrativos especializados en el contencioso-administrativo y a la limitación de sus poderes efectivos.”*

El Tribunal Supremo en casación intentó delimitar la posición de la Administración, *“El proceso de ejecución de las sentencias está encomendado a la propia Administración que dicta el acto recurrido, reservándose el Tribunal la misión de adoptar, a instancia de parte, las medidas que sean necesarias para compeler a la Administración a que cumpla lo que se ordena en la ejecutoria, ateniéndose a los pronunciamientos que el fallo de la misma contenga y a los que sean consecuencia natural de la esencia jurídica de la situación resuelta. Aquella atribución no es una potestad de la Administración sino un deber de cumplir lo decidido por sentencias y resoluciones firmes, que debía producirse, según la antigua Ley Jurisdiccional, en el plazo de seis meses desde la recepción del testimonio de la sentencia.”*

Nos encontramos ante una parte peculiar, la Administración no es un mero colaborador del poder judicial, a ella también le corresponde velar por el cumplimiento de las resoluciones, por su particular naturaleza. En este sentido el artículo 103.3 de la Constitución establece la mera colaboración para los sujetos que no han sido partes durante el proceso en atención al dictado del artículo 118 de la Constitución, y esta obligación debe complementarse con el mandato de colaboración contenido en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero la definición de la posición jurídica de la Administración Tributaria es distinta, pues se trata de una parte del litigio, respecto de la que se establece en el artículo 103.2 un deber de cumplimiento en sentido estricto, respecto a esta especial situación de

¹⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, (Págs. 52-53).

la Administración en el Fundamento jurídico tercero de la STC núm. 32/1987, de 7 junio se dice “*El respeto que de forma especial los poderes públicos han de otorgar a las libertades y derechos fundamentales, y la singular relevancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las resoluciones judiciales, obliga a que la Administración pública y, en su caso, los Tribunales adopten las medidas necesarias a fin de garantizar que el mencionado derecho constitucional adquiera plena efectividad*” lo que resulta clave para enfocar de manera correcta su posición en el proceso de ejecución. Incluso sistemáticamente la LJCA ha diferenciado en dos apartados distintos estas obligaciones, la estricta y de la mera colaboración (el resaltado es nuestro):

“2. Las **partes están obligadas a cumplir las sentencias** en la forma y términos que en éstas se consignen.

3. Todas las **personas y entidades públicas y privadas** están obligadas a **prestar la colaboración** requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.”

Pero lo que nos sorprende poderosamente es que excepto en la ejecución de sentencias penales, no hay ningún dato sobre la ejecución y el cumplimiento del resto de las resoluciones judiciales en las memorias públicas¹⁹⁷.

V. CONCLUSIONES

La actuación administrativa posterior a la resolución judicial en los casos de estudio parece vaciar de contenido la tutela judicial efectiva del contribuyente, que tras ser declarado vencedor en el foro judicial vuelve al punto de origen ante la Administración tributaria quebrando el principio de separación de poderes.

Esta es una de las especialidades que se producen en Derecho tributario, puesto que tratamos con problemas específicos que no se dan en otras ramas del contencioso administrativo, en las cuales la tutela judicial efectiva se da plenamente. Los jueces finalizan las controversias, y con mayor o menor dificultad las sentencias cumplen su cometido al trasladar a la realidad el fallo contenida en ellas, algo que parece no su-

¹⁹⁷ http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/_Ayuda_Memoria_2016/_Ayuda_Memoria_2016.html Última consulta 4 de enero de 2018.

“La Agencia Tributaria desarrolla el deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales, establecido en los artículos 118 de la Constitución Española y 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través de diversas funciones, entre las que destacan el auxilio judicial y el peritaje en procesos de delito contra la Hacienda Pública, el suministro de información tributaria, telemática e individualizada, a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal y el ejercicio de la función de policía judicial por los funcionarios de Vigilancia Aduanera.”

ceder en el ámbito tributario dónde las facultades de la Administración casi quedan intactas, e incluso reforzadas, tras la intervención de la jurisdicción.

Volviendo a la actualidad del asunto estamos a la espera de que el Tribunal Supremo se manifieste sobre otro aspecto fundamental: el plazo para notificar esa nueva liquidación que sustituye a la original anulada judicialmente, esperamos que resuelva este asunto y nos aclare si el plazo para notificar es el del artículo 104 de la Ley General Tributaria, o el del 150.7 de la misma, o si son aplicables los artículos 66 y 70 del Real Decreto 520/2005. Es decir, si ha de atenderse al plazo general de seis meses para dictar resolución en el primer caso, si se aplica el plazo previsto para la retroacción de actuaciones en el procedimiento de inspección que no de gestión, o si se aplica el plazo de ejecución de resoluciones.

Una nueva vuelta de tuerca que cada día complica más las posibilidades del contribuyente ante la Administración tributaria, el cuál acude a un tribunal de justicia, es decir, al Poder Judicial que constata el mal funcionamiento de la Administración declarándole vencedor y a pesar de ello vuelve a ser notificado con una liquidación que trae causa de la misma obligación tributaria.

VI. REFERENCIAS

BAEZA DÍAZ-PORTALES, J. M. “Consideraciones sobre la posibilidad de reiteración de actos administrativos anulados judicialmente y los intereses de demora tributarios.” en *Estudios de Derecho Judicial, ISSN 1137-3520, Nº. 156, (Ejemplar Dedicado a: V Congreso Tributario: Cuestiones Tributarias Problemáticas Y de Actualidad)*, Págs. 255-282, 2010.

BOSCH CHOLBI, J. L. “A vueltas con la posibilidad de ordenar judicialmente la retroacción de actuaciones tributarias cuando se anula una liquidación tributaria.” en *VII Congreso Tributario*, Madrid AEDAF, Págs. 129-148, 2011.

CALDERÓN GONZÁLEZ, J. M. *La ejecución de sentencias tributarias: régimen legal y jurisprudencial*. Valladolid, Lex Nova Thomson Reuters, 2014.

FONT I LLOVET, T. *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas: aspectos constitucionales*. Madrid, Civitas, 1985.

GANDARILLAS MARTOS, S. “La retroacción de actuaciones y la ejecución de resoluciones o sentencias en materia contencioso-tributaria: últimos pronunciamientos.” *Quincena fiscal, Nº 8*, Págs. 93-119, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Madrid, Thomson-Civitas, 2007.

GARCÍA NOVOA, C. “Problemática de la ejecución de resoluciones: sobre la retroacción de actuaciones, el tiro único y las segundas oportunidades para liquidar.” en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Págs. 2197–2238, 2014.

GARRIGA ACOSTA, C. A., & LORENTE SARIÑENA, M. “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845) una propuesta de revisión.” en *Constitución en España: orígenes y destinos*, págs. 215–272. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3a ed. Madrid, Civitas, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F., & GONZÁLEZ RIVAS, J. J. *Comentarios a La Ley 4/1999 de 13 de Enero de Modificación de La Ley 30/1992*. Madrid, Civitas, 1999.

MARTÍN QUERALT, J. B. “Más sobre el «tiro único»... De la retroacción de actuaciones vía incidente de ejecución de sentencias.” *Carta tributaria. Revista de opinión*. Wolters Kluwer, 2015.

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

LA INTRODUCCIÓN DE CONTROLES ADMINISTRATIVOS PREVIOS A LA VÍA JURISDICCIONAL: LA FISCALIZACIÓN DE LAS DECISIONES SUPERVISORAS DEL BANCO CENTRAL EUROPEO POR PARTE COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN

Javier Esteban Ríos

*Profesor contratado interino
Universidad de Zaragoza.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN. II.1 COMPOSICIÓN DEL COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN. II.2 PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN. II.3 EFECTOS DEL DICTAMEN DEL COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN. III. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

La demoledora crisis económica y financiera iniciada en 2007 planteó la necesidad de armonizar tanto la regulación como la supervisión de las entidades bancarias de la Unión Europea (en adelante UE). La situación de partida, en la que los supervisores nacionales eran competentes para la supervisión bajo una regulación en proceso de convergencia, se demostró insuficiente y no sirvió para evitar que los distintos Estados pusiesen en práctica diferentes políticas supervisoras para favorecer a sus entidades nacionales. De este modo, se producía lo que ha venido a denominarse como “una carrera hacia el abismo”¹⁹⁸, en busca de generar ventajas competitivas mediante una regulación-supervisión cada vez más laxa.

¹⁹⁸ STIGLITZ, J. E. *El euro: Cómo la moneda común amenaza el futuro de Europa*, Taurus, Madrid, 2016.

La referida situación crítica también permitiría comprobar que el ámbito y efectos de las crisis bancarias no son meramente nacionales, si no que la internacionalización del negocio bancario, en especial su comunitarización, lleva a la superación de las fronteras políticas y al contagio y repercusión en entidades que podían considerarse “sanas”. En este sentido, es especialmente relevante la toma en consideración de algunas entidades como sistémicas, es decir, capaces de afectar por sí solas a la estabilidad del sistema financiero (nacional, regional o mundial) en su conjunto, dado su volumen de actividad y activos.

A su vez, volvía a hacer acto de presencia otra de las indeseadas constantes que, históricamente, aparecen en los procesos de crisis financiera: la necesidad de recurrir a fondos públicos para el reflatamiento de las entidades de crédito. El ejemplo español es en este sentido paradigmático, estimando el Tribunal de Cuentas que el volumen de fondos públicos movilizados para el proceso de reestructuración bancaria, mediante aportaciones públicas y privadas, ronda los 122.000 millones de euros¹⁹⁹, calculándose el volumen no recuperable en unos 65.700 millones de euros (correspondiendo 42.500 al FROB y 23.200 al FGD)²⁰⁰.

Por todo ello, a partir de 2012, las instituciones comunitarias iniciaron trabajos para profundizar en la armonización de la materia, a través de la denominada Unión Bancaria, que se integra por una serie de elementos fundamentales, comúnmente conocidos como pilares, asentados sobre una base normativa conjunta:

- Un Código Normativo Único, identificado con el soporte para los pilares, para hacer frente a una normativa dispersa y con notables divergencias. Su base se encuentra en el Reglamento (UE) nº 575/2013 y en la Directiva 2013/36/UE, que entrarían en vigor en enero de 2014, así como en las directrices y recomendaciones formuladas por la Autoridad Bancaria Europea y en el Manual de Supervisión elaborado por el Banco Central Europeo.
- Un Mecanismo Único de Supervisión (MUS), para limitar las diferencias en aplicación de la normativa, implantado vía Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, y que comienza a operar el 4 de noviembre de 2014. En el seno de este mecanismo el BCE viene a asumir funciones específicas en materia de supervisión de entidades de crédito.

¹⁹⁹ De acuerdo con el Informe del Tribunal de Cuentas Nº 1.190, de 22 diciembre de 2016, de *fiscalización del proceso de reestructuración bancaria, ejercicios 2009 a 2015*. Documento accesible a través de: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/APROBADO-EL-INFORME-SOBRE-EL-PROCESO-DE-REESTRUCTURACION-BANCARIA-EJERCICIOS-2009-A-2015/>

²⁰⁰ Cifras contenidas en la *Nota informativa sobre ayudas financieras en el proceso de reestructuración del sistema bancario español*, del Banco de España, de 20 de noviembre de 2019. Documento accesible a través de: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notas/es/nota201119.pdf

- Un Mecanismo Único de Resolución (MUR), sistema a escala comunitaria para hacer frente a las crisis de entidades financieras que no sean viables, partiendo de criterios comunes y con minimización de compromiso de fondos públicos. Dicha herramienta, básicamente contenida en el Reglamento (UE) n° 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, ha entrado de forma progresiva en funcionamiento desde enero de 2015, y cuenta con un periodo transitorio de hasta 8 años.
- Por último, un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos (SEGD), que sirva para unificar coberturas y mutualizar los riesgos a escala europea. Dicho pilar de la Unión Bancaria se encuentra pendiente de desarrollo normativo, si bien la Comisión Europea estima que podría estar plenamente implantado en el año 2024.

Esbozado mínimamente el panorama actual en materia de regulación, supervisión y resolución de entidades de crédito en la Unión Europea, centraremos la mira en uno de los pilares enumerados. Así, va a procederse al estudio de una de las vías de control administrativo establecida en el seno del Mecanismo Único de Supervisión.

Ya puesto el foco en la materia supervisora, conviene conocer que la aprobación del Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo ha supuesto un cambio fundamental en la dinámica y práctica de las responsabilidades supervisoras. Así, se produce la traslación a favor instancias supranacionales de una supervisión que, históricamente y hasta ese momento, se había llevado a cabo por entidades nacionales (el Banco de España en el caso español). La principal novedad pasa por asignar la función de supervisor bancario directo al Banco Central Europeo (en adelante BCE), que a partir de este momento pasar a completar sus competencias en materia de política monetaria con funciones de supervisión microprudencial²⁰¹.

Como se ha referido, y en el seno de la realización de tareas de supervisión por parte del Banco Central Europeo, se analizará la creación de un nuevo órgano de control administrativo, el Comité Administrativo de Revisión. Mediante el establecimiento de este órgano, encargado de la revisión interna de las decisiones adoptadas en materia supervisora, se pretende conseguir un efectivo control previo a la vía jurisdiccional, reduciendo los supuestos litigiosos y evitando una mayor congestión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²⁰¹ En este sentido, el BCE supervisa directamente a 117 entidades o grupos a nivel consolidado que suponen 21,377 billones de euros en activos, lo que representa más de un 81 % del activo total de las entidades integradas en el MUS. Todo ello de acuerdo con Informe Anual sobre las actividades de supervisión del BCE, ejercicio 2019, de marzo de 2020, del Banco Central Europeo, apartado 2.1.1.

II. EL COMITÉ ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN.

A continuación, se tratará la creación de un nuevo órgano en el seno del BCE, el Comité Administrativo de Revisión. Dicho sujeto, como dijimos, tiene el encargo de realizar la revisión interna de las decisiones adoptadas en materia supervisora, a petición de cualquier persona física o jurídica afectada directamente por dichas decisiones²⁰².

Se trata de dotar al BCE de una estructura revisora que reduzca la litigiosidad ante el ya saturado Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁰³. Asimismo, se desea que tal estructura actúe de forma ágil y permita la depuración de errores para alcanzar una práctica supervisora más acorde con la normativa reguladora vigente. La instancia creada, de carácter administrativo, encuentra su regulación en el Reglamento (UE) n° 1024/2013, con un único pero condensado artículo 24. Precepto este que ha sido posteriormente desarrollado y complementado por otras normas²⁰⁴, como la Decisión del Banco Central Europeo, de 14 de abril de 2014, sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión y sus normas de funcionamiento (BCE/2014/16), que viene a complementar al Reglamento Interno del Banco Central Europeo²⁰⁵.

1. Composición del Comité Administrativo de Revisión.

En cuanto a la composición de este órgano, el mismo se integra por cinco miembros. Miembros que habrán de gozar de una excelente reputación, conocimientos y experiencia profesional, especialmente en materia de supervisión de actividades bancarias y otros servicios financieros²⁰⁶. Se exige, asimismo, que los candidatos procedan de un Estado miembro. Al no requerirse que ese Estado miembro de origen

²⁰² TORRES TORRES, X. “El Mecanismo Único de Supervisión y el papel de las autoridades nacionales”, *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 29, 2015, pág. 17.

²⁰³ En el considerando n° 64 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 se sostienen motivos de economía procesal para implantar el Comité Administrativo de Revisión: “*Para ello, y en aras de la economía procesal, el BCE debe crear un comité administrativo de revisión para llevar a cabo dicho examen interno*”.

Para una aproximación a la introducción de controles administrativos en el ámbito de la supervisión prudencial puede consultarse SMITS, R. “Interplay of administrative review and judicial protection in European prudential supervision: some issues and concerns”, *SSRN Working Papers*, 2017.

²⁰⁴ El artículo 24.10 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 recoge que el BCE adoptará una decisión por la que se establezcan las normas de funcionamiento del Comité Administrativo de Revisión.

²⁰⁵ De hecho, se explicita el carácter complementario de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión respecto del Reglamento Interno del BCE, afirmando que los términos y conceptos que aparecen en la primera norma tendrán el mismo significado que se les atribuye en la segunda. Y ello de acuerdo con el artículo 1 de la Decisión de BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²⁰⁶ Artículos 24.2 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 3.2 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

sea participante en el Mecanismo Único de Supervisión, podrán concurrir sujetos de todo Estado parte de la Unión²⁰⁷.

Los anteriores criterios recogidos en la normativa se concretan, desglosan y amplían en una convocatoria pública de manifestaciones de interés publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea. Dicho edicto pretende ser un llamamiento público a todos los expertos que tengan interés y deseen concurrir²⁰⁸.

En la última convocatoria existente, se plasman una serie de criterios de admisión a cumplir por cualquier candidato, antes de que concluya el plazo para presentar candidaturas²⁰⁹. Entre ellos constan la tenencia de la nacionalidad de cualquier Estado miembro, la plena posesión de derechos civiles, un gran dominio de la lengua inglesa y de al menos otra lengua oficial de la UE, y la aptitud para hacer presentaciones públicas. Más allá de estos criterios de mínimos, para optar por unos u otros candidatos el BCE también valorará el manejo de otras lenguas oficiales de la UE, la comprensión de la normativa comunitaria bancaria y de servicios financieros, el conocimiento del funcionamiento del sector bancario, de sus procedimientos de revisión y de la práctica judicial en la materia. Además, supondrá una ventaja la experiencia en el ámbito de la supervisión bancaria o en la labor jurídica relacionada con la supervisión, o el conocimiento de las instituciones comunitarias en general y del BCE y el MUS en particular.

Se prevé el nombramiento de dos miembros suplentes, que han de cumplir los mismos requisitos que los miembros efectivos. Los suplentes sustituirán a los miembros titulares de forma temporal en caso de incapacidad temporal, razones justificadas, o si en el contexto de una reclamación particular se generara un conflicto de intereses²¹⁰. Por otra parte, los suplentes sustituirán permanentemente a los integrantes del Comité Administrativo de Revisión, siendo nombrados miembros de pleno derecho del órgano, en los casos de incapacidad permanente, fallecimiento, dimisión o destitución²¹¹.

Tras la convocatoria pública arriba referida, el nombramiento, tanto de los miembros de pleno derecho como de los suplentes, corresponderá al Consejo de Gobierno del BCE. Si

²⁰⁷ GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. “La supervisión por el Banco Central Europeo de las Entidades de Crédito Españolas” en BAÑO LEÓN, J. M. (Coord.): *Memorial para la reforma del Estado Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, Tomo III, pág. 2372.

²⁰⁸ Artículos 24.2 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 4.2 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²⁰⁹ *Solicitud de expresión de interés de expertos externos en ser nombrados miembros y suplentes del Comité Administrativo de Revisión del Banco Central Europeo*, (2019/C167A/01)), accesible desde: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2019/167A/01&from=EN>

²¹⁰ Según el artículo 3.3 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²¹¹ Ex artículo 3.4 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

bien, el Consejo de Gobierno resolverá con base en una proposición previa del Comité Ejecutivo, remitida con al menos un mes de antelación, y para cuya elaboración se habrá dado audiencia al Consejo de Supervisión²¹². En su valoración, el Consejo de Gobierno atenderá a los requisitos legales y fijados en la convocatoria, y tratará de alcanzar, en la medida de lo posible, una adecuada representación de género y geográfica de todos los Estados miembros. Por lo que se refiere a la duración del mandato de los miembros del Comité, el mismo es de 5 años prorrogable en una sola ocasión.

Una vez nombrados, los integrantes del Comité de Revisión elegirán a un presidente y vicepresidente de entre ellos²¹³. El presidente garantizará el normal funcionamiento del órgano, la corrección de las revisiones y el cumplimiento de las normas de funcionamiento. Por su parte, el vicepresidente asistirá al presidente en sus funciones y ocupará su puesto cuando este se vea impedido para actuar.

Se establece, además, la figura del secretario del Comité Administrativo de Revisión, cargo que corresponde al secretario del Consejo de Supervisión²¹⁴. El secretario deberá organizar las audiencias del Comité Administrativo, redactar los procedimientos y llevar un registro de los exámenes realizados. En cuanto al apoyo material, técnico o jurídico que pudiera requerirse, el BCE queda obligado a su prestación para el correcto alcance de los objetivos del órgano²¹⁵.

Se pretende, a su vez, garantizar un cierto nivel de independencia para el órgano, con vistas a lograr una actuación ceñida al interés público. En este sentido, no podrán elegirse como miembros del Comité a los sujetos que sean personal del BCE o de otras autoridades, instituciones, órganos, oficinas y organismos, sean nacionales o de la Unión, que tengan labores encomendadas por el Reglamento (UE) n° 1024/2013. Con similar finalidad, habrá de realizarse también, por escrito, una declaración pública de compromisos y otra de intereses, en las que constará, de existir, cualquier interés directo o indirecto que pudiera colisionar con la debida independencia²¹⁶. Asimismo, se prohíbe terminantemente la recepción de cualquier tipo de instrucción, con independencia de quien sea el sujeto emisor²¹⁷. De igual manera, los miembros del Comité Administrativo y sus suplentes estarán sujetos a las obligaciones de secreto profesional, incluso al cesar en sus funciones²¹⁸.

²¹² Artículo 4.2 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²¹³ Artículo 5 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²¹⁴ Artículo 6 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²¹⁵ Artículos 24.2 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 6 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²¹⁶ En cuanto a las declaraciones públicas de los actuales miembros del Comité de Revisión, puede procederse a la consulta de las mismas a través del siguiente enlace: https://www.bankingsupervision.europa.eu/organisation/governance/shared/pdf/Public_Declaration_of_Interest_ABoR_signed_160901.pdf

²¹⁷ Artículo 4.4 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²¹⁸ Artículo 22 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión, en relación con el artículo 37 de los Estatutos del SEBC y del BCE.

2. Procedimiento de impugnación.

Por lo que respecta a la actuación impugnabile, se llevará a cabo el examen administrativo de las decisiones adoptadas por el BCE en el ejercicio de las competencias que atribuye al mismo el Reglamento (UE) n° 1024/2013. Por lo tanto, el resto de decisiones del BCE, no centradas en la supervisión microprudencial, quedan vedadas al control de este órgano²¹⁹. Se establece, a su vez, una excepción a la impugnación de decisiones supervisoras del BCE, que deriva de la propia lógica de los recursos y que pretende cerrar la posibilidad de someter la actuación administrativa a doble revisión. Así, no serán admisibles las solicitudes de examen respecto de decisiones del Consejo de Gobierno que provengan de un procedimiento de recurso previo²²⁰.

Para interponer un recurso ante las actuaciones impugnables anteriores estará legitimada toda persona física o jurídica que se vea afectada por una decisión, de la que sea específicamente destinataria o que le concierna directa e individualmente²²¹. Se proporciona un marco de legitimación amplio, al permitir la impugnación tanto en supuestos de surgimiento de derechos u obligaciones, como cuando lo afectado son los intereses legítimos existentes. Eso sí, la referencia a decisiones que afecten “directa e individualmente” a sujetos, parece descartar la tutela de meras expectativas o intereses difusos.

En cuanto al procedimiento de impugnación, el mismo se inicia mediante escrito de solicitud de examen, con la motivación pertinente²²². El plazo para poner en marcha el procedimiento es de un mes a contar desde la fecha de notificación al interesado, o, cuando no existiera tal notificación, de un mes desde la fecha en la que el interesado tuviera conocimiento de la decisión²²³. La solicitud de examen se presentará ante el secretario del Comité Administrativo de Revisión, en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión, e identificando y adjuntando la resolución que se pretenda impugnar. La solicitud presentada indicará los motivos que la fundamentan, los datos de contacto del solicitante y el eventual requerimiento de efectos suspensivos. Asimismo, se incluirán con el escrito copias de todos los documentos en que se fundamenta la pretensión del solicitante. Por otra parte, en caso de que la solicitud exceda de 10 páginas, habrá de elaborarse e incluirse un sumario explicativo.

²¹⁹ Artículo 24.1 del Reglamento (UE) n° 1024/2013.

²²⁰ Artículos 24.5 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 11.2 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²²¹ Considerando n° 64 y artículo 24.5 del Reglamento (UE) n° 1024/2013.

²²² Básicamente regulado en el artículo 7 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²²³ Artículos 24.6 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 7.3 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

Tras la recepción de la solicitud, el secretario del Comité de Revisión enviará acuse de recibo al solicitante indicando si la misma está completa, y dará parte al BCE para que pueda personarse. Por su parte, el presidente del órgano revisor designará a un relator, de entre los miembros del Comité, para cada examen, teniendo en cuenta la experiencia específica de cada uno de dichos miembros²²⁴.

En cuanto a la eventual suspensión, la solicitud presentada no tendrá efecto suspensivo automático sobre la aplicabilidad de la resolución impugnada. Si bien, como se ha referido previamente, el particular podrá demandar tal efecto, indicando los motivos que fundamentan su pretensión²²⁵. En caso de solicitarse esta suspensión, el Consejo de Gobierno será el competente para, a propuesta del Comité Administrativo de Revisión, suspender la aplicación de la decisión. No obstante, para poder aprobar tal solicitud habrán de concurrir cumulativamente tres requisitos: la solicitud de examen habrá de ser admisible, no manifiestamente infundada, y habrá de considerarse que la aplicación inmediata del acto provocaría perjuicios irreparables²²⁶. Además, antes de tomar una determinación respecto del levantamiento de la ejecutividad, el Consejo de Gobierno habrá de oír la opinión del Consejo de Supervisión. Por tanto, el Comité de Revisión carece de la potestad para acordar por sí mismo la suspensión. Dicho Comité ha de solicitar la paralización cautelar de efectos al Consejo de Gobierno, órgano del mayor rango y encargado de la toma última de decisiones.

Una vez se haya presentado la solicitud de examen, el Comité Administrativo de Revisión determinará si la misma es admisible, antes de analizar su fundamentación jurídica, de acuerdo con los criterios de impugnabilidad y de legitimación²²⁷. Después de pronunciarse sobre la admisibilidad, el Comité de Revisión habrá de dictaminar en un plazo acorde con la urgencia del asunto, que en todo caso no podrá rebasar los dos meses contados desde la fecha de recepción de la solicitud²²⁸.

El procedimiento de examen de la solicitud tendrá, en principio, carácter escrito. Sin embargo, el Comité de Revisión puede celebrar una audiencia oral si considera que la misma es necesaria para la correcta evaluación de la solicitud²²⁹. De darse una de

²²⁴ Artículo 8 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²²⁵ Artículo 7.4.b) de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²²⁶ Artículos 24.8 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 9 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión. Para la determinación de cualquier extremo o aclaración de dudas en el ámbito de los procedimientos de suspensión, se recurrirá a lo dispuesto en sede de procedimiento general en la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión, de acuerdo con el artículo 9.3 de la misma.

²²⁷ Artículo 11 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²²⁸ Artículos 24.7 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 16.1 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²²⁹ Trámite de audiencia regulado en el artículo 14 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión. Se destacan los aspectos positivos de esta posibilidad de celebrar audiencias en el *Informe Anual sobre las actividades de supervisión* del BCE, de marzo de 2016 (pág.15): “la celebración de audiencias ha demostrado ser un elemento importante del proceso de revisión. Ofrece a los solicitantes, a

estas audiencias, que se celebrará a puerta cerrada en las oficinas del BCE, se deberá proceder al emplazamiento tanto del solicitante como del BCE. El hecho de que cualquiera de las partes, debidamente emplazada, no compareciera, no impedirá que el Comité pueda proceder en su ausencia. A la audiencia asistirán tanto el secretario como el presidente del órgano, pudiendo este último dar previamente instrucciones respecto del orden y forma de la sesión, o pudiendo incluso acordar la suspensión de la misma durante su celebración.

En cuanto a la labor probatoria a desarrollar, el solicitante podrá solicitar la admisión de diversos tipos de pruebas, permitiéndose desde declaraciones escritas, a testimonios o a pruebas periciales²³⁰. Por lo que respecta a las pruebas testificales o periciales cabe la defensa oral por esos peritos o testigos en el potestativo trámite de audiencia, en caso de que el Comité de Revisión lo estime necesario para la equitativa resolución del caso. De permitirse la práctica de declaración oral por peritos o testigos, el interrogatorio de los mismos se desarrollará por el Comité Administrativo, pudiendo el solicitante repreguntarles posteriormente.

En sede de esta realización del examen de las solicitudes, destaca la posibilidad del presidente del Comité Administrativo de dictar instrucciones para lograr una mayor eficiencia examinadora. Instrucciones estas que se centrarán fundamentalmente en el establecimiento de indicaciones para la presentación de documentos e informaciones necesarias²³¹. Se pretende con ello garantizar la celeridad del procedimiento, mediante una cierta estandarización de la información requerida y mediante la guía de la actuación de los intervinientes. El secretario remitirá esas instrucciones a las partes, que estarán obligadas a respetarlas. En caso de incumplimiento injustificado, dichas partes habrán de abonar los costes que se deriven de la demora que se produzca en el procedimiento, previo requerimiento contra el que podrán alegar lo que estimen pertinente²³².

Respecto del alcance y contenido del examen, el mismo alcanzará, de acuerdo con el principio de congruencia, solamente los motivos alegados por el solicitante tal y como se expongan en la solicitud. No obstante, dichos motivos pueden abarcar un amplio espectro, al poder evaluarse tanto la conformidad procedimental como material de las decisiones²³³. La principal limitación al examen se encuentra en el

menudo representados por la alta dirección de su entidad, la ocasión de ser oídos por el Comité Administrativo de Revisión y al BCE, la oportunidad de exponer sus puntos de vista”.

²³⁰ La labor probatoria se recoge en el artículo 15 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²³¹ Instrucciones reguladas en el artículo 12 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²³² Artículo 13 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²³³ Considerando nº 64 y artículos 24.1 del Reglamento (UE) nº 1024/2013 y 10.1 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

deber de respetar el margen de discrecionalidad del que dispone el BCE para decidir adoptar una decisión, dándose los requisitos y condicionantes legales que habilitan la misma. El Comité de Revisión no puede sustituir con su juicio, centrado en aspectos jurídicos, las consideraciones técnicas y de oportunidad que se justifican en la preparación, experiencia y legitimidad del BCE. En los casos en los que se ejerce esta discrecionalidad, el Comité de Revisión realizará un análisis restringido. Dicho análisis se limitará a determinar si en la decisión impugnada existe un error manifiesto o una desviación de poder, o si en ella se excedieron claramente los límites de la facultad de resolución discrecional del BCE²³⁴. En este sentido, habrá de verificarse el cumplimiento de las normas procedimentales aplicables y la realidad de los hechos que sirven de base para el enjuiciamiento.

Por lo que respecta a las deliberaciones y al examen, los mismos serán secretos, a menos que el Consejo de Gobierno autorice al Presidente del BCE a hacer públicos los resultados de estos procedimientos²³⁵. Una vez se haya procedido a la reflexión y al debate se emitirá dictamen, por una mayoría de al menos tres miembros de los cinco existentes²³⁶. El dictamen, que se realizará por escrito y de forma motivada, propondrá que la decisión impugnada se derogue, se sustituya por otra de idéntico contenido o se modifique, incluyéndose en este último caso propuestas sobre las concretas modificaciones requeridas. El dictamen elaborado se elevará al Consejo de Supervisión sin dilación, quien lo evaluará. Dicha evaluación a cargo del Consejo de Supervisión no estará limitada al análisis de los motivos aducidos por el solicitante, sino que podrá tener en cuenta otros elementos distintos para conformar su propuesta de un nuevo proyecto de decisión²³⁷.

Realizado el análisis, el Consejo de Supervisión propondrá un nuevo proyecto de decisión al Consejo de Gobierno, para sustituir la decisión inicial²³⁸. Este proyecto podrá buscar la sustitución de la decisión inicial por otra idéntica, existiendo en este caso un plazo de diez días hábiles, contados desde la recepción del dictamen, para remitir el proyecto al Consejo de Gobierno. Sin embargo, dicho proyecto también

²³⁴ El alcance de la revisión del Comité Administrativo se recoge en el *Informe Anual sobre las actividades de supervisión* del BCE, de marzo de 2019, apartado 5.3.3.

²³⁵ Los procedimientos del Comité Administrativo de Revisión son en principio confidenciales, salvo excepción autorizada. Los documentos redactados o conservados por el Comité se consideran a todos los efectos documentos del BCE y, por lo tanto, se tratarán de acuerdo con los niveles de confidencialidad establecidos para los mismos. Lo anterior se desprende de los artículos 22.2 y 22.3 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²³⁶ Artículos 24.3 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 16.3 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²³⁷ Artículo 17.1 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²³⁸ Las decisiones supervisoras en el ámbito del Mecanismo Único de Supervisión se adoptan por un sistema de decisión bifásico, comúnmente denominado como procedimiento de no objeción. En su seno, el Consejo de Supervisión elaborará proyectos de decisión que se elevarán al Consejo de Gobierno quien, acto seguido, procederá a objetar expresamente o confirmar, expresa o tácitamente, tales proyectos de decisión.

podrá pretender la derogación o modificación del acto inicial, ampliándose en este caso el plazo anterior a veinte días hábiles²³⁹. Emitido el nuevo proyecto de decisión por el Consejo de Supervisión, el mismo se entenderá adoptado y confirmado a menos que el Consejo de Gobierno presente objeciones en un máximo de diez días hábiles²⁴⁰.

Los tres documentos, el dictamen del Comité Administrativo de Revisión, el nuevo proyecto de decisión del Consejo de Supervisión y la decisión final adoptada por el Consejo de Gobierno, deberán estar convenientemente motivados y habrán de notificarse a las partes por el secretario del Consejo de Gobierno²⁴¹.

3. Efectos del dictamen del Comité Administrativo de Revisión.

En lo que respecta al análisis del grado de vinculación del dictamen elaborado por el Comité Administrativo de Revisión, parece que habríamos de distinguir dos momentos distintos. El referido a los efectos vinculantes del dictamen sobre el Consejo de Supervisión, y el relativo a la necesidad o no de aprobación de una decisión basada en el mismo por el Consejo de Gobierno.

En una primera fase, se observan los efectos que tendría el dictamen sobre el Consejo de Supervisión quien, como se ha referido, ha de elaborar una nueva propuesta de decisión a remitir al Consejo de Gobierno. Sobre este particular, el tenor literal del artículo 24.7 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 parecería dotar de efectos vinculantes al dictamen, al afirmar que *“el Consejo de Supervisión tendrá en cuenta el dictamen del Comité Administrativo de Revisión y presentará un nuevo proyecto de decisión al Consejo de Gobierno”*. La forma imperativa que establece que el Consejo de Supervisión *“tendrá en cuenta”* el dictamen hace pensar en la necesidad de adaptar el proyecto de decisión al mismo, reforzándose esta consideración con la utilización de formas incluso más contundentes en otros idiomas²⁴².

La existencia de una obligación de tener en cuenta lo dispuesto por el Comité Administrativo de Revisión sería determinante en atención al particular procedimiento de

²³⁹ Artículo 17.2 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²⁴⁰ Artículo 24.7 del Reglamento (UE) n° 1024/2013.

²⁴¹ Artículos 24.9 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 y 18 de la Decisión del BCE sobre establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²⁴² Tal hecho se pone de manifiesto en la dicción en francés y en inglés (lengua de trabajo usual) del artículo 24.7 del Reglamento (UE) n° 1024/2013, según apunta GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., 2016, pág. 2373. La versión francesa establece que: *“Le conseil de surveillance tient compte de l’avis de la commission administrative de réexamen et soumet rapidement un nouveau projet de décision au conseil de gouverneurs”*, y por su parte la inglesa apostilla: *“The supervisory board shall take into account the opinion of the Administrative Board of Review and shall promptly submit a new draft decision to the Governing Council”*.

adopción de decisiones en el seno del MUS. De ceñirse el Consejo de Supervisión a lo informado por el Comité de Revisión y de no oponerse, como viene siendo habitual, el Consejo de Gobierno, se adoptaría una decisión final que tendría por contenido lo dispuesto en el dictamen. Mediante tal mecanismo se convertiría al Comité Administrativo de Revisión de facto, que no de iure, en un órgano con plenos poderes revisores.

Sin embargo, ha de desecharse este pretendido carácter vinculante²⁴³, habida cuenta de lo dispuesto a continuación por el mismo precepto. Tal prescripción establece que el proyecto de decisión derogará o modificará la decisión inicial, o bien sustituirá la misma por una decisión de idéntico contenido²⁴⁴. Puede entenderse que las tres alternativas planteadas se enuncian para permitir al Consejo de Supervisión plegarse al dictamen en cualquiera de sus contenidos, pero también que se establecen para dar total libertad al Consejo de Supervisión a la hora incluir lo dispuesto en dicho dictamen. Para permitir que el intérprete se decante por una u otra interpretación basta el recurso a un desarrollo normativo posterior que favorece la segunda alternativa, en el que se afirma que el Consejo de Supervisión no estará vinculado por las recomendaciones del Comité Administrativo de Revisión²⁴⁵. La elección de esta opción interpretativa se refuerza con la constatación del carácter no vinculante de los dictámenes por boca del propio presidente del Comité Administrativo de Revisión JEAN-PAUL REDOUIN, que afirmaría que: *“No, nuestro dictamen no es vinculante. El Consejo de Supervisión es libre de aceptarlo o rechazarlo y de proponer al Consejo de Gobierno que modifique o confirme su decisión inicial”*²⁴⁶.

En segundo lugar, se han de analizar los eventuales efectos vinculantes sobre el Consejo de Gobierno a la hora de adoptar la resolución definitiva, después de que el Consejo de Supervisión haya tenido en cuenta el dictamen. Parece que tampoco en este caso podrá hablarse de una obligación jurídica de seguir lo dispuesto en el nuevo proyecto de decisión remitido. El Consejo de Gobierno podrá, por tanto, adoptar la decisión que estime oportuna²⁴⁷.

²⁴³ TORRES TORRES, X., 2015, pág.17.

²⁴⁴ Artículo 24.7 del Reglamento (UE) n° 1024/2013: *“El nuevo proyecto de decisión derogará la decisión inicial, o bien la sustituirá por una decisión de idéntico contenido o por una decisión modificada”*.

²⁴⁵ Artículo 16.5 de la Decisión del BCE sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión: *“El dictamen no será vinculante para el Consejo de Supervisión ni para el Consejo de Gobierno”*.

²⁴⁶ Publicación incluida en el blog del área de supervisión del Banco Central Europeo, correspondiente a una entrevista realizada a JEAN-PAUL REDOUIN el 25 de marzo de 2015, bajo el rótulo *El papel del Comité Administrativo de Revisión*. (El texto de la entrevista se encuentra accesible en: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/abor.es.html>)

Pregunta: ¿El dictamen del Comité Administrativo de Revisión es vinculante para el Consejo de Supervisión y el Consejo de Gobierno?

Respuesta del presidente del Comité Administrativo de Revisión: *No, nuestro dictamen no es vinculante. El Consejo de Supervisión es libre de aceptarlo o rechazarlo y de proponer al Consejo de Gobierno que modifique o confirme su decisión inicial. El Consejo de Gobierno del BCE es igualmente libre de aceptarlo o rechazarlo y de actuar como estime conveniente.*

²⁴⁷ GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., 2016, pág. 2373.

Lo anterior deriva de la necesidad de respetar el margen de discrecionalidad con el que ha de contar el BCE en el ejercicio de sus competencias²⁴⁸, y de la posibilidad, recogida en la norma, de plantear objeciones al nuevo proyecto de decisión²⁴⁹. Asimismo, se confirma la libertad de actuación del Consejo de Gobierno tanto por el presidente del Comité Administrativo de Revisión²⁵⁰, como por la normativa de desarrollo²⁵¹.

El Comité se ha creado para proporcionar a los particulares afectados una tutela previa a la vía jurisdiccional, pero no tiene por vocación la de sustituir la voluntad del órgano encargado de la toma de decisiones. Máxime si se tiene en cuenta que tal competencia para la adopción de decisiones por el Consejo de Gobierno proviene del Derecho originario. De hecho, la circunstancia de no haberse previsto una potestad revisora plena, con posibilidad de formular dictámenes vinculantes para el Consejo de Gobierno, puede derivar de la configuración de este último como órgano decisor según se desprende de los Tratados. Las mismas limitaciones y problemas apreciados para dotar de autonomía decisoria al Consejo de Supervisión podrían extrapolarse a la situación del Comité de Revisión. Y ello porque entender que el Comité Administrativo de Revisión tiene capacidad para sustituir al Consejo de Gobierno, sin estar este Comité recogido en los Tratados, podría calificarse como una alteración de los mismos²⁵².

No obstante, y teniendo en cuenta la libertad interpretativa tanto del Consejo de Supervisión como del Consejo de Gobierno, en caso de que la decisión definitiva se desviara de lo dispuesto en el dictamen del Comité Administrativo de Revisión, cabría plantear un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁵³. El TJUE procedería entonces a evaluar la decisión teniendo en cuenta todos los documentos e informes obrantes en el expediente, en especial el dictamen del Comité de Revisión.

²⁴⁸ Considerando nº 64 del Reglamento (UE) nº 1204/2013: “El alcance del examen deberá ceñirse a la conformidad procedimental y material de esas decisiones con el presente Reglamento, sin dejar de respetar el margen de discrecionalidad que posee el BCE para decidir de la conveniencia de adoptar tales decisiones”.

²⁴⁹ Artículo 24.7 del Reglamento (UE) nº 1024/2013: “(...) El nuevo proyecto de decisión se considerará adoptado a menos que el Consejo de Gobierno presente objeciones dentro de un plazo máximo de diez días hábiles”.

²⁵⁰ Entrevista realizada a JEAN-PAUL REDOUIN, *El papel del Comité Administrativo de Revisión*: “El Consejo de Gobierno del BCE es igualmente libre de aceptarlo o rechazarlo (el dictamen) y de actuar como estime conveniente”.

²⁵¹ Artículo 16.4 de la Decisión del BCE sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

²⁵² En términos similares, negando la posibilidad de arbitrar un Consejo de Supervisión con competencias resolutorias directas, se ha pronunciado GARCÍA ALCORTA, J. “Observaciones en torno al mecanismo único de supervisión bancaria de la Unión Europea”, *Actualidad jurídica en Uría Menéndez*, núm. 34, 2013, pág. 61.

²⁵³ Entrevista realizada a JEAN-PAUL REDOUIN, “El papel del Comité Administrativo de Revisión”:

Pregunta: ¿Qué ocurriría si decidiera no actuar de acuerdo con su dictamen?

Respuesta del presidente del Comité Administrativo de Revisión: *En ese caso, la entidad interesada podría recurrir la decisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tendría acceso a todos los documentos del expediente. El Tribunal determinará si se ha producido alguna desviación del procedimiento recomendado y preguntará por qué.*

Asimismo, cabe el desistimiento por parte del reclamante en cualquier fase del procedimiento, que permite el acceso directo a la vía judicial²⁵⁴.

El recurso ante el Comité Administrativo de Revisión es, acudiendo a conceptos nacionales, de carácter potestativo, pues se entiende sin perjuicio de la posibilidad de interponer un recurso ante el TJUE de conformidad con los Tratados²⁵⁵. Que el recurso sea potestativo resulta coherente con su régimen de vinculación. Parecería una carga no justificada obligar a la interposición, teniendo en cuenta que el Banco Central Europeo puede desviarse del dictamen resultante. Para exigir la interposición del recurso como estadio previo a la vía judicial, debería replantearse el modelo, permitiéndose una revisión de fondo y vinculante de las decisiones del BCE a cargo del Comité Administrativo. En cualquier caso, por lo que respecta a la inclusión de tal carácter vinculante, y para su acomodo, es probable que se estimara necesario proceder a una modificación del Derecho originario.

III. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN.

A modo de breves conclusiones, en primer lugar, puede afirmarse que la implantación del Mecanismo Único de Supervisión, como pilar de la Unión Bancaria, ha requerido de una adaptación de la estructura organizativa del Banco Central Europeo para permitir la correcta asunción de competencias supervisoras.

En este sentido, y ante el gran número de potenciales recursos que podrían suscitarse, por ser muy elevada la cifra de sujetos supervisados, se entendió necesario arbitrar una instancia administrativa de revisión previa a la vía jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se optaría, de este modo, por la creación del Comité Administrativo de Revisión, órgano integrado por especialistas en materia supervisora, seleccionados mediante convocatoria pública, y dotado de independencia funcional. Estos caracteres de especialización e independencia son fundamentales para evitar que la instancia de revisión se convierta en una simple extensión del aparato administrativo, que se limite a validar las actuaciones del Consejo de Gobierno y del Consejo de Supervisión.

Asimismo, para la interposición de los recursos contra las actuaciones impugnables se recoge un marco de legitimación amplio, pues se entenderá legitimada toda per-

²⁵⁴ Artículo 7.6 de la Decisión del BCE sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión. El desistimiento no necesariamente debe obedecer a razones azarosas, pues se destaca por el propio BCE en su *Informe Anual sobre las actividades de supervisión*, de marzo de 2016 (pág.15), que en los supuestos en los que el solicitante desistió, tanto el Comité como la Secretaría contribuyeron mediando para terminar por alcanzar una solución de compromiso que satisficiera tanto al BCE como al recurrente.

²⁵⁵ Artículo 24.11 del Reglamento (UE) nº 1024/2013 y artículo 19 de la Decisión del BCE sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión.

sona física o jurídica que sea específicamente destinataria de decisiones o que tenga derechos o intereses legítimos implicados. Esta amplia legitimación, excluyendo en cualquier caso la tutela de meras expectativas, dota de mayor relevancia al modelo, permitiendo la intervención de una pluralidad de agentes y evitando que gran parte de las decisiones queden exentas de control previo.

El carácter no vinculante de la revisión, bien sea deliberado o bien obedezca a limitaciones de índole jurídica, sirve para proporcionar a los particulares afectados una tutela previa a la vía jurisdiccional, pero sin sustituir la voluntad del órgano encargado de la adopción de decisiones. Esta naturaleza no vinculante, aunque pueda condicionar en gran medida la utilidad de la revisión, al unirse al carácter potestativo del recurso, se convierte en una herramienta para evaluar la credibilidad de la fiscalización. Si el Comité Administrativo de Revisión se limitase a validar la actuación del Consejo de Gobierno y del Consejo de Supervisión, o si estos últimos se desviarán sistemáticamente de los dictámenes del órgano revisor, los particulares abandonarían esta vía de recurso, acudiendo directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea e impidiendo la reparación previa. Así, la información sobre la actuación de este Comité Administrativo de Revisión, contenida en los informes anuales sobre actividades de supervisión del BCE, será un termómetro de la evaluación llevada a cabo por los administrados sobre la pertinencia de la herramienta habilitada²⁵⁶.

En cualquier caso, y pese a que se reitere el carácter no vinculante de los dictámenes elaborados por el Comité Administrativo de Revisión, no puede negarse a los mismos cualquier efecto jurídico relevante. En tal sentido, recuérdese que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá en cuenta el dictamen elaborado, junto con el resto de documentos obrantes en el expediente, a la hora de dictar sentencia. Parece probable que el alto grado de especialización de los integrantes del Comité Administrativo de Revisión y la independencia de los mismos lleven a otorgar al dictamen un valor cualificado, máxime si se tiene en cuenta la elevada complejidad técnica de la materia objeto de análisis.

²⁵⁶ Para una primera aproximación a los resultados y eficacia del órgano puede consultarse MAGLIARI, A., MORRA, C. B. & SMITS, R. "The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years", *European Business Organization Law Review*, vol. 18, núm. 3, 2017.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

BANCO CENTRAL EUROPEO, *Informe Anual sobre las actividades de supervisión*, 03/2020.

BANCO DE ESPAÑA, *Nota informativa sobre ayudas financieras en el proceso de reestructuración del sistema bancario español*, 20/11/2019.

GARCÍA ALCORTA, J. “Observaciones en torno al mecanismo único de supervisión bancaria de la Unión Europea”, *Actualidad jurídica en Uría Menéndez*, núm. 34, 2013.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. “La supervisión por el Banco Central Europeo de las Entidades de Crédito Españolas” en BAÑO LEÓN, J. M. (Coord.): *Memorial para la reforma del Estado Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, Tomo III.

MAGLIARI, A., MORRA, C. B. & SMITS, R. “The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years”, *European Business Organization Law Review*, vol. 18, núm. 3, 2017.

REDOUIN, J. P. “El papel del Comité Administrativo de Revisión”, Blog del área de supervisión del Banco Central Europeo, 2015.

SMITS, R. “Interplay of administrative review and judicial protection in European prudential supervision: some issues and concerns”, *SSRN Working Papers*, 2017.

STIGLITZ, J. E. *El euro: Cómo la moneda común amenaza el futuro de Europa*, Taurus, Madrid, 2016.

TORRES TORRES, X. “El Mecanismo Único de Supervisión y el papel de las autoridades nacionales”, *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 29, 2015.

TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización del proceso de reestructuración bancaria, ejercicios 2009 a 2015*, 22/12/2016.

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

CRIMEN Y CASTIGO EN EL URBANISMO: ¿NON BIS IN IDEM?

Eva Gamero Ruiz

*Inspectora Ordenación del Territorio y Urbanismo
de la Junta de Andalucía.*

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA. II. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO SANCIONADOR URBANÍSTICO. III. PROBLEMÁTICA DEL NON BIS IN IDEM EN EL URBANISMO: NORMAS PENALES EN BLANCO, COORDINACIÓN CON MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE RESTAURACIÓN DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO, CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA Y CUESTIONES PREJUDICIALES.

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El objetivo de este trabajo es tratar de esclarecer el fenómeno de concurrencia de normas punitivas –penales y administrativas– en el ámbito urbanístico. Y creo que la mejor solución para abordar un tema tan complejo es descartar otros temas que, si bien están muy relacionados, no van a ser tratados en la presente reflexión. Así, anticipamos que no vamos a referirnos al concurso de infracciones o infracciones concurrentes (con la regla general de la imposición de sanciones correspondientes a cada una de ellas); ni a los concursos mediales o ideales; ni a la rica problemática que plantean actualmente los supuestos de concurrencia de ilícitos urbanísticos penales con ilícitos medioambientales, objeto de la disciplina medioambiental, que requiere un análisis casuístico e impide a priori determinar si existe conculcación del principio non bis in idem, como señala Daniel del Castillo Mora²⁵⁷ considerando la orientación transversal u horizontal que tiene hoy el concepto de medio ambiente.

Nos ceñiremos pues a el concurso que puede plantearse entre las normas sancionadoras existentes en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía²⁵⁸ y las normas penales que tipifican los delitos contra la ordenación

²⁵⁷ DEL CASTILLO MORA, Daniel. “El principio non bis in idem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y en los tribunales”. *Reflexiones*. Revista de Obras Públicas núm.5. Sevilla, 2008, página 20.

²⁵⁸ Título VI de la Ley 7/2002, artículos 191 a 226.

del territorio en los artículos 319 y 320 del Código Penal²⁵⁹, y a los problemas y lagunas que plantea el principio general de preferencia absoluta de la norma penal.

II. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO SANCIONADOR URBANÍSTICO

En este punto, buen ejemplo de la tendencia a la tipificación penal de conductas ya tipificadas como ilícitos administrativos son estos llamados “delitos urbanísticos” que no son sino reproducción de algunas de las infracciones descritas en la normativa urbanística, y ocurre que la tipificación penal de tales conductas no ha implicado su exclusión de la lista de infracciones administrativas, de manera que una misma conducta puede ser al mismo tiempo delito e infracción urbanística, con los problemas que ello arrastra, no obstante las diferencias sustanciales que existen entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador urbanístico, incluso cuando el Derecho Penal protege intereses colectivos o difusos, entre otras:

- Diferente alcance de los principios de legalidad, reserva de ley y culpabilidad, con la admisión del complemento indirecto del Reglamento y de la variante de la mera inobservancia en el Derecho sancionador urbanístico, frente a los delitos urbanísticos, contemplados como delitos dolosos;
- Distinta consideración del *iter criminis*, por entender el tipo del art. 319 CP como delito de resultado, frente a la posible sanción administrativa, por ejemplo, de determinados actos preparatorios de parcelaciones ilegales;
- Distintos plazos y cómputo de la prescripción: cinco años para los delitos urbanísticos, cuatro años para infracciones urbanísticas muy graves o graves, si bien no hay plazos para restablecer la legalidad urbanística en los supuestos más graves²⁶⁰. El *dies ad quo* en proceso penal se computa desde el último acto edificatorio, mientras que pueden ejercitarse medidas de disciplina urbanística hasta que la obra no esté definitivamente ultimada y dispuesta para servir al fin previsto.

²⁵⁹ CAPÍTULO I *De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo* TÍTULO XVI *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente* LIBRO II del vigente Código Penal, el art. 319. 1 contempla el tipo agravado castigando a ... *promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección;* y el art. 319.2 el tipo básico, *promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.* El tipo de “prevaricación urbanística” se contempla en el 320, castigando el párrafo 1º *a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, y el párrafo 2 a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento... a sabiendas de su injusticia.*

²⁶⁰ Artículo 185.5 Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

- Las medidas de protección y reintegración del orden urbanístico infringido -a diferencia de las potestades puramente punitivas, penales o administrativas, regidas por el principio estricto de personalidad de la pena, culpabilidad o responsabilidad personal- pueden exigirse y actuarse por la Administración urbanística frente a terceros ajenos a la vulneración de la ordenación urbanística, quienes, por haber sucedido por cualquier concepto en la titularidad de los inmuebles afectados por la actuación ilegal, quedan también subrogados *ex lege* en las responsabilidades correspondientes (art. 168.2 Ley 7/2002 y 38 RDU²⁶¹).
- Finalmente, el principio *Non bis in idem*: Incompatibilidad entre sanción penal y ulterior sanción urbanística, y posible compatibilidad de las consecuencias penales con las medidas de restablecimiento de la realidad física alterada. Está última cuestión, especialmente compleja, se contempla en la legislación básica estatal, art. 56 RDL 7/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana²⁶², que concluye: *La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.*

En Andalucía, la previsión se contiene en el art. 195 Ley 7/2002, de 17 diciembre:

En los casos de indicios de delito o falta en el hecho que haya motivado el inicio del procedimiento sancionador, la Administración competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la instrucción del procedimiento hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial. Igual suspensión del procedimiento sancionador procederá desde que el órgano administrativo tenga conocimiento de la sustanciación de actuaciones penales por el mismo hecho.; y el precepto reglamentario de desarrollo, art. 65.6 Decreto 60/2010, de 16 de marzo, Reglamento de Disciplina Urbanística, añade, La sustanciación del proceso penal no impedirá el mantenimiento de las medidas cautelares ya adoptadas, la adopción y ejecución de las medidas de protección de la legalidad ni tampoco de las medidas que se puedan acordar para garantizar la restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico vulnerado, o que tiendan a impedir nuevos riesgos para las personas o daños en los intereses urbanísticos. De las medidas que se adopten se dará traslado al órgano judicial competente.

²⁶¹ En nuestro derecho positivo, la transmisión de los deberes y cargas urbanísticas opera por ministerio de ley, al margen, aunque a consecuencia y por motivo de la transmisión del dominio del inmueble.

²⁶² Cuando, con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.

III. PROBLEMÁTICA DEL NON BIS IN IDEM EN EL URBANISMO: NORMAS PENALES EN BLANCO, COORDINACIÓN CON MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE RESTAURACIÓN DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO, CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA Y CUESTIONES PREJUDICIALES

Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero *el principio «non bis in idem» conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.*

En principio no habrá lugar a plantearse la virtual incidencia del *non bis in idem* derivado de un fallo penal condenatorio simplemente porque de seguir al pie de la letra los artículos citados, 56 RDL 7/2015 y 195 Ley 7/2002, no cabe, no ya im-poner una sanción urbanística, sino tan siquiera tramitar el procedimiento per-tinente cuando hay razones para el enjuiciamiento penal de los mismos hechos. Sin embargo, en la realidad, la cuestión se complica:

- a) Dada la naturaleza de los delitos urbanísticos como “leyes penales en blanco”, surgen inevitablemente las cuestiones prejudiciales, de forma que, si es devolutiva y existe un previo acto administrativo de autorización impugnado, puede eternizarse la cuestión en el proceso contencioso administrativo, y si no es devolutiva, la resuelve un juez penal que no tiene que ser competente técnicamente para ello.
- b) No es inimaginable que la Administración imponga una sanción sin apreciar que a su juicio existe materia con relevancia penal e incluso desconociendo la existencia de proceso penal alguno. En estos casos, recobra toda su fuerza la vigencia de principio *ne bis in idem*, en el sentido de que desde la corrección su doctrina pasajera, el Tribunal Constitucional ha aclarado que la ejecución de la sanción administrativa no agota la posibilidad de una sanción penal.
Y a la inversa, y este es el supuesto que nos concierne directamente, la sentencia penal condenatoria –dictada estando en curso del procedimiento sancionador urbanístico que hipotéticamente debería haberse suspendido– impide la ejecución de la sanción administrativa, siempre, naturalmente, que entre la sanción que de-viene inejecutable y la infracción penal median los elementos determinantes del *ne bis in idem*: identidad de persona doblemente responsable e identidad del bien jurídico protegido.
- c) La coordinación de la reacción en las dos vías penal-administrativa no está lo-grada respecto de las medidas de restauracion del bien jurídico afectado. La vía pe-

nal es la preferente. Pero antes, e incluso una vez que el juez ha resuelto surgen nuevos problemas, pues puede volver la competencia a la Administración, por la referencia a las medidas de restablecimiento de la realidad física alterada y tendremos que enfrentarnos con posibles cuestiones procedimentales del *non bis in idem* y con la vinculación de hechos probados.

Cabe cuestionarse la compatibilidad entre el enjuiciamiento penal y el procedimiento administrativo de restauración de la legalidad urbanística, en particular respecto de la medida extrema consistente en la orden de demolición de obras y edificaciones ilegales, que en principio concurrirá con la multa o sanción penal que proceda, ST Tribunal Supremo de 28 abril 2000 (R. 4953), 19 mayo 2000 (R4359), 20 junio 2001 (R 6104), 19 febrero 2002 (R.1363), 4 noviembre 2002 (R 9913), del TSJA 18 noviembre 1996 (R.2524) 1 marzo 2001 (R 518). En el ámbito penal, la mayoría de la doctrina estima que la adopción de la medida penal de demolición que, desde luego no es una pena, tampoco es propiamente una responsabilidad derivada del delito, siendo más bien una consecuencia derivada del mismo, art. 110 CP, que se adopta con la finalidad de restaurar el orden jurídico vulnerado por la realización de la construcción no autorizable. El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, viene señalando, desde su trascendental Sentencia de 21 junio 2012, seguida en la 22 mayo 2013, que esta medida no es excepcional, sino debe acordarse en cualquier caso cuando conste patentemente que la construcción no es legalizable, o cuando haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo a las órdenes o requerimientos de la Administración, y en todo caso, cuando al delito urbanístico se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial, sin que quepan apelaciones al principio de intervención mínima o de proporcionalidad para eludir su aplicación, ni es factible arguir la impunidad administrativa o la desidia de los poderes públicos en su labor de policía para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado²⁶³.

En estas relaciones entre las medidas penales de restauración y el procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad urbanística caben dos situaciones:

1. El juez penal ordena la demolición de lo indebidamente construido ex art. 319 CP:²⁶⁴ La sentencia penal es título prevalente, y a partir de aquí la Administración

²⁶³ Gema MACÍAS SAÑUDO, *El Derecho sobre la Ordenación Territorial y Urbanística de Andalucía*. Parte II. Pág. 1055. Asociación Profesional de Inspectores/as de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. IAAP. 2017

²⁶⁴ 319. 3 CP. *En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*

podrá actuar comisarialmente, y en auxilio judicial. La existencia de una sentencia firme, y por tanto, con efectos de cosa juzgada – y eficacia “erga omnes”, hace primar la ejecución del título judicial sobre cualquier otro tipo de actividad administrativa de inspección o restablecimiento de la legalidad, que concierne directa y principalmente al Tribunal. Así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1986 que puntualizó que, en todo caso, que el artículo 118 de la Constitución subrayaba y reforzaba el papel colaborador y la obligación primordial de la Administración de cumplir voluntariamente las sentencias judiciales, ratificando lo que en aquel momento el Tribunal calificó como medidas indirectas de ejecución, cifradas en recabar el auxilio de un órgano de la Administración incumplidora del fallo judicial. La actividad subrogatoria desarrollada por este tipo de Comisarios *ad hoc* de la Jurisdicción queda sometida a la regla general expresiva de que toda actividad administrativa en ejecución de sentencias es materialmente judicial y queda sometidas al poder anulatorio del Tribunal. Recordemos que la doctrina de la actividad formalmente administrativa, si bien referido a la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido ratificada expresamente en sentencia del Tribunal Constitucional de 18 mayo 1998 (RJ 1998/3850): si en el seno de un incidente de ejecución se dictan medidas de ejecución, como es el caso, que se considera que van más allá de lo que es ejecución estricta, ha de ser el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución quien las deje sin efecto, pues tales extralimitaciones han de ser atribuidas al órgano jurisdiccional, que es quien ejecuta la sentencia, y no al ente administrativo, que en el proceso de ejecución se limita a acordar lo que el órgano jurisdiccional ordena. En consecuencia, en el ámbito del proceso de ejecución los actos que se dicten, están bajo el control del órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución objeto de ejecución.

2. A la inversa, un proceso judicial terminado con Sentencia Firme que no se pronuncie sobre la demolición ¿deja intacta la facultad restitutoria de la Administración? En todo caso, habrá que respetarse el principio de vinculación para la Administración de los hechos declarados probados por las resoluciones penales firmes, principio que entronca, al menos indirectamente con el *ne bis in idem*, en el sentido de que la preferencia de la jurisdicción penal encuentra su justificación en la necesidad de evitar valoraciones jurídicas contradictorias en detrimento del valor superior de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), o incluso con el derecho fundamental a no sufrir indefensión (24.2 CE). Por tanto, la Administración urbanística queda vinculada por los hechos probados de la sentencia penal, pero podría darse la extravagante posibilidad de que la Administración urbanística acuerde y ejecute la demolición en un el seno de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística tramitado de forma previa o simultánea al proceso penal, con suspensión del procedimiento sancionador, y finalmente, en el proceso penal la declaración de hechos probados de la Sentencia califique los hechos de forma diversa a como han sido apreciados por la Administración y ni siquiera advierta la existencia de infracción urbanística.

Los plazos de la Administración para la tramitación de los procedimientos sancionador y de restablecimiento de la legalidad urbanística quedarán interrumpidos mientras actúe la jurisdicción penal por delito contra la ordenación del territorio. Concluido el proceso penal, debe darse cuenta a la Administración competente, la cual debe proceder a restablecer la legalidad urbanística, con pleno respeto a los hechos probados por las resoluciones judiciales firmes. La sanción penal es perfectamente compatible con la adopción de medidas para restablecer la legalidad (art. 28.2 Ley 40/2015, art. 56 TRLS 7/2015, arts. 68 y 189 Ley 58/2003, General Tributaria) pues la prohibición de doble sanción sólo se refiere a la imposición de sanción administrativa. En definitiva, si los plazos para restablecer la legalidad urbanística quedan suspendidos mientras se tramita el procedimiento penal, resultará prácticamente imposible que la edificación en cuestión pueda ser declarada en situación de fuera de ordenación o asimilada, pues no habrían transcurrido los plazos para restablecer la legalidad urbanística (en este sentido, vid sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1972 [RJ 1972, 332], 9 de febrero de 1983 [RJ 1983, 812], 18 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1661], del TSJ Canarias núm. 408/2002 de 10 abril, RJCA\2002\943 y de la Audiencia Provincial de Almería de 13 julio 2009).

La coordinación entre los órdenes administrativo y penal, que en esencia es el trasfondo de la figura del *non bis in idem* puede alcanzar un mayor grado de complejidad si se tiene en cuenta que las Sentencias firmes, si bien son títulos ejecutorios y en principio vinculantes para el resto de poderes públicos, pueden quedar sin efecto, pero no por decisión graciosa del órgano judicial ni por la resistencia de la administración o de los particulares a cumplirla, sino en virtud de una apreciación sobre la imposibilidad de cumplirla por motivos fácticos o legales, estos últimos comprensivos de los supuestos de modificación o alteración sustancial de la legalidad cuya restauración se pretendió precisamente a través del pertinente proceso penal. Sin necesidad de entrar en el detalle de la rica gama de situaciones que pueden producirse a la luz del artículo 18 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dejaremos apuntado que esta norma dispone que: *1. Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes. 2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el juez o tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.*

Otra cuestión que puede plantearse con frecuencia en la práctica de la disciplina urbanística es el de la compatibilidad entre la adopción de medidas administrativas

de revisión de oficio o impugnación en vía contencioso administrativa de una licencia urbanística cuyo contenido constituye o habilita de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la ley (art. 190 Ley 7/2002, de 17 de diciembre) con la tramitación de un proceso penal por el delito de prevaricación urbanística contra la persona que otorgó la licencia en cuestión. Respecto a las vías penal y administrativa de revisión, se entiende que existe compatibilidad en la medida en que no hay solapamiento entre la conducta tipificada penalmente y las infracciones de la legislación urbanística que provocan la revisión de oficio de las licencias, siendo diferente el bien jurídico protegido en uno y otro caso.

En cuanto a la compatibilidad entre orden penal y contencioso administrativo en materia urbanística, la regla general del art. 10 Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es que cada orden puede conocer a efectos prejudiciales de materias propias de otros órdenes, si bien cuando la prejudicialidad es penal, la regla general es la suspensión del procedimiento contencioso administrativo. En todo caso, se trata de evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos, pues la prejudicialidad no es sino una regla de distribución en el tiempo del trabajo jurisdiccional, pero no determina la suerte definitiva de la cuestión de fondo y deja a salvo la posibilidad de calificación independiente de cada orden jurisdiccional (penal y contencioso administrativo), de acuerdo con los principios que inspiran la rama del Derecho correspondiente. Es decir, una condena penal por cohecho no aboca indefectiblemente a la nulidad administrativa del título urbanístico otorgado; de la misma manera que la absolucón en sede penal es compatible con la nulidad en vía administrativa del acto correspondiente, por ejemplo, un delito de prevaricación que ha prescrito penalmente puede dar lugar a la declaración administrativa o contencioso administrativa de nulidad de pleno derecho de la licencia otorgada a sabiendas de su injusticia

PONENCIA

**SUPUESTOS DE INTERACCIÓN DE LOS TRES PODERES:
REFORMAS LEGISLATIVAS E INEJECUCIÓN
DE SENTENCIAS**

Rafael Fernández Valverde

Magistrado del Tribunal Supremo. Vocal del CGPJ.

Profesor de CUNEF.

SUMARIO: I. LA ACTUAL SITUACIÓN DEL URBANISMO. II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTO. III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD LEGAL. IV. LA CULMINACIÓN DE LAS DIFICULTADES LEGALES PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

I. LA ACTUAL SITUACIÓN DEL URBANISMO

1. Contemplando, desde la perspectiva histórica de futuro, el actual momento urbanístico y medioambiental español, sin duda, llegaríamos, entonces, a la conclusión de que deambulamos, en estos instantes, por uno de esos momentos que, dentro de algunos años, consideraremos como uno de los hitos históricos de nuestro urbanismo y nuestra consideración del medio ambiente.

Así ocurrió con los años 1956, 1975/6, 1990/2 –en los que ven la luz las normas estatales, de todos conocidas, reguladoras de esta materia urbanística–, así como el año 1997 (cuando el Tribunal Constitucional dicta la STC 61/1997, de 20 de marzo –a la que luego se añadirían las SSTC 164/2001, de 11 de julio y 54/2002, de 27 de febrero)–, o el siguiente año 1998, cuando se aprueba, de conformidad con la doctrina constitucional, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), continuándose, desde entonces, con plena garantía constitucional, la producción normativa urbanística autonómica, iniciada con anterioridad, ya desde el principio de los años noventa.

2. La aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, y, con posterioridad, del Texto Refundido de la citada Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio (TRLS08), sería, sin duda, como decíamos, otro de esos que calificábamos de momentos históricos del urbanismo español reciente, debiendo destacarse de la citada normativa las siguientes características esenciales:

- 1º. Se trató de una profunda renovación –plenamente inspirada en los valores y principios constitucionales– que pretendió sentar unas bases comunes en las que la autonomía pueda coexistir con la igualdad.
- 2º. No se trató de una ley urbanística, sino de una ley referida al régimen del suelo y a la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados. Por ello la ley prescindió, por primera vez, de regular técnicas específicamente urbanísticas, tales como los tipos de planes o las clases de suelo.
- 3º. Apuntó hacia un urbanismo que debe atender a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto del crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente, de conformidad con las recomendaciones de la Unión Europea en su Estrategia Territorial Europea o en la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano.
- 4º. Entre sus aspectos concretos más significativos –tratando de contribuir al problema de la vivienda– debe destacarse (artículo 10 y DT 1ª TRLS08) la obligación de reserva de suelo adecuado y suficiente para usos productivos y uso residencial, con reserva de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública.
- 5º. Igualmente debe destacarse, entre los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, tanto el de la entrega del suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas, así como, con destino a integrar los Patrimonios Públicos del Suelo; junto a ello, se estableció la entrega del suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de edificabilidad media ponderada de la actuación, que no podía ser inferior al 5% ni superior al 15%, aunque, excepcionalmente, la legislación sobre ordenación del territorio y urbanismo podía permitir reducir o aumentar este porcentaje hasta el 20% en determinadas circunstancias.
- 6º. Especial significación tuvo la configuración de las denominadas nuevas situaciones básicas del suelo, distinguiendo exclusivamente entre suelo rural y suelo urbanizado.
- 7º. Por último debe destacarse un régimen de valoraciones del suelo, basado en los principios de sencillez, claridad y justicia, que pretendió desvincular clasificación y valoración. En concreto, la Exposición de Motivos señalaba que *“debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro*

incierto". Y partiendo de las dos situaciones básicas descritas se añade que ambos suelos –rural y urbanizado– *“se valoran conforme a su naturaleza, siendo así que solo en el segundo dicha naturaleza integra su destino urbanístico, porque dicho destino ya se ha hecho realidad”*.

Sometidos, Ley de 2007 y Texto Refundido de 2008, a diversos recursos de inconstitucionalidad, fueron resueltos por STC 141/2014, de 11 de septiembre, que sólo declaró inconstitucional un breve inciso (*“hasta un máximo del doble”*) del artículo 22.1.a).3º de la Ley, y 23.1.a).3º del Texto Refundido.

3. El siguiente hito normativo, a nivel estatal, ha sido la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas con entrada en vigor el 28 de junio de 2013, y que toma en consideración, como punto de partida, la situación de crisis económico-financiera pretendiendo contribuir a resolver los problemas que se estaban produciendo en torno al mercado del suelo y de la vivienda en España; en síntesis, se situaba, como otras normas del momento, en el camino de la contribución a la recuperación económica, intentando una reconversión del sector inmobiliario y de la construcción, en el marco de un modelo sostenible e integrador (ambiental, social y económico), y centrando todos sus esfuerzos en las actuaciones que constituyen el objeto esencial de la Ley: La rehabilitación de los edificios, y la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes.

A diferencia de la normativa anterior, esta Ley sitúa en el centro regulatorio no las determinaciones urbanística, sino la vivienda, tanto desde la perspectiva del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, como desde su consideración de mecanismo con incidencia esencial en la actividad económica del país. Esto es, en la situación de crisis económica el Estado interviene en el que denomina *“sector inmobiliario español”*, sin afectar a la competencias autonómicas urbanísticas en materia de urbanismo y vivienda, y, en la línea marcada por la Unión Europea hacia un medio urbano sostenible, pretendiendo alcanzar los siguientes objetivos:

- a) Potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible.
- b) Ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción, encontrando nuevos ámbitos de actuación, en concreto, en la rehabilitación edificatoria y en la regeneración y renovación urbanas. Y,
- c) Fomentar la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación, como en el suelo, acercando nuestro marco normativo al marco europeo, sobre todo en relación con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética.

4. Previa la correspondiente habilitación legal (llevada a cabo por la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delegó en el Gobierno la potestad de dictar textos refundidos), fue aprobado el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLS15), en el que se integraban el anterior Texto Refundido de 2008, así como las disposiciones relacionadas con el suelo contenida en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Dos aspectos se deben destacar del vigente Texto Refundido de 2015, lo cual hacemos por su especial incidencia en la evolución jurisprudencial actual, a la que luego nos referiremos, cuales son las relativas a las situaciones básicas del suelo (reguladas en el artículo 21 del TRLS15) y a las denominadas actuaciones de transformación urbanística (de urbanización y de dotación) y actuaciones edificatorias (de nueva edificación y de sustitución, o de rehabilitación edificatoria), reguladas en el artículo 7 del TRLS15.

5. Algo parecido ha acontecido en el ámbito medioambiental, pues, de forma prácticamente simultánea –y al margen de la muy variada normativa autonómica– el Estado, constitucionalmente limitado en el ámbito urbanístico, ha potenciado, de forma incesante, la normativa medioambiental, apuntalada, en gran medida, por la, también constante, proliferación normativa de la Unión Europea en la materia.

En síntesis, en el momento actual, urbanismo y medio ambiente –Comunidades Autónomas, Estado y Unión Europea– funden sus competencias sobre un mismo territorio al que, desde sus diversas perspectivas, tratan de proteger y ordenar.

II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTO

1. La potestad jurisdiccional de ejecución de las sentencias: sus principios inspiradores.

A diferencia del sistema tradicional, que se contenía en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (LRJCA56), conforme al cual “*la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso*”, la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosoadministrativa (LRJCA), dando un giro trascendental, proclama, en el artículo 103.1 que “*la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de éste orden jurisdiccional*”.

Tal planteamiento constituye una clara consecuencia del mandato, más genérico, pero de superior rango, contenido en el artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (CE), que señala que *“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”*; mandato que se reproduce en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

En consecuencia, del anterior respaldo constitucional y legal se pueden deducir las siguientes consecuencias:

- a) La ejecución de las sentencia constituye una **obligación constitucional** y legal, habiendo señalado la propia Constitución de 1978, en el artículo 118, que *“es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales”*; mandato que es desarrollado en términos subjetivos de gran amplitud en el artículo 17.2 de la citada Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ) al señalar que *“las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes”*.
- b) Del anterior mandato constitucional, el mismo artículo 118 impone, como complementaria, la obligación de **“prestar la colaboración requerida** –por los Jueces y Tribunales– *en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto”* –que luego reiterará el artículo 17.1 de la LOPJ–, obligación que aparece igualmente recogido en el artículo 103.3 de la LRJCA, al señalarse que *“todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales Contencioso-administrativos para la debida y completa ejecución de lo resuelto”*.
- c) La jurisprudencia, además de lo anterior, ha establecido el respaldo de la ejecución en el derecho a la **tutela judicial efectiva**. En tal sentido deben destacarse las clásicas SSTC 32/1982, de 7 de junio, 67/1984, de 7 de junio, 125/1987, de 15 de julio, 167/1987, de 28 de octubre y 148/1989, de 21 de septiembre. Por su parte del Tribunal Supremo destacamos la STS de 27 de octubre de 2004.

2. La forma de ejecución de las sentencias.

Las sentencias pueden ejecutarse de forma **voluntaria** por los obligados a ello (artículo 104 de la LRJCA) en el plazo legalmente establecido, pero de no ser así, la propia LRJCA contempla el mecanismo para proceder a su ejecución **forzosa**, que

incluye la posibilidad de proceder a la declaración de nulidad, a través del procedimiento establecido en el artículo 109 de la LRJCA cuando “[l]a Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo”, esto es, cuando la ejecución resultare **fraudulenta**, distinguiendo la ley los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, de conformidad con el artículo 103.4 de la LRJCA (esto es, en concreto, si los mismos, realmente, han sido dictados para eludir los mencionados pronunciamientos), y los supuestos (artículo 108.2 LRJCA) de actuaciones administrativas de carácter material, posteriores a la sentencia, que contravinieran los pronunciamientos del fallo de la misma.

III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD LEGAL.

En el artículo 105.2 de la LRJCA, se señala que “*si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial, a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior*”.

Aunque el precepto se refiere exclusivamente a las causas de **imposibilidad material** y la **imposibilidad legal** de ejecutar una sentencia, dentro de esta segunda posibilidad tendríamos que distinguir entre causas de **imposibilidad reglamentaria** y causas de imposibilidad legal, propiamente dichas. Siendo el supuesto habitual, en el primer caso, el de aprobación de un nuevo planeamiento o la concesión de una nueva licencia que viene a adaptarse a, o “legalizar”, la actuación previamente anulada.

Debemos centrarnos, sin embargo, en las que hemos denominado **causas de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia**, también conocidas como supuestos de validación legislativa; esto es, de aquellos supuestos en los que una intervención del legislador –estatal o autonómico–, posterior a una sentencia firme en fase de ejecución, incide en la actuación jurisdiccional, impidiendo o dificultado la ejecución propiamente dicha.

Al tratarse de normas con rango de ley, obviamente, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que –normalmente– ha enjuiciado estos supuestos legales que han dificultado, o impedido, la ejecución jurisdiccional. En realidad, la cuestión que se ha venido suscitando es la relativa a la posibilidad de “blindar”, con una actuación legislativa, una actuación urbanística, típicamente administrativa, con la finalidad de evitar las decisiones anulatorias de los Tribunales ordinarios, bien a través

de un Recurso Contencioso-administrativo ordinario contra la posterior actuación normativa reglamentaria, bien a través del procedimiento establecido en el artículo 103.4 de la LRJCA, por entender que la posterior actuación tenía como finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia.

De tal jurisprudencia debemos destacar los siguientes supuestos, en los que, sin duda, lo que ha estado en juego ha sido el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que incluye en su ámbito –como reiteradamente han señalado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo– el derecho a la ejecución de las sentencias. En síntesis, esta jurisprudencia ha sido el reflejo de una tensión permanente entre el citado derecho a la tutela judicial efectiva que está obligado a cumplir el Poder Judicial y la posibilidad de evolución normativa con que cuenta el Poder Legislativo. Así lo reconoció el Tribunal Supremo en la STS de 6 de junio de 2003, con cita de la STC 73/2000, de 12 de marzo, en STS que se sintetiza la tensión expresada entre el ámbito de actuación de ambos poderes. La citada STS señaló:

“No puede negarse al legislador la potestad de innovar el ordenamiento jurídico, modificando las disposiciones anteriores para adaptarlas a las circunstancias de cada momento. Esta potestad se extiende incluso a dar efecto retroactivo a una disposición, con el único límite impuesto por el artículo 9 de la Constitución –normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales– y ello aunque como consecuencia de ese efecto se afecte a la ejecución de una sentencia firme.

Conviene recordar lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia 73/2000, de 12 de marzo, a este respecto: “el derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Y uno de estos supuestos es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, una alteración “de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta” ya que, como regla general, “una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador. Siendo de recordar al respecto que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 107 LJCA, vigente en el momento de iniciarse el trámite de ejecución en el seno del cual se originó la presente cuestión y, en la actualidad, el del art. 105.2 LJCA de 1998”. Y añade: “El derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes “participa de la naturaleza de derecho de pres-

tación que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación”. Aunque a continuación hemos declarado que “Sin embargo, esta potestad de mediación legislativa de los derechos que se integran en el de la tutela judicial no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador, pues, dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el art. 24.1 CE exige, ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan, en lo que aquí interesa, la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que, cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución”.

Pues bien, numerosos han sido los supuestos en los que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado, de una u otra forma, y con conclusiones diferentes, a este problema clave en el mantenimiento de la esencia del Estado de Derecho que proclama la Constitución:

1. En la STC 166/1986, de 19 de diciembre (Asunto Rumasa), se enjuiciaba la posibilidad de utilización de una ley expropiatoria singular frente al planteamiento de un interdicto formulado por la expropiada ante la jurisdicción civil. El Decreto Ley expropiatorio no fue considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución –al que se califica de “instrumental”–, pese al ser el contenido de la norma legal impugnada estrictamente administrativo, por cuanto el mismo, según se expresaba, “*traspasaba las fronteras de los acotados límites de una crisis empresarial para convertirse en factor determinante de inestabilidad de la situación financiera nacional*”. Esto es, que el Tribunal Constitucional se fundamentaba en el carácter excepcional de la medida adoptada, en forma de norma con rango de ley, por la vía del principio de proporcionalidad:

“ ... la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por

los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular. De aquí se obtiene un segundo límite a las Leyes singulares, que es, en cierta medida, comunicable con el fundamentado en el principio de igualdad, en cuanto que esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa”.

2. Especialmente significativa es la **STC 73/2000, de 12 de marzo**, (Asunto Presa de Itoiz), a la que ya hemos hecho referencia en la cita inicial. En la misma se enjuiciaba, por la vía de la cuestión planteada por la Sala de la Audiencia Nacional, la Ley Foral del Parlamento de Navarra 6/1987, de 10 de abril, sobre Protección y uso de suelo no urbanizable (en la modificación llevada a cabo por la Ley 9/1996, de 17 de junio, de Espacios naturales protegidos), por cuanto tal modificación, según se planteaba, podía interferir en la ejecución de la STS de 14 de julio de 1997, que había anulado parcialmente el proyecto de construcción del embalse de Itoiz. En síntesis, la nueva norma cuestionada modificaba el régimen de las bandas de protección de las reservas naturales, dando, por otra parte, a tal régimen protector rango de ley, lo cual fue considerado por la Audiencia Nacional como forma de impedir la ejecución de la STS de precedente cita. Al margen de lo antes expuesto, la STC señaló:

“... resulta difícil admitir que la Ley cuestionada incurra en arbitrariedad, pues es claro que lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del Ordenamiento; y conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una Sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos”.

Con posterioridad, la **STEDH de 27 de abril de 2004** del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Gorraiz Lizarraga y otros c. España*) realizó el correspondiente juicio de convencionalidad, por parte el Tribunal Europeo, en relación con la citada STC 73/2000, de 12 de marzo. Y debemos destacar como la materia sobre la que el Tribunal se pronuncia consiste, según el mismo la califica, de una *“materia de urbanismo u ordenación del territorio”*. En concreto, el TEDH señala en la citada STEDH de 27 de abril de 2004 (párrafo 70) que

“... en el caso que nos ocupa, el litigio que enfrentaba a los demandantes con la Comunidad Foral de Navarra trataba sobre un proyecto de ordenación del territorio, ámbito en el que la modificación o el cambio de reglamenta-

ción tras una resolución judicial es frecuentemente admitido y practicado. En efecto, si los titulares de derechos económicos pueden, por lo general, aprovecharse de derechos firmes e intangibles, no sucede lo mismo en materia de urbanismo o de ordenación del territorio, ámbitos que tratan sobre derechos de naturaleza distinta y que, por definición son esencialmente evolutivos. Las políticas de urbanismo y de ordenación del territorio dependen por excelencia de los ámbitos de intervención estatales por medio, concretamente, de la reglamentación de los bienes con una finalidad de interés general o de utilidad pública. En tales casos en los que el interés general ocupa un lugar preeminente, el Tribunal considera que el margen de apreciación del Estado es mayor que cuando están en juego unos derechos exclusivamente civiles (ver: «mutatis mutandis», Sentencias James y otros contra Reino Unido de 21 febrero 1986; Mellacher y otros contra Austria de 19 diciembre 1989; Chapman contra Reino Unido de 18 enero 2001)”.

Partiendo, pues, de tales diferencias el TEDH concluye señalando que, en el supuesto de autos (párrafo 73)

“... por las razones que anteceden, el Tribunal concluye que la interferencia del poder legislativo en el resultado del litigio alegada por los demandantes no vulneró el carácter equitativo del procedimiento. En consecuencia, no hubo violación del artículo 6.1 del Convenio”;

La STEDH dedica el párrafo anterior (72) a establecer las concretas y determinantes circunstancias que diferencian el supuesto. En tal sentido, se expone:

“... el Tribunal señala que la situación denunciada por los demandantes no puede considerarse similar a la constatada en la Sentencia Refinerías griegas Stran y Stratis Andreadis, en la que el Estado intervino de forma decisiva para orientar a su favor el resultado de una instancia en la que era parte. En el presente caso, la promulgación de la Ley Foral 9/1996 no trataba ciertamente de descartar la competencia de los tribunales españoles llamados a conocer de la legalidad del proyecto de embalse. La Exposición de Motivos hacía mención expresa a las bandas periféricas de protección de las reservas y espacios naturales protegidos de Navarra, y no únicamente a la zona afectada por la construcción de la presa. Su vocación general no deja lugar a dudas. Asimismo, el Parlamento de Navarra no legisló con carácter retroactivo como prueba el hecho de que, pese a la promulgación de la Ley Foral de 17 de junio de 1996, el Tribunal Supremo, algunas semanas después de la promulgación de dicha Ley, dictara una sentencia anulando parcial, pero definitivamente, el proyecto de construcción tal y como había sido concebido. Aun siendo innegable que la promulgación por el Parlamento de Navarra

de la Ley en cuestión resultara, en último lugar, desfavorable para las tesis sostenidas por los demandantes, no puede decirse que fuese aprobada con el fin de eludir el principio de la preeminencia del derecho. A fin de cuentas, una vez promulgada la Ley foral, los demandantes obtuvieron la remisión prejudicial de constitucionalidad de ciertas disposiciones de la misma ante el Tribunal Constitucional, que se pronunció a fondo sobre sus pretensiones. Éste examinó la tesis de los demandantes de igual forma que las sometidas por el Gobierno y el Parlamento de Navarra. En definitiva, el litigio que les oponía al Estado fue examinado por los tribunales españoles de acuerdo con el proceso justo garantizado por el artículo 6.1.”

3. Por su parte, en la **STC 273/2000, de 15 de noviembre** (Asunto Administración Hidráulica de Cataluña) se declaró –a instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo– la constitucionalidad del apartado primero de la Disposición adicional segunda de la Ley 17/1987, de 13 de julio, de la Administración Hidráulica de Cataluña, habiéndose considerado en el planteamiento de la cuestión que el mismo era contrario al artículo 9.3 de la Constitución (principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y el de seguridad jurídica). La norma impugnada decía:

“Quedarán integradas en el texto de la Ley las normas de carácter sustantivo reguladoras del incremento de la tarifa y del canon de saneamiento aprobadas con anterioridad, que tendrán carácter supletorio de las reglas de los artículos 29 al 33 y serán aplicables con rango de Ley formal a los supuestos producidos antes de la entrada en vigor de la presente Ley”.

La inconstitucionalidad de norma impugnada fue rechazada en los siguientes términos:

“A la vista de las circunstancias del caso, interesa destacar el hecho de que la anulación de las normas reglamentarias mencionadas tuvo por causa exclusiva la concurrencia de un defecto de procedimiento, sin que en ningún momento las resoluciones judiciales apreciaran la existencia de un vicio de carácter sustantivo.

(...) Ciertamente, de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, puede deducirse un deber de los poderes públicos de observar los trámites esenciales para la elaboración de las normas jurídicas, como correlato del interés legítimo de los ciudadanos en que la Administración Pública observe dichos trámites. Ahora bien, tales principios constitucionales, no cubren una eventual expectativa de que los poderes públicos permanezcan pasivos ante la concurrencia de un vicio procedimental que afecte a una norma cuya aplicación pueda favorecer la consecución de un interés general.

Pues bien, en el presente caso resulta indudable la concurrencia de claras exigencias de interés público que fundamentan la medida adoptada por la Ley 17/1987, en los términos de la STC 182/1997, FJ 13. Concretamente, el legislador autonómico, ha tratado de garantizar la efectiva consecución de un interés de relevancia constitucional, como es la mejora de la calidad ambiental de las aguas (art. 45 CE), que podría verse seriamente quebrantado en la hipótesis de que no se hubiesen podido realizar las obras de saneamiento y depuración necesarias, sin que quepa apreciar en la solución finalmente adoptada vulneración alguna del principio de seguridad jurídica en su vertiente de previsibilidad del actuar acomodado a Derecho de los poderes públicos”.

Por todo ello la STC concluía señalando que:

“... la decisión del legislador autonómico no merece reproche alguno desde la óptica del sistema de fuentes. Como hemos señalado reiteradamente, no resulta contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que anteriormente había encomendado al poder reglamentario, pues nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria inaccesible al legislativo (SSTC 5/1981, de 13 de febrero -FJ 21.b-; y 18/1982, de 4 de mayo -FJ 3-). De tal suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro ordenamiento jurídico cualquier contenido, no estándole en modo alguno vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario”.

4. En la STC 48/2005, de 3 de marzo (Asunto Parlamento de Canarias), se enjuiciaba la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1992, de 26 de junio, por la que se declaró de utilidad pública la expropiación de ciertos edificios de las calles Teobaldo Power y Castillo, colindantes con el edificio del Parlamento de Canarias, en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, para proceder a su ampliación, y ello, a través de la cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso administrativo; a diferencia del supuesto anterior, en el presente el Tribunal Constitucional no consideró que se trataba de una situación excepcional, sino de una expropiación común y ordinaria en la que solo existían diferencias de valoración entre los propietarios y la expropiante, esto es, de una expropiación “*nada fuera de lo corriente*”, declarando, sin embargo, el Tribunal Constitucional parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley impugnada al exigir la presencia de una tutela judicial efectiva, bien ante los Tribunales ordinarios, bien ante el propio Tribunal Constitucional, que no concurría en el supuesto enjuiciado, por no poder pronunciarse dicho Tribunal sobre la cuestión relativa a la necesidad de ocupación.

5. En la STC 92/2013, de 22 de abril (Asunto Ley urbanística del Parlamento de Cantabria 1) –doctrinalmente muy comentada–, se respondía al planteamiento de constitucionalidad de la Ley 2/2011, de 4 de abril, del Parlamento de Cantabria, por

la que se modificaba la anterior Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, en el particular relativo a la Disposición Adicional Sexta introducida mediante la modificación, y que regulaba la “*Tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística*”. Su párrafo quinto, del apartado nº 4 de la Disposición era del siguiente tenor literal:

“Sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto éste a disposición del perjudicado”.

Pues bien, la STC declaró inconstitucionalidad del párrafo transcrito –en cuanto se refiere a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales–, así como del siguiente apartado 5, razonando al respecto en los siguientes términos:

“De lo anterior se deduce que en el sistema constitucional que deriva de los arts. 117.3 y 118 CE, corresponde a los Juzgados y Tribunales, con carácter exclusivo, la función de ejecutar lo juzgado «en todo tipo de procesos», esto es, también en los procesos contencioso-administrativos, rompiéndose así con situaciones precedentes en las que la Administración retenía la potestad de ejecución. De este modo, mientras que, cuando de la ejecución de un acto administrativo se trata, la Administración ejercita potestades propias de autotutela administrativa que le permiten llevar a efecto sus propias determinaciones, cuando se encuentra dando cumplimiento a una resolución judicial, su actuación se justifica en la obligación de cumplir las Sentencias y demás resoluciones judiciales (art. 118 CE), así como en el auxilio, debido y jurídicamente ordenado, a los órganos judiciales para el ejercicio de su potestad exclusiva de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

6. La conclusión de lo anteriormente expuesto es que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de Sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la Sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el art. 149.1 6 CE, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concurra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional.

Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso. Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las Sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la Sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado”.

Debemos destacar que, al margen de la ausencia competencial autonómica del Parlamento de Cantabria, la STC, en su inciso final destaca que la ejecución de las sentencias no puede “*escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE*”.

6. Igualmente significativa, por la doctrina que contiene, es la **STC 129/2013, de 4 de junio** (Asunto Santovenia de Pisuerga) mediante la que fue resuelto, en sentido parcialmente estimatorio, el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Disposición Adicional de la Ley 9/2002, de 10 de julio, de Castilla y León, de Declaración de proyectos regionales de infraestructura de residuos de singular interés para la Comunidad, por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva el establecimiento de la reserva de ley formal que se realiza. La STC se expresa en los siguientes términos:

“5. Para abordar el análisis de los motivos de inconstitucionalidad que los recurrentes hacen depender de la naturaleza singular de la Ley impugnada, habremos de tener en cuenta que, como se expuso en fundamentos jurídicos anteriores, y en contra de lo que alegan los recurrentes, estamos en presencia de dos tipos de leyes comprendidas dentro un mismo acto legislativo, una general y otra singular autoaplicativa.

El artículo único de la Ley impugnada contiene una regulación general de los proyectos regionales de infraestructuras de residuos dentro de la cual se atribuye al legislador la competencia para su aprobación (apartado primero). Si el tipo de ley singular y autoaplicativa a la que llama este precepto fuera incompatible con la Constitución o con el Estatuto de Autonomía y, por tanto, inconstitucional, necesariamente lo sería también la reserva formal de ley que este

apartado contiene, pues la habilitación para el dictado de leyes singulares que exceden de los límites establecidos por la Constitución incumpliría, a su vez, los límites constitucionales. Así pues, la reserva formal de ley sería, también, inconstitucional. La inconstitucionalidad declarada por esta causa no se extendería, sin embargo, a aquellos otros aspectos de la regulación legal ajenos a la competencia para la aprobación de los citados proyectos.

Al igual que la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, tanto en la redacción que estaba vigente cuando se interpuso este recurso, como en la redacción que le dio la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, atribuye a las Cortes autonómicas la potestad legislativa y encomienda a la Junta de Castilla y León la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (arts. 24.1 y 28.1), pero no contiene precepto alguno que imponga a las leyes una determinada estructura. En consecuencia, resulta de plena aplicación nuestra doctrina sobre la inicial fungibilidad de las funciones normativa y ejecutiva (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11), según la cual no existe, en principio, una reserva a la Administración autonómica del ejercicio de la función reglamentaria y administrativa.

Pero, además, como este Tribunal ha requerido, las leyes singulares, aun cuando sean autonómicas, deben respetar los límites relativos a los derechos fundamentales, y por ello, el art. 24.1 CE. En otras palabras, las leyes de aprobación de los proyectos regionales de infraestructuras de residuos deben respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos que se ven afectados por la aprobación de un concreto proyecto de infraestructura de residuos, lo cual, como se señaló anteriormente, es requisito necesario y suficiente para realizar las obras y poner en marcha la actividad (apartado 5 del artículo único).

No cabe afirmar, en modo alguno, que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la aprobación del proyecto regional de infraestructuras de residuos requiera, necesariamente, de un pronunciamiento de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como señalamos en las ya citadas SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses afectados puede llevarse a cabo por el Tribunal Constitucional. Pero ello exige, en primer lugar, que sus titulares puedan acceder a este Tribunal reclamando el control de constitucionalidad de la norma legal autoaplicativa y, en segundo lugar, que el control que realice el Tribunal Constitucional sea suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede otorgar, frente a un acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), pues en modo alguna la reserva de ley puede servir como instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria.

Así pues, la ley singular autoaplicativa a la que remite el apartado primero del artículo único de la Ley impugnada solo será constitucional si supera los dos requisitos enunciados. Y ello determinará necesariamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la reserva formal de ley que contiene este precepto.

6. Se va a examinar a continuación si concurren o no los dos requisitos enunciados la Ley impugnada.

a) Los titulares de derechos e intereses legítimos carecen de un recurso directo contra las leyes autoaplicativas, es decir, aquellas que no requieren del dictado de un acto administrativo de aplicación. A diferencia de las leyes no autoaplicativas que requieren de una posterior actividad administrativa de aplicación que permite al titular de derechos e intereses legítimos acceder a la jurisdicción contencioso administrativa en su defensa, en este tipo de leyes dichos interesados sólo pueden solicitar del Juez el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. A esta cuestión se refirió de manera puramente incidental la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11, en la medida en que estaba resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad que el Juez había decidido plantear ante el Tribunal Constitucional. Después, este Tribunal ha acuñado una doctrina de acuerdo con la cual suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, el cual, por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno; de ahí que no sea posible, mediante la alegación del art. 24 CE, el control de la decisión adoptada por el Juez de no ejercer la facultad que le atribuye el art. 163 CE (por todas, STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 6). Debemos por ello concluir que el art. 24.1 CE exige que su titular pueda instar la tutela que el precepto consagra, requisito éste que no se cumple en el caso de las leyes autoaplicativas en las que el planteamiento de la cuestión es una prerrogativa exclusiva del Juez, pero no un derecho del justiciable.

b) En lo que se refiere al segundo de los requisitos, es decir, la intensidad del control que puede realizar este Tribunal sobre la Ley de aprobación del proyecto regional de infraestructuras de residuos sin desnaturalizar los límites de su jurisdicción, no cabe sino concluir que las leyes autoaplicativas, a las que remite el apartado primero del artículo único de la Ley impugnada no satisfacen este requisito. La reserva al legislador de la aplicación de la legalidad existente al caso concreto, con exclusión de la actividad que ordinariamente realiza la Administración, impide un control de la misma intensidad que el que correspondería realizar a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si la actividad de ejecución se hubiera llevado a cabo por la Administración. Y es que, en modo alguno, corresponde al Tribunal Constitucional el control fáctico y de legalidad ordinaria –control de los elementos reglados de los actos de aplicación–, que, en todo caso, exige la función de aplicación de la norma al caso concreto, ello con independencia de quién la lleve a cabo”.

7. También debemos destacar la STC 203/2013, de 5 de diciembre junio (Asunto Ciudad del Medio Ambiente de Soria), mediante la que fue declarada la inconstitucionalidad de la Ley de Castilla y León 6/2007, de 28 de marzo, de aprobación del proyecto regional Ciudad del Medio Ambiente. La STC describe el contenido de la Ley, en los siguientes términos:

“Aunque la ley impugnada afirma aprobar un «proyecto regional» de los contemplados en el art. 20.1 c) de la Ley 10/1998, de ordenación del territorio de Castilla y León, lo cierto es que el proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente» contiene la ordenación urbanística completa del ámbito territorial delimitado por el art. 1 de sus normas, lo que le aproxima a la figura del plan regional, que tiene por objeto planificar la ejecución de actuaciones industriales, residenciales, terciarias y dotacionales [art. 20.1 b) de la Ley de ordenación del territorio de Castilla y León]. De la simple lectura del anexo se desprende, inequívocamente, que el proyecto regional no autoriza una obra o infraestructura más o menos compleja como era el caso analizado en la STC 129/2013, de 4 de junio, sino que planifica la ejecución de una actuación urbanística, pues contiene las determinaciones de los planes urbanísticos, y requiere, como cualquier otro desarrollo urbanístico, del posterior proceso de gestión por los sistemas de actuación contemplados en la legislación urbanística a la que se remite el art. 61 de las normas del proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente», lo que hace imposible la inmediata ejecución a la que se refiere el antes citado art. 20.1 c) Ley de ordenación del territorio de Castilla y León.

En concreto, la STC expone que el proyecto regional incluye determinaciones de ordenación general (clasifica suelos) y pormenorizada (delimita dos sectores de suelo urbanizable en los que localiza el aprovechamiento lucrativo, establece los sistemas generales), regula el régimen general del suelo rústico y contiene determinaciones de ordenación pormenorizada propias de los planes parciales en suelo urbanizable, esto es, que *“contiene la ordenación urbanística del ámbito territorial por él delimitado”*.

En síntesis –sistematizando los conceptos de “leyes autoaplicativas”, “leyes de destinatario único”, y “leyes de supuesto de hecho concreto y singular”– se sigue la doctrina establecida en las SSTC 166/1986 y 129/2013, a las que antes nos hemos referido, en relación con la excepcionalidad de la norma, concluyendo en los siguientes términos:

“7. Como señalamos en el fundamento jurídico anterior, este primer límite que impone la Constitución a las leyes singulares, no sólo exige que la apreciación de la excepcionalidad no sea arbitraria, sino que las medidas adoptadas sean razonables y proporcionadas a la situación excepcional a la que se pretende dar respuesta con su aprobación, que no es otra que la especial importancia del plan para el desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma.

El legislador no ha explicitado las razones por las que entiende que la utilización de la ley es una medida razonable y proporcionada, aún a sabiendas de que, tal y como se puso de manifiesto en el debate legislativo, la utilización de la ley eliminaba el control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otra parte, la regulación material de la Ley impugnada no presenta peculiaridad alguna –sin perjuicio de las necesarias diferencias entre planeamientos derivadas de las diferentes necesidades que con ellos se pretenden satisfacer– con respecto a cualquier otra ordenación urbanística regional aprobada por el Consejo de Gobierno.

(...) En otras palabras, no consta en modo alguno en el proyecto la inaplicación de norma legal o reglamentaria alguna, por lo que la misma ordenación podría haberse abordado mediante una norma aprobada por el Consejo de Gobierno.

(...) La aprobación por ley de este planeamiento urbanístico ha impedido que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, puedan controlar la legalidad de la nueva clasificación del suelo, la adecuación del proyecto a la evaluación de impacto ambiental y la legalidad misma de la evaluación ambiental, control jurisdiccional al que se hubiera tenido acceso si la norma hubiera sido aprobada por el Consejo de Gobierno.

8. Con base en lo expuesto cabe concluir que la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación, y por las mismas razones no satisface el segundo de los límites que la STC 166/1986, de 19 de diciembre, predica de las leyes singulares: ...

(...) Además, como consecuencia directa de la desproporción en que ha incurrido el legislador, la Ley impugnada ha vulnerado el art. 24.1 CE, al impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si el proyecto se hubiera aprobado por reglamento. Tal y como señalamos en la STC 248/2000, de 19 de octubre, FJ 5, aunque el art. 24.1 CE «no queda vulnerado por el sólo hecho de que una materia sea regulada por norma de rango legal y, por lo tanto, resulte jurisdiccionalmente inmune», puede ocurrir que la ley resulte inconstitucional por otros motivos y se produzca, como consecuencia de ello, una vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE: «En otras palabras: o la ley es inconstitucional por otros motivos y cierra, por serlo, ilegítimamente el paso a pretensiones que hubieran de acceder a los jueces y tribunales, y, en este caso, puede vulnerar de forma derivada el derecho reconocido en el art. 24.1 CE (STC 181/2000, FJ 20); o la ley es conforme a la Constitución y, en tal supuesto, pertenece a su propia naturaleza de ley el no poder ser enjuiciada por los jueces y tribunales ordinarios»”.

8. También debe dejarse constancia de la **STC 162/2014, de 7 de octubre** (Asunto Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski), en la que fue resuelto el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Castilla y León 6/2010, de 28 de mayo, de declaración del proyecto regional del Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski, expresándose en los siguientes términos:

“En este supuesto concreto la Comunidad Autónoma ha ejercido su competencia en materia de ordenación del territorio sobre unos terrenos que se vieron afectados por un incendio en 1999. Así, se confirma en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valladolid, de 14 de diciembre de 2009, donde se reafirma la anulación del cambio de uso forestal de los terrenos de la pista de esquí de Tordesillas. En esta Sentencia se destaca la existencia sobre el proyecto litigioso de diversas resoluciones judiciales, entre ellas, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, de 22 de febrero de 2008, que había estimado anteriormente que dicho cambio de uso no era posible a tenor del art. 50 de la Ley de montes, y había anulado el acuerdo de la Junta de gobierno local del Ayuntamiento de Tordesillas, de 4 de octubre de 2006, por el que se resolvía conceder la autorización de uso excepcional en suelo rústico para la construcción de la pista de esquí seco en la entidad local menor de Villavieja del Cerro, por desconocimiento del art. 50 de la Ley de montes. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 28 de mayo de 2009, vino a confirmar la de 22 de febrero de 2008, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la misma, relacionando hasta cuatro motivos para apoyar la afirmación de la Sentencia apelada sobre el desconocimiento que el acto impugnado entraña del art. 50 de la Ley de montes.

Es claro, entonces que la Ley 6/2010, objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, pretende desarrollar el proyecto regional «Complejo de ocio y aventura Meseta-Ski» sobre unos terrenos sujetos a las prohibiciones de cambio de uso forestal y de realización de actividades incompatibles con la regeneración de la cubierta forestal establecidas por el art. 50.1 de la Ley 43/2003, de 21 de abril, de montes, sin que nos encontremos, en este caso, en alguna de las excepciones previstas en el inciso segundo del art. 50.1 de aquella Ley, lo que determina la consiguiente vulneración de la legislación básica del Estado”.

9. En la **STC 50/2015, de 5 de marzo** (Asunto Parque Natural de Fuentes Carrionas) se resolvió la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en relación con la Ley 5/2010, de 28 de mayo, de Modificación de la Ley 4/2000, de 27 de junio, de Declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina, declarando su inconstitucionalidad.

En síntesis se planteaba que la Ley 5/2010 hacía imposible legalmente la ejecución de STSJ de Castilla y León de 8 de enero de 2008 (que la posterior STS de 25 de enero de 2012 había declarado correcta), por la que se había anulado el Decreto 13/2006, de 9 de marzo, por el que se modifica el anexo I del Decreto 140/1998, de 16 de julio, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia); ley con un contenido idéntico al mencionado Decreto anulado. La STC, reiterando la doctrina contenida en la STC 203/2013 (que, a su vez, reiteraba la contenida en las SSTC 48/2005 y 129/2003) –que distinguía entre “leyes autoaplicativas”, “leyes de destinatario único”, y “leyes de supuesto de hecho concreto y singular”– rechazaba que la Ley de autos tuviera la consideración de las dos primeras, llegando, como en el caso de la STC 203/2013, a la conclusión de que se trataba de una ley singular que modificaba el Decreto anulado y que vulneraba el artículo 24 de la Constitución:

a) *“Por tanto, como en el caso del último de los supuestos examinados en la STC 203/2013, FJ 3, debemos concluir que se trata de una ley singular; en tanto que dictada en atención al supuesto de hecho excepcional que la justifica. Basta constatar que no todos los usos, ni todas las modificaciones de los planes de ordenación de los recursos naturales requieren norma legal, sino solamente este uso y la modificación del plan de ordenación de los recursos de este parque natural. La consecuencia es que “el canon de constitucionalidad que habremos de aplicar es el establecido en la doctrina constitucional para las leyes de esta naturaleza, con las particularidades que derivan de las especiales características de este género de leyes singulares, que no son ni de destinatario único ni autoaplicativas”, canon al que aludimos en la STC 129/2003, FJ 4 cuando concluimos que “el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación”. Así pues, dada la naturaleza de ley singular de la norma cuestionada hemos de comprobar, en primer lugar, si el supuesto de hecho que contempla tiene una justificación objetiva y, de ser así, si la utilización de la ley es proporcionada a la excepcionalidad que se trata de atender y que ha justificado su aprobación (STC 203/2013, FJ 4)”.*

b) *“Por tanto, atendiendo a la prudencia con la que ha de atenderse para calificar una ley como arbitraria y al control negativo que nos es propio en relación con dicho principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no cabe excluir que la modificación cuestionada carezca de justificación objetiva en la medida en que, dentro del margen de discrecionalidad del legislador, responde a la necesidad de promover el desarrollo socioeconómico de la zona, objetivo que, si bien no con el carácter de prioritario, es posible también hallar entre los perseguidos por la declaración del parque natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (art. 2.4 de la Ley 4/2000).*

(...) Ahora bien, aun pudiendo estimarse que la modificación propuesta pudiera tener una justificación razonable, resulta que, al igual que en el caso examinado en la STC 203/2013, lo que en ningún caso se ha explicado es la necesidad de que tal modificación se lleve a cabo mediante ley”.

c) “Asimismo, atendiendo a las circunstancias del caso, es posible apreciar que la norma impugnada, en la medida en que reproduce casi miméticamente una regulación reglamentaria previamente declarada nula, vulnera el art. 24.1 CE. Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que una de las proyecciones del derecho reconocido en el art. 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Así, en la STC 312/2006, de 8 de noviembre, ya señalamos “que podría producirse una lesión del art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente hacer imposible de forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla, pues siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites, entre ellos el que se deriva del art. 24.1 CE”. Por tanto, señalamos en la misma Sentencia y fundamento jurídico que “no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia (SSTC 153/1992, de 3 de mayo, FJ 4, y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3), cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto (STC 4/1998, de 21 de enero, FJ 5)” (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 11).

Ya hemos constatado que, aun cuando la Ley 5/2010 pueda encontrar justificación en una razón atendible, impone un sacrificio desproporcionado de los intereses en juego expresados en el pronunciamiento judicial que hace que el legislador haya superado los límites constitucionales que debe siempre respetar. En particular porque tales supuestos han de ser objeto de un escrutinio especialmente riguroso asentado sobre la interpretación más favorable al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como parte in-

tegrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se traduce en la “garantía de que el fallo se cumpla, impidiendo que las Sentencias y los derechos en ellas reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna” (por todas, STC 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6, y las numerosas resoluciones allí citadas)”.

10. La STC 231/2015, de 5 de noviembre (Asunto Ley de residuos y suelos contaminados) —a diferencia del supuesto anterior— rechazó la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados, denominada “*Convalidación de actuaciones realizadas al amparo del Real Decreto 1419, de 25 de noviembre*”, planteada mediante cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, en anterior STS de 24 de noviembre de 2009, había declarado la nulidad del citado Real Decreto. En su Fundamento Jurídico 12 la STC concluye:

“En consideración a cuanto antecede, el Tribunal no puede compartir que el precepto de Ley que se cuestiona haya deparado la infracción del derecho fundamental a la ejecución —en sus propios términos, como nuestra jurisprudencia subraya— de la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, anulatoria del Real Decreto 1419/2005 (art. 24.1, en relación, según se dice en el Auto de planteamiento, con el art. 117.3, ambos de la Constitución).

(...) No cabe, así las cosas, sino rechazar que la disposición cuestionada haya menoscabado el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, derecho no afectado siquiera, reiteramos, por este precepto legal. Ni la disposición adicional decimoquinta, en efecto, contradice abierta o frontalmente el fallo de la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, ni cabría argüir, en consecuencia, que los ejecutantes hayan visto malograda, en su virtud, una certeza o expectativa de buen derecho en orden a que las actuaciones administrativas cuya pervivencia controvierten sean removidas. Tales certezas o expectativas, de abrigarse, no provendrían inmediatamente del fallo de aquella Sentencia, por más que hayan podido ser inicialmente acogidas por el juzgador a quo en el ejercicio, ahora infiscalizable, de la jurisdicción que ejerce y sobre la base de su interpretación, igualmente ajena a nuestro control, de aquel pronunciamiento, no desvirtuado ni contradicho de manera directa —esto es lo que aquí importa— por la regla legal. La disposición adicional decimoquinta, por lo demás, ha confirmado unas consecuencias jurídicas que, aunque dispuestas en el reglamento anulado, estaban previstas por la propia Ley (en concreto, por los arts. 58 del texto refundido de la Ley de aguas y 72 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas) y que la Constitución no le impide volver a ordenar (por todas, STC 203/2013, FJ 3, y jurisprudencia allí citada); y, junto a ello, ha conva-

lidado y preservado actuaciones realizadas en ejecución de un Real Decreto no suspendido durante su enjuiciamiento –como observa con pertinencia el Abogado del Estado–, aunque sí anulado, al cabo, por no haberse observado en su elaboración unos trámites que sobre el legislador no pesan, por más que sí deban ser satisfechos, como es obvio, en el ejercicio de la potestad reglamentaria y ello tanto por lo que la legalidad impone como en virtud de lo que cabe deducir de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), según dejamos dicho en la STC 273/2000, de 15 de noviembre. Aunque tales principios constitucionales –añadimos en esa Sentencia y así es procedente reiterarlo– no cubren una eventual expectativa de que los poderes públicos permanezcan pasivos ante la concurrencia de un vicio procedimental que afecte a una norma cuya aplicación pueda favorecer la consecución de un interés general (FJ 12). El artículo 24.1 CE, en la vertiente que aquí interesa, no le impide al legislador regular ni estabilizar; en su caso, las situaciones jurídicas surgidas en aplicación de una norma reglamentaria declarada nula sobre las que no se pronunció con firmeza, al dictar aquella anulación, el Poder judicial. Tanto menos si tal declaración lo fue por vicios de procedimiento.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes no ha sido menoscabado, en definitiva, por la disposición cuestionada”.

11. Por último debemos hacer referencia a la **STC 254/2015, de 30 de noviembre** (Asunto Ley urbanística del Parlamento de Cantabria 2), en la que se respondía al planteamiento de constitucionalidad, formulado por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en relación con el artículo 65 bis 1 (cuando se refiere a la suspensión de las “órdenes de demolición ... judiciales”) de la Ley 2/2001, de 25 de junio, del Parlamento de Cantabria, de Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, precepto introducido por la Ley 4/2013, de 20 de junio. La STC anula el citado inciso con base en los siguientes términos con los que concluye la STS:

“En definitiva, nos encontramos con una norma de contenido procesal, por lo que hay que atender a la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6 CE conforme a la cual la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado, si bien las Comunidades Autónomas pueden establecer las especialidades procesales necesarias que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Una competencia que, no obstante, tal y como ha señalado la Fiscal General del Estado, no ha sido asumida por la Comunidad Autónoma de Cantabria en su Estatuto de Autonomía, por lo que carece de ella.

Pues bien, el precepto cuestionado regula, como se ha explicado más arriba, la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo

creando una causa de suspensión específica en relación con las sentencias que ordenan la demolición de edificios ilegales, procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina que hemos establecido recientemente en nuestras Sentencias 92/2013, de 22 de abril; 82/2014, de 28 de mayo, y 149/2014, de 22 de septiembre, de acuerdo con la cual resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que implican el derribo de las edificaciones, determinando que la ejecución de la Sentencia –como es aquí el caso por lo anteriormente expuesto– termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE. Por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar la inconstitucionalidad del inciso “o judiciales” del art. 65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001”.

IV. LA CULMINACIÓN DE LAS DIFICULTADES LEGALES PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Sólo en el marco de la anterior jurisprudencia constitucional (que podemos considerar zigzagueante, según hemos podido comprobar) son comprensibles los “avances” del legislador estatal, a partir de 2015, representados, en primer término, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en cuyo artículo 319.3 se permite a los jueces y tribunales penales condicionar “*temporalmente la demolición* –previamente ordenada de obras declaradas ilegales– *a la constitución de garantías que aseguren el pago*” de las indemnizaciones “*debidas a terceros de buena fe*”.

Quizá como compensación de tal actuación legislativa –y de la que vendría a continuación– la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de Modificación de la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera, contempló en su Disposición Adicional Primera una normas específicas para la “Financiación de la ejecución de las sentencias firmes por parte de las Entidades locales”, con posibilidad de incluir las necesidades financiera precisas en los compartimentos Fondo de Ordenación, Fondo de Impulso Económico o Fondo de Financiación a las Entidades Locales, en los términos que se establecían.

Con tal precedente, el “avance” más cualificado ha sido la introducción de un nuevo número 3 en el artículo 108 de la LRJCA, mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, por la que se Modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, conforme al cual:

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

De su análisis podemos deducir, en ausencia de pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo en relación con las cuestiones de fondo que el precepto suscita, las siguientes consideraciones:

1°. En relación con la naturaleza del mandato contenido en el citado precepto, debe señalarse que se trata de una **obligación legal** (“*exigirá*”), que se impone a los órganos jurisdiccionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no una mera posibilidad, como es la contemplada en el artículo 319.3 del Código Penal (“*podrán ordenar*”), para los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Penal.

2°. No obstante tal carácter de obligación legal, **no** parece que se trate de una actuación jurisdiccional que los Jueces y Tribunales de lo Contencioso administrativo –obligados y competentes para la ejecución de las sentencias firmes– puedan llevar a cabo **de oficio**, ya que, de conformidad con el principio dispositivo, los órganos judiciales han de ser instados al cumplimiento de tal obligación legal de referencia en el marco procedimental de la ejecución que desarrollan. Desde la perspectiva de la **legitimación**, obviamente, será la Administración obligada al cumplimiento de la decisión jurisdiccional de demolición de las obras, la que deberá solicitar de los órganos jurisdiccionales la imposición de la obligación de cumplimiento de la condición prevista para poder proceder a la demolición de lo indebidamente construido. Por otra parte, habrá que entender que la pasividad administrativa posibilita que las **“personas afectadas”** por la demolición –concepto que habrá de interpretarse en los términos realizados por la jurisprudencia en relación con la expresión contenida en el artículo 104.2 de la LRJCA– puedan instar de la Administración la formulación de solicitud de referencia, y que, ante el silencio de esta, puedan acceder a la vía jurisdiccional, como se ha contemplado para el supuesto previsto en el artículo 105.2 de la misma ley, ante la pasividad del “órgano obligado” al cumplimiento de la sentencia de plantear la concurrencias de causas de imposibilidad de ejecución de la sentencia.

3°. El **requisito previo** que el precepto establece para la imposición de la obligación, si bien se observa, es **doble y acumulativo** pudiendo llevar a dudas razonables en su interpretación. El precepto exige de forma acumulativa –utiliza la expresión “*además*”– los siguientes requisitos:

- a) Que la decisión jurisdiccional previa –la que se ejecuta– haya declarado contraria al Ordenamiento jurídico la actuación impugnada; esto es que haya declarado *“contraria a la normativa la construcción de un inmueble”*.
- b) Y que –*además*– la decisión judicial haya ordenado *“motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”*.

1. Tal decisión legal no deja de ser contradictoria con la jurisprudencia de la Sala Tercera que ha considerado que la segunda decisión (demolición) está implícita en la primera (nulidad); así se había dicho en las STS de 7 de febrero de 2000 y de 15 de octubre de 2001, el Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala:

“... la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística”.

Y así se ratificó en la STS del Pleno de la Sala de 7 de junio de 2005:

“... tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 26 de julio de 2002, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2061/1995, 4060/1999 y 3303/2000)”.

2. Otro aspecto que puede resultar problemático, en relación con la anterior jurisprudencia, es que ---como hemos expuesto--- el precepto impone que, además de la declaración de nulidad, se haya ordenado la expresa demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada, exigiendo que esta orden se haya dictado *“motivadamente”*, dando, pues, la sensación de que el legislador haya querido dejar sin efecto la línea jurisprudencial de precedente cita. En todo caso, no puede olvidarse que, en relación con el ámbito de las ejecuciones de sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido, de forma expresa (STC 92/2013, de 22 de abril), que la ejecución de las sentencias no puede *“escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE”*. Y que, además ---como se expuso al principio---, la ejecución de las sentencias se enmarca en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 58/1983, de 29 de junio y 109/1984, de 26 de noviembre).

4º. Desde la **perspectiva temporal** del precepto deben destacarse dos pronunciamientos ya realizados por el Tribunal Supremo (STS 1409/2017, de 21 de septiembre, RC 477/2016) en relación con el mismo:

- a) Que la presente normativa es de aplicación a las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio (que introdujo el precepto en la LRJCA), sin norma alguna específica de derecho transitorio (Disposición Final Décima):

“En consecuencia, puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, “incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución”.

Con tal pronunciamiento se deja sin efecto el anterior criterio que pudiera haberse mantenido en el ATS de 30 de septiembre de 2013 (RC 577/2001).

- b) Por otra parte, la misma STS 1409/2017 sitúa el incidente que nos ocupa como distinto y diferente del Incidente de concurrencia de causas de imposibilidad de ejecución de la sentencias previsto en el artículo 105.2 de la LRJCA, además de compatible con él, pero con diferente cometido:

“Con independencia de lo anterior, debemos señalar que el art. 108.3 ni reforma el art. 109, ni el 105, sino que introduce dentro de las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (es decir, cuando el ejecutado no cumple voluntariamente, posibilidad que nadie excluye, incluida la prestación de garantías) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción. Es decir, el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa

en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

(...) A mayor abundamiento, debemos concluir que el supuesto contemplado en el art. 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inejecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especialmente exigente.

Es cierto que la LJCA, art. 105.2, no define ni concreta en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia, habiendo sido este Tribunal, el que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011).

En definitiva, hemos reiterado que, mientras exista una sentencia firme no ejecutada, la imposibilidad de ejecución es una excepción que sólo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar, de manera que el órgano judicial debe determinar de manera detallada y rigurosa esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización (STS de 18 de septiembre de 2009).

En definitiva, como ya afirmara el Auto de este Tribunal de 16 julio 1991, la "imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos".

Como ya hemos señalado, dos son los supuestos que justifican la inejecución o la suspensión de la ejecución de una sentencia. De una parte la imposibilidad legal, que supone un cambio en el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, y motiva su inejecución, de otro la imposibilidad material que ha sido definida como “aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido”, o que “concorre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos”.

Basta con un mero examen literal de la previsión incorporada al art. 108.3 LJCA, para concluir que ninguno de tales supuestos se recoge o regula en tal precepto, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar”.

- b) En este ámbito temporal debe señalarse que la obligación de prestación de la garantía es susceptible de ser sometida a término, y transcurrido el mismo sin su materialización debe procederse a la demolición; se trata de una condición sometida a término preclusivo.

5°. Pues bien, la **obligación legal** que el Juez o Tribunal debe imponer, con carácter previo (“*como condición previa a la demolición*”, dice el precepto), a la demolición de lo indebidamente construido y a la reposición a su estado original de la realidad física alterada, cuando concurren –en principio– los dos requisitos expresados, consiste en la “**prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe**”. El contenido de tal expresión conlleva varios aspectos de difícil interpretación que girarían sobre los siguientes aspectos:

A. Obligados a la prestación de la garantía.

En principio, la garantía deberá ser prestada por la **Administración local** obligada a la ejecución de la sentencia, si el derribo o demolición es consecuencia de la nulidad de licencia, o de la extralimitación de ámbito de la misma, o de la nulidad del planeamiento de desarrollo. La misma podrá ser compartida –en los términos y cuantía que se establezcan, pero solidariamente– con la **Administración autonómica**, en el caso

de que la demolición fuera consecuencia de nulidad del planeamiento general, o en el supuesto de tratarse de construcciones en terrenos de especial protección. No procede excluir la prestación de garantía por parte de la **Administración del Estado** si el objeto de la demolición y restitución se encontraren en zonas de dominio público.

La garantía podría imponerse igualmente, al menos parcialmente, al **promotor** del objeto de la demolición, pudiendo hacerse cargo de la misma la Administración obligada a la ejecución, sin perjuicio de lo que resulte, en su caso, de la fijación de la indemnización y del responsable o responsables de la misma.

No parece razonable la exigencia de la garantía al titular del objeto de ejecución por cuanto lo que la garantía asegura es la posible indemnización que al mismo pudiera corresponder como consecuencia de la demolición.

B. Formas de prestación de la garantía.

La garantía puede prestarse en cualquiera de las formas admitidas en derecho, sin que la Administración pueda excusarse en la existencia de exclusión alguna derivada de su propia personalidad, o de la presunción de la misma, al tratarse del cumplimiento de una concreta obligación jurisdiccional de la que, en su caso, pudiera derivarse su responsabilidad patrimonial. El precepto, de forma genérica se refiere, en plural a “*garantías suficientes*”.

C. Determinación de los afectados por la garantía exigida: terceros de buena fe.

El objeto de la garantía es el aseguramiento de la satisfacción de los perjuicios que puedan sufrir —exclusivamente— los terceros de buena fe, como consecuencia de la demolición, lo que, obviamente, excluye el supuesto en el que ellos mismos hubieran sido los exclusivos causantes de la ilegalidad de lo acordado demoler.

El incidente, en principio, no puede extenderse a la determinación, búsqueda o localización de los citados terceros de buena, ni tampoco a dilucidar las diferencias que pudieran existir entre los actuales o sucesivos titulares o poseedores, pudiendo, pues, a los efectos de determinación de la garantía para proceder a la demolición tomarse en consideración, única y exclusivamente, a los de los titulares registrales, lo que excluiría, entre otros, los posibles perjuicios que, tras la demolición, pudieran surgir para arrendatarios, usuarios o usufructuarios.

D. Cuantificación de la garantía.

Para la determinación de la cuantía, y de conformidad con lo anterior, habrá de tenerse en cuenta el valor registral, incrementado en el porcentaje que se considere

en función de las circunstancias concretas del caso, sin necesidad de convertir el Incidente en un expediente de cuantificación exacta de los perjuicios sobre la base de periciales o similares, por cuanto, entre otros extremos, los perjuicios sólo surgirían tras la producción del daño causante de la indemnización, cual es la demolición.

Ello nos lleva a no poder deducir de la expresión “*indemnizaciones debidas*”, que en el precepto se contiene, la afirmación de que la indemnización sólo podría ser exigible cuando la misma hubiera sido cuantificada y subjetivizada, considerando que, sólo entonces, sería una “*indemnización debida*”. Debe insistirse en que el posible perjuicio que pretende garantizarse cautelarmente, sólo se produce con la materialización de la demolición, haciendo, pues, la misma inviable; interpretación que acercaría al precepto a su inconstitucionalidad.

6°. Por último, debe dejarse constancia que tal obligación de prestación previa de garantía para proceder a la demolición de lo indebidamente construido, cuanta con una **excepción** que el precepto expresamente reconoce, cual es que se esté en presencia de “*una situación de peligro inminente (que) lo impidiera*”.

COMUNICACIÓN A LA PONENCIA DE D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 108.3 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

José Vicente Mediavilla Cabo

*Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Girona.
Técnico Urbanista*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA. III. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR. IV. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN. V. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TERCEROS DE BUENA FE. VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS. VII. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN. VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 21 DE SEPTIEMBRE DE 2017, RC 477/2016.

I. INTRODUCCIÓN

El apartado tercero del artículo 108 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se introdujo vía adición por el apartado cuarto de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo primero que llama poderosamente la atención es que el Preámbulo de la L.O. 7/2015, omite cualquier referencia a la nueva regulación que introduce vía apartado tercero del artículo 108 en la LJCA. A diferencia de lo que acontece con el nuevo recurso de casación, introducido en la misma Ley Orgánica, respecto del cual el Preámbulo dedica tres párrafos a dar cuenta de la nueva regulación del sistema casacional con el fin de cumplir estrictamente su función nomofiláctica, como he señalado, el Preámbulo omite cualquier referencia a los motivos o finalidad de la nueva regulación prevista en el art. 108.3 LJCA. La citada omisión no puede ser más que

objeto de crítica, dado que resulta siempre conveniente que las exposiciones de motivos de los proyectos o los preámbulos de las leyes sirvan precisamente para conocer el alcance y fundamentación de las novedades que las mismas establecen siendo esas consideraciones de gran valor o utilidad a efectos hermenéuticos para los operadores jurídicos como ha señalado de forma reiterada del Tribunal Constitucional. Que un precepto que presenta numerosas dudas a la hora de su aplicación práctica, carezca de la más mínima consideración explicativa por parte del legislador, en cuanto a su finalidad, motivación o justificación, no puede sino ser objeto de rechazo dado que nos priva de conocer al menos cual fue la voluntad del legislador a la hora de decidir su incorporación al ordenamiento jurídico.

El artículo 108.3 LJCA dispone:

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

Muchas son las dudas interpretativas que surgen en la aplicación del precepto. Desde conocer a qué concretos procedimientos de demolición les son de aplicación el mismo, qué se entiende por situación de peligro inminente, cuales son las garantías suficientes, las indemnizaciones debidas y los terceros de buena fe.

Con el fin de intentar despejarlas, aunque quizás en algún supuesto se incrementen, vamos a dar cuenta de las consideraciones que ha efectuado al respecto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en una serie de resoluciones judiciales y, un análisis crítico de las mismas, siempre desde el respeto a una serie de decisiones judiciales que se podrán compartir o no desde el punto de vista jurídico pero de las que no cabe la menor duda de su rigor jurídico.

El artículo 108.3 LJCA se encuadra dentro del Capítulo IV del Título IV LJCA relativo a la ejecución de las sentencias en el que se concretan las exigencias constitucionales derivadas de los artículos 24, 117.3 y 118 CE.

Los pronunciamientos judiciales a los que vamos hacer mención se dictan como consecuencia de la tramitación de varios procedimientos de ejecución de sentencias firmes en las que se anulan licencias de obras concedidas por el respectivo Ayuntamiento y se ordena la demolición de lo ilegalmente construido, concretamente la demolición de viviendas. Se debe partir del hecho de que las sentencias dictadas, en algunos supuestos, se remontan a la última década de los años noventa del siglo anterior.

II. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA.

No cabe duda que con la introducción del artículo 108.3 el legislador pretende garantizar el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente en el artículo 33 de la Constitución a los terceros de buena fe, fomentando la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, de modo similar a la reforma introducida en el artículo 319.3 del Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe. La reforma en la Ley Jurisdiccional Contenciosa seguramente pretende equiparar en buena medida el tratamiento dispensado a los terceros de buena fe en el ordenamiento jurídico-penal.

Cabe recordar que el artículo 319.3 CP señala:

“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Mediante Auto de la Sección Primera de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 2017 se admitió el recurso de casación preparado por parte del Gobierno de Cantabria frente al Auto de fecha 24 de octubre de 2016 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al Auto de fecha 1 de septiembre de 2016 del TSJ de Cantabria dictado en ejecución de sentencia en el PO 1991/1998 que efectúa una serie de consideraciones respecto de la interpretación y aplicación del artículo 108.3 LJCA. La Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo indica en relación al recurso de casación preparado que la cuestión planteada presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, señalando que la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en determinar:

“si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inexecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá que determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal”.

El citado Auto indica que las normas que deberán ser objeto de interpretación son:

“el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con el artículo 105.2 del mismo texto legal, ambos en relación con el artículo 21 de la Constitución”.

En la argumentación del recurso de casación se alude que la norma que se considera vulnerada por el Auto de fecha 24 de octubre de 2016 del TSJ de Cantabria es el artículo 108.3 LJCA en la redacción dada por la Disposición Final Tercera de la L.O. 7/2015, de 21 de julio.

III. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR.

Tanto el Auto de fecha 1 de septiembre de 2016, como el de fecha 24 de octubre de 2016 que desestima el recurso de reposición frente aquél, ordenan continuar con la ejecución de la sentencia dictada en el proceso (que ordenaba la demolición de una serie de viviendas), requiriendo a la entidad municipal a fin de que remita las escrituras de compra venta de los actuales propietarios de las viviendas afectadas por la sentencia de derribo así como certificación registral y, al Gobierno de Cantabria, para que aporte el correspondiente proyecto de derribo de las viviendas.

El Auto de 24 de octubre de 2016 en su razonamiento jurídico cuarto se basa o fundamenta en lo ya señalado por otro Auto precedente de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, al que cita textualmente de forma parcial de fecha 26 de septiembre de 2016. En ambos autos, el TSJ interpreta que siguiendo el tenor literal del artículo 108.3 LJCA lo que se exige es la prestación de una garantía para responder del pago:

“la Sala entiende que el concepto indemnizaciones debidas no puede significar derecho a indemnización declarado y determinado judicialmente, ni en otros procesos ni en el que termina con la sentencia de demolición”.

El Auto de 24 de octubre de 2016 considera que: *“el juzgador que dicta la sentencia que implica la demolición para dar efectividad al artículo 108.3 LJCA, únicamente tiene que verificar la presentación de garantías suficientes, a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pueda declararse en un futuro por el daño causado por la demolición acordada o derivada de la sentencia. Y de ahí que la decisión sobre esas garantías que adopte el juzgador no determine derecho alguno al cobro de indemnización, ni prejuzgue ni condicione la resolución del procedimiento administrativo o, en su caso, el proceso judicial que pueda abrirse para la determinación de dicho derecho.*

En conclusión, no tiene el juzgador que resolver sobre la existencia o no del derecho a la indemnización, sino que hacer un juicio indiciario para el que cuenta con un criterio legal, que le proporciona el concepto terceros de buena fe, sobre cuyo alcance la Sala se pronunció en el Auto recurrido”.

De este modo, al parecer del Tribunal, pese a que el artículo 108.3 LJCA establece la obligatoriedad de prestación de garantías suficientes para responder del pago de indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, lo que en puridad el precepto exige es prestar o constituir las garantías suficientes a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pudiera declararse en el futuro. La citada interpretación del precepto es relevante en fase de ejecución de la sentencia de demolición, ya que, a mi juicio, transforma la indemnización debida prevista en el 108.3 LJCA, que debe ser objeto de afianzamiento, en la prestación de garantía sobre un eventual derecho de indemnización. El carácter debido de la indemnización tal y como exige la norma, el citado Auto de 24 de octubre de 2016, lo transforma en eventual, posible e incierto.

No cabe duda que el precepto efectivamente exige la prestación de garantías, como señala el Auto del TSJ. Ahora bien, garantías respecto de las indemnizaciones **debidas** señala el artículo 108.3 no respecto una cuantía fijada alzadamente, como establece el auto de fecha 1 de septiembre de 2016. Garantía respecto de una indemnización debida y no de una hipotética o eventual indemnización como interpretan las resoluciones judiciales comentadas.

El auto de 1 de septiembre de 2016, confirmado en reposición por el Auto de 24 de octubre, en relación a la suficiencia de la medida de aseguramiento fija la cuantía a garantizar en el precio de adquisición de las viviendas incrementado en un 30 por ciento y, por lo que respecta a la determinación de los terceros de buena fe interpreta que: *“quienes pueden considerarse terceros de buena fe, en el juicio provisional que corresponde realizar en este momento, a los solos efectos de adoptar y fijar la garantía exigida legalmente, y sin perjuicio de lo que se decida en el procedimiento de responsabilidad patrimonial futuro correspondiente que se tramite al margen de este procedimiento y al encontrarnos con edificaciones autorizadas en su día por la Administración, la Sala acuerda comprender a todos los afectados”.*

IV. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN

A mi juicio, la correcta interpretación del artículo 108.3 LJCA supone que las exigencias derivadas del mismo afectan directamente al procedimiento a seguir en la ejecución de la sentencia, dado que, por imperativo legal, antes de la efectiva demolición de las viviendas, y en el seno del procedimiento de ejecución deben constar

fielmente prestadas las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones correspondientes debidas a terceros de buena fe.

Considero que el artículo 108.3 impone al órgano judicial, en un supuesto concreto y determinado, aquél en que junto a la declaración contraria a la normativa de una construcción ordene la demolición del inmueble, la obligación de exigir como condición previa al derribo la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. De este modo, el precepto circunscribe su ámbito de aplicación a que concurran las dos circunstancias concretas descritas en el supuesto de hecho, no siendo, por tanto, de aplicación, a otros supuestos distintos. Sólo es de aplicación a los supuestos específicos en que se ordene judicialmente la demolición de un inmueble por haber declarado contrario a la normativa su construcción.

De esta forma, la L.O. 7/2015, al modificar en este aspecto la LJCA, introduce “ex novo” un trámite en el seno del propio procedimiento de ejecución de este tipo de sentencias, cual es la obligación que incumbe al órgano judicial competente para la ejecución de exigir la previa constitución de garantías suficientes que respondan ante terceros de buena fe del pago o abono de las indemnizaciones debidas, con anterioridad a proceder a la demolición.

La interpretación del artículo 108.3 LJCA no permite ni obliga a prestar garantías suficientes respecto de indemnizaciones no debidas a terceros, por muy probables que las mismas se puedan preveer. La Ley ha tenido especial cuidado de indicar que la garantía sólo debe exigirse en relación a las indemnizaciones ya debidas a terceros de buena fe y no a otros supuestos diferentes por lo que no es factible la generalización. De no seguirse esta interpretación pudiera obligarse a que, por parte de las Administraciones Públicas, supuestamente responsables de la futura lesión (derribo), se prestasen garantías respecto de indemnizaciones no debidas y además sin conocer si efectivamente los supuestos y futuros acreedores y actuales afianzados, efectivamente ostentan la consideración de terceros de buena fe.

La interpretación que efectúan los autos de referencia, a mi juicio, obvian el carácter debido de la indemnización, tal y como establece el precepto, señalando que al juzgador no le compete declarar derecho de indemnización alguno, dado que lo único que debe efectuar es verificar la presentación de garantías suficientes, a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pueda declararse en el futuro. Por tanto, la interpretación judicial efectuada supone en la práctica que primero debe ser la prestación de garantías y posteriormente, en su caso, la fijación del importe de las indemnizaciones y la determinación de los acreedores terceros de buena fe.

Lo que resulta del todo del punto vista incuestionable es que el precepto no señala como se alcanza el carácter debido de las indemnizaciones. El artículo 108.3 no hace referencia alguna al modo, procedimiento y plazo de fijación de las indemnizaciones, ya sea en vía administrativa o en sede judicial. Lo que si preceptúa es que, en todo caso, se trata de indemnizaciones debidas, no futuras o posibles sino debidas, y para que sean debidas previamente de modo inexorable debe estar fijado su importe exacto, la entidad o entidades responsables de su abono y el tercero de buena fe acreedor a la indemnización, ya que de lo contrario no nos encontraremos ante indemnizaciones debidas. Estimo que cuando el art. 108.3 habla de indemnizaciones debidas no está aludiendo a posibles indemnizaciones sino a indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles. Razón por la cual son debidas.

El Auto de 24 de octubre de 2016 se aparta de esta interpretación al considerar que el artículo 108.3 LJCA, establece un supuesto específico y sui generis de tutela judicial cautelar, al tener la decisión que adopte el órgano judicial en relación a las garantías el carácter de provisional y sumaria, propio del juicio cautelar, que ni prejuzga ni condiciona la resolución definitiva del asunto.

V. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TERCEROS DE BUENA FE

El artículo 108.3 debe ser interpretado conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 109 LJCA, entendiendo que el mandato de exigencia al órgano judicial de velar por la prestación de las garantías suficientes en relación a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, se inserta en el procedimiento de ejecución de la sentencia, incidiendo directamente en el citado procedimiento pero sin generar “ex lege” una suerte de suspensión de la ejecución sino la previsión de un trámite, por cuyo cumplimiento debe velar el propio órgano judicial competente para la ejecución sin que por ello en modo alguno escape del control judicial. De esta forma, efectuando la citada interpretación del precepto no cabe duda de su plena constitucionalidad siendo conforme con la doctrina fijada entre otras por las sentencias 92/103 y 254/2015 del Tribunal Constitucional.

No cabe duda que el precepto efectivamente exige la prestación de garantías como señalan las resoluciones judiciales comentadas, ahora bien, garantías respecto de las indemnizaciones debidas señala el artículo 108.3 no de una cuantía fijada alzada como establece el auto de fecha 1 de septiembre de 2016. Garantía respecto de una indemnización debida y no de una hipotética o eventual indemnización como interpreta el Auto de fecha 24 de octubre de 2016.

Del mismo modo, muchas dudas existen respecto del concepto de tercero de buena fe previsto en el artículo 108.3 LJCA. Para despejarlas se presenta como esencial el pronunciamiento de la Sala Tercera en los recursos de casación interpuestos frente a las resoluciones judiciales adoptadas en los diferentes procesos de ejecución de sentencias que ordenan la demolición de viviendas en Cantabria.

En primer lugar, surge la duda de si el concepto se limita al tercero de buena fe previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria o es un concepto más amplio que abarca a cualquier adquirente o titular de un derecho sobre el inmueble objeto de demolición. El auto de 1 de septiembre de 2016 considera que por tercero de buena fe se entiende cualquier afectado al tratarse de edificaciones autorizadas en su día por la concesión de la correspondiente licencia de edificación. En este sentido basta con que la edificación cuente con el correspondiente título administrativo habilitante (licencia) para que el adquirente del inmueble tenga la consideración de tercero de buena fe. Por tanto, un concepto más amplio que el tercero de buena fe hipotecario contemplado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en su razonamiento jurídico cuarto el Auto, cuando señala el importe a garantizar, lo circunscribe a los titulares del derecho de propiedad sobre el inmueble objeto de demolición (actuales propietarios). De esta forma, esta excluyendo implícitamente del concepto de tercero de buena fe, respecto de cualquier otro titular de un derecho sobre el bien inmueble a derribar, como los arrendatarios, usufructuarios etc. Carecen, por ello, los titulares de los citados derechos de la posibilidad o mejor dicho obligación, de que se garanticen las indemnizaciones correspondientes por la ablación de sus derechos como consecuencia de la demolición de los inmuebles. Estimo que el concepto de tercero de buena fe debe abarcar no sólo a los legítimos titulares de los inmuebles sino también, en su caso, a los titulares de otros derechos que pueden concurrir sobre las viviendas. Piénsese el supuesto de un inmueble con sentencia firme de derribo que pertenece a tres hermanos que lo han heredado de su padre fallecido y sobre el que la cónyuge viuda del difunto ostenta un derecho de usufructo vitalicio (cautela socini) así reconocido expresamente en testamento. En el supuesto de que efectivamente concurrieran los supuestos legamente exigidos para que fuese viable una acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento en este caso anormal de la Administración (derivado de la anulación judicial de la licencia y subsiguiente demolición), no cabe duda que junto a la indemnización correspondiente al valor del inmueble sería preciso indemnizar a la usufructuaria por la extinción de su derecho y, obviamente la obligación de afianzamiento abarcaría el citado derecho ostentado la viuda el carácter de tercera de buena fe.

Dudas interpretativas que igualmente se extienden al concepto de suficiencia de la garantía a prestar y más cuando las Administraciones Públicas están exentas de la prestación de garantías. A estos efectos baste recordar lo dispuesto en el artículo 35.1.g) de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía para Cantabria que indica que la Comunidad Autónoma de

Cantabria está exenta de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces y tribunales de cualquier jurisdicción. En relación a la suficiencia de la garantía la duda se despeja si las indemnizaciones estuvieran fijadas previamente, en cambio, en el supuesto contrario, el alcance de las mismas se presenta con un alto grado de aleatoriedad. No atender al carácter debido de la indemnización, fijando como importe de la garantía una cuantía basada en el precio de adquisición aumentada en un 30 por ciento, a mi juicio tampoco da cumplimiento a lo establecido en el precepto, dado que no se trata en modo alguno de la garantía del pago de una indemnización debida a un tercero de buena fe. Aunque en ese caso es cierto que la suficiencia de la indemnización a priori esta cubierta respecto del propietario del bien.

El artículo 108.3 LJCA impone como deber del órgano judicial encargado de la ejecución determinar de forma concreta quienes son los terceros de buena fe a los que se debe garantizar el pago de las indemnizaciones debidas, ya que sólo ellos deben ser titulares del objeto de garantía suficiente quedando excluidos los que no ostenten tal condición. Tal determinación sólo se puede efectuar mediante ratificación de lo señalado en vía administrativa o exigiendo su previa determinación por los procedimientos legalmente establecidos utilizando para ello los mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla. Por este motivo, la declaración de improcedencia de trámite alguno para su determinación, con independencia de las presunciones existentes, entiendo no da cumplimiento al mandato legal establecido en el artículo 108.3 LJCA. Resulta inquestionable que la buena fe se presume, artículo 434 del Código Civil, pero la concreta determinación de los terceros que ostentan tal condición con base en criterios definitivos resulta una obligación del órgano encargado de la ejecución.

VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS.

El término **debidas** no deja lugar a otra interpretación de que la indemnización deba estar fijada o establecida claramente, por el procedimiento que legalmente corresponda y que, en trámite incidental el órgano judicial debe velar por la prestación de las garantías suficientes que afiancen su abono, es decir, el pago de la indemnización debida sólo a los terceros de buena fe. O la indemnización está fijada en vía administrativa o se deber cuantificar y fijar claramente con anterioridad a la demolición y a la previa constitución de garantías.

Obviamente si un órgano judicial considera que la correcta interpretación del artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional supone una suerte de suspensión de su potestad de ejecutar lo juzgado por la necesaria y previa intervención de otras entidades deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 108.3 ante el Tribunal Consti-

tucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El auto de 24 de octubre de 2016, como he señalado, considera que el artículo 108.3 LJCA establece un supuesto específico y sui generis de tutela judicial cautelar, cuando el precepto interpretado se enmarca, como he señalado, dentro del Capítulo IV del Título IV relativo a la ejecución de sentencias al margen, por tanto, de la regulación de las medidas cautelares previstas en el Capítulo II del Título VI de la LJCA. Medida cautelar adoptada con independencia de si efectivamente como consecuencia de la demolición acordada surgen supuestos indemnizatorios a favor de terceros de buena fe que han visto suprimidos sus legítimos derechos por una irregular actuación administrativa de concesión de licencias declaradas ilegales.

El intento de separar la obligación de velar por la constitución de garantías suficientes que respondan de las indemnizaciones a terceros de buena fe del hecho de que efectivamente las indemnizaciones estén previamente fijadas con anterioridad al derribo de las edificaciones, constituye una buena construcción jurídica que, a mi juicio, tiene el inconveniente de lo dispuesto en el artículo 108.3 LJCA cuando caracteriza expresamente a las indemnizaciones como debidas. Si es debida es porque es líquida, vencible y exigible y, además tras la reforma debe ser garantizada con anterioridad a la demolición. Si no presenta esas características es porque no es debida.

Considero que el legislador fue muy consciente a la hora de fijar el carácter debido de la indemnización que no lo hizo por capricho. Que fue muy consciente de la trascendencia práctica de su enunciado. Y ello porque una secuencia lógica del proceso prefigura el siguiente iter temporal: licencia de construcción, anulación de la licencia por sentencia firme que ordena la demolición, declaración de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la sentencia de demolición, aseguramiento del abono de la citada indemnización y, por último, demolición que es efectivamente cuando se produce la lesión como daño antijurídico.

VII. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por todas sentencias de fecha 31 de mayo de 2011, RC 944/2007 y sentencia de fecha 6 de junio de 2011, RC 1380/2007, ha señalado que la lesión como requisito imprescindible para que nazca un derecho de indemnización en el supuesto de resoluciones que ordenen el derribo de un inmueble amparado por licencia como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la misma, exige como requisito imprescindible su efectividad la cual

se alcanza precisamente con la demolición del bien. Así es preciso que se produzca efectivamente la demolición para que a partir de ese momento se produzca la efectividad del daño y, por tanto, la generación del derecho a la indemnización siempre y cuando concurren el resto de presupuestos del instituto de la responsabilidad patrimonial configurados en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De esta regla general, la jurisprudencia únicamente excluye entre otros los llamados daños morales sufridos por los titulares de derechos que pueden ser efectivos a partir del dictado de las resoluciones que ordenen el derribo y otros tipos de daños que materialmente se pueden producir con el dictado de una sentencia de derribo.

“Si en esa sentencia indicáramos que “tal demolición no se ha llevado a cabo e incluso se están planteando soluciones alternativas al efecto, que en cualquier caso y aun cuando de momento no hayan prosperado, lo que es indiscutible es que la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación formulada por el Ayuntamiento, que es libre de reclamar sucesivamente los gastos parciales que la ejecución le vayan suponiendo en lugar de atender al resultado final de la ejecución, pero que no puede fundar su reclamación en la exigencia de unos perjuicios o gastos posibles o eventuales que al no haberse materializado carecen de la condición de daño real y efectivo que resulta exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se reclama. Menos justificación tiene la genérica referencia al reintegro de todos los gastos necesarios que se le produzcan como consecuencia de la orden de demolición de lo construido, que además de no concretarse se refieren a eventuales daños que carecen igualmente del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración como fundamento de una reclamación de esta naturaleza” (fundamento de derecho sexto, último párrafo), lo mismo debemos decir ahora, en cuanto al daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

Cierto es que con la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos no encuadrables en el daño moral reconocido y del que más tarde nos ocuparemos, y valga a título de ejemplo los expresados por los recurrentes en el escrito de interposición (imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición ya no solo por los adquirentes sino también por la promotora; imposibilidad o dificultad de que dichos inmuebles garanticen obligaciones; imposibilidad de ejecución derechos de mejora, de reforma, etc.), pero no es menos cierto que esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura”.

Sentada la anterior premisa he de señalar que ello no es óbice para que, sin perjuicio de la no demolición de la construcción, las Administraciones puedan indemnizar a los titulares de derechos sobre las viviendas tras la tramitación de los correspondientes procedimientos siempre que tras la resolución que ordene el derribo, se ponga el inmueble a disposición de la Administración. De este modo, hasta la introducción del 108.3 LJCA, nuestro ordenamiento jurídico permitía indemnizar antes de derribar si así la Administración y el perjudicado lo acordaban, pero en el supuesto de que la Administración no se aquietara no se la podía obligar a indemnizar antes de la demolición dado que el daño no es efectivo y, por tanto, no se cumplía uno de los requisitos del daño junto a su individualización, cuantificación y antijuridicidad.

De este modo, sin derribo no existe el daño material efectivo y, por ende, no se genera derecho a la indemnización. Ahora bien, el legislador concededor de esa situación, a través del artículo 108.3 LJCA considero que ha pretendido de forma intencionada alterar ese régimen y, en el supuesto de hecho concreto y específico de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles (viviendas) sea necesario y no sólo facultativo que con carácter previo a la demolición deban estar fijadas las indemnizaciones procedentes a los terceros de buena fe titulares de derechos sobre los inmuebles afectados. Fijadas las indemnizaciones y garantizado su pago de modo efectivo. Considero más que probable que el legislador haya buscado esa alteración de modo consciente, que antes de efectivamente derribar en todo caso las indemnizaciones estén determinadas y además que el órgano judicial se asegure que estén adoptadas las garantías precisas que aseguren su pago por parte de las Administraciones responsables. Lo que hasta el 1 de octubre de 2015 era una posibilidad tras la L.O. 7/2015 se ha convertido en una obligación, en un deber de cuyo cumplimiento el órgano judicial debe velar por mandato legal.

De este modo, si que se garantiza de modo real y efectivo el derecho de los legítimos titulares de derechos sobre los inmuebles objeto de demolición con carácter previo a la misma. Así, nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la previa y justa indemnización por el valor de los derechos que van a ser objeto de ablación, y garantizado su pago. El artículo 33 de la Constitución Española consagra que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la correspondiente indemnización de conformidad con lo dispuesto en las Leyes. Previa indemnización que en aras de la garantía del derecho de propiedad, no se debe circunscribir exclusivamente al ámbito específico del instituto de la expropiación forzosa sino también a aquellos supuestos en los que los legítimos propietarios de derechos sobre bienes inmuebles (viviendas) por cuestiones ajenas a ellos y debido a un funcionamiento anormal de los servicios públicos se vean privados de ellos. A estos efectos, cabe recordar la estrecha vinculación existente entre el instituto de la responsabilidad patrimonial y el de expropiación forzosa hasta el punto que el reconocimiento legal de aquella se produjo en nuestro país por primera vez en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Por tanto, no se puede demoler sin que previamente estén fijadas las justas indemnizaciones y garantizado su abono por parte de la Administración responsable. Determinación de la cuantía, de los terceros de buena fe y de su aseguramiento, todo ello dentro del proceso de ejecución de las sentencias de derribo y por tanto, en la esfera de la estricta competencia del órgano judicial responsable de la ejecución de forma plenamente respetuosa con el artículo 117 de la Constitución Española. Bien porque la determinación de la indemnización se haya producido en vía administrativa o, en su defecto, dentro del seno del proceso de ejecución de sentencia.

VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2017, RC 477/2016.

El TS ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse al menos parcialmente en relación al artículo 108.3 LJCA.

Tres son las consideraciones fundamentales de la citada sentencia. La primera de ellas, relativa a que el 108.3 LJCA es de aplicación en los incidentes de ejecución de sentencia que ordenen el derribo que se planteen con independencia del momento concreto en que se inició el pleito o el incidente de ejecución, es decir, también a las ejecuciones de las sentencias de fecha anterior a la entrada en vigor del artículo 108.3.

La segunda consideración viene dada en la afirmación que el 108.3 LJCA no se puede plantear al amparo del artículo 105 LJCA como un supuesto de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencia.

La tercera, consiste en que el 108.3 LJCA se inserta en el proceso de ejecución de sentencia, como una fase más de la misma, estableciendo un deber de hacer consistente en garantizar las indemnizaciones a los terceros de buena fe, deber de hacer, cuya verificación, recae sobre el órgano judicial encargado de la ejecución.

Ahora bien, tres cuestiones esenciales en relación a la interpretación del precepto no están resueltas por la sentencia del Alto Tribunal y deberán resolverse próximamente al fallar los recursos de casación pendientes.

La primera de ellas, el carácter debido de las indemnizaciones, tal y como señala el precepto. La segunda, el concepto de terceros de buena fe. Y la tercera, el alcance, en relación al artículo 108.3 LJCA, de la exención legalmente prevista, de las Administraciones Públicas de prestar garantías ante los órganos jurisdiccionales.

Tres cuestiones esenciales sobre las que se hace preciso un pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que arroje luz sobre los interrogantes que se presentan y, sobre las dudas de constitucionalidad del precepto.

MESA REDONDA SEGUNDA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL LEGISLATIVO

**EL DECRETO-LEY Y SUS CONTROLES:
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Y FISCALIZACIÓN PARLAMENTARIA**

Ana Carmona Contreras
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. EL DECRETO-LEY EN SU CONTEXTO ORIGINARIO; II. LA NORMALIZACIÓN DE LO EXTRAORDINARIO: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: 1. SOBRE EL DECRETO-LEY COMO FUENTE DEL DERECHO; 2. LA INTERPRETACIÓN DE LA “URGENTE NECESIDAD” Y SU CONTROL EXTERNO; III. EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL DECRETO-LEY: SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL VERSUS ALTERACIÓN REGLAMENTARIA; IV. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ESCASA OPERATIVIDAD PRÁCTICA DE LOS CONTROLES SOBRE EL DECRETO-LEY.

I. EL DECRETO-LEY EN SU CONTEXTO ORIGINARIO

En 1978 nuestro constituyente no dudó sobre la necesidad de incorporar el decreto-ley al sistema de fuentes del derecho diseñado por la Norma Suprema. Con la experiencia todavía reciente de la profusa utilización que dicho instrumento normativo tuvo durante el franquismo y precisamente como reacción a la misma, el debate se centró en acometer una regulación estricta. Inspirado por tal finalidad, el artículo 86 de la Constitución Española, (en adelante CE), vincula el uso del decreto-ley a la concurrencia de situaciones de “extraordinaria y urgente necesidad”, aunque vetando que se pueda afectar un nutrido bloque de materias, a saber, “al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general”. Sin poder profundizar en tan importante cuestión y llamando la atención sobre la incoherencia que supone abrir la puerta al legislador de urgencia para, inmediatamente a continuación cerrar el paso a la regulación de ciertos ámbitos materiales (la urgencia

no conoce límites), lo cierto es que en la práctica se ha impuesto un entendimiento matizado de la prohibición constitucional que ha reducido sustancialmente su significado. En efecto, la imposibilidad de afectar establecida por la Constitución no puede ser entendida como un veto absoluto que impide toda acción normativa al decreto-ley en relación con el campo material acotado, ya que como muy tempranamente puso de manifiesto el Tribunal Constitucional tal entendimiento condenaría irremisiblemente al decreto-ley a la inoperancia, impidiendo su uso²⁶⁵. Precisamente con la finalidad de neutralizar tal efecto, la jurisprudencia constitucional identifica dicho término con la proscripción de regulaciones de carácter general u orientadas a establecer los rasgos estructurales básicos de una institución, que impliquen restricciones de derechos o, asimismo, que lesionen su contenido esencial. A sensu contrario, por tanto, emerge un ámbito regulador accesible a la acción del decreto-ley, quedando éste habilitado para establecer previsiones de carácter sectorial, accesorio o incidental en relación con los bloques materiales señalados por el artículo 86.1 CE.

La nota de provisionalidad que acompaña la normativa gubernamental, por su parte, trae aparejada una condición de precariedad existencial cuya superación en el período previsto de 30 días se hace depender de la concurrencia de voluntad parlamentaria, la cual es susceptible de manifestarse que a través de dos vías diferentes: la convalidación (artículo 86.2 CE) en la que sólo se pronuncia el Congreso y únicamente con la facultad de aprobar o rechazar el texto remitido por el Ejecutivo y la conversión en ley (artículo 86.3 CE), procedimiento en el que se da entrada al Senado y queda abierta la puerta a la incorporación de enmiendas sobre el decreto-ley originario.

Así planteada la cuestión en sede constitucional, teóricamente cabía auspiciar que la potestad gubernamental de urgencia desplegara una virtualidad restringida, limitándose a actuar en supuestos fácticos cualificados por su carácter urgente y extraordinario²⁶⁶. Tal percepción de partida, sin embargo, quedó inmediatamente desvirtuada, puesto que ya desde la misma entrada en vigor de la Constitución el uso recurrente al decreto-ley puso de manifiesto un entendimiento no sólo menos estricto sino progresivamente más permisivo, lo que ha traído consigo su radical transformación práctica. Prueba elocuente de la situación creada es el abultado número (548) de decretos-leyes aprobados a lo largo de estos años²⁶⁷. Un análisis cualitativo del fenómeno, asimismo, deja en evidencia el recurso cada vez más frecuente de la legislación gubernamental de urgencia para llevar a cabo regulaciones de amplio calado referidas a sectores materiales muy diversos, con lo que ello implica en términos de reducción paulatina del espacio normativo accesible a la ley parlamentaria (acantonada en un terreno operativo cada vez más exiguo).

²⁶⁵ STC 6/1983, FJ 4.

²⁶⁶ En tal sentido se pronunciaba la temprana contribución de J. SALAS HERNÁNDEZ, *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid: Civitas, 1979, p. 29.

²⁶⁷ Número contabilizado a 30 de marzo de 2018, fecha de cierre de este trabajo.

Las causas explicativas de tal situación, como se verá en este trabajo, apuntan directamente hacia la debilidad operativa que en la práctica han demostrado los controles sobre el decreto-ley previstos en la Constitución. En la esfera política, la nota predominante ha sido el rol eminentemente marginal asumido por el Congreso de los Diputados con ocasión de la convalidación de la normativa gubernamental de urgencia. A una conclusión similar se llega atendiendo a la actitud escasamente incisiva desplegada por el TC frente a los decretos-leyes impugnados ante su jurisdicción, limitándose a avalar, salvo excepciones puntuales, su constitucionalidad, avalando la existencia del presupuesto habilitante de la urgente necesidad. La acción concurrente de ambos elementos ha venido a respaldar una situación de abuso creciente que, al hilo de la severa crisis económica que ha atravesado España a partir de 2008, ha experimentado un exponencial agravamiento, que ha desembocado en lo que M. Aragón ha calificado justamente como «desbordamiento del marco constitucional»²⁶⁸.

II. LA NORMALIZACIÓN DE LO EXTRAORDINARIO: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. Sobre el decreto-ley como fuente del derecho:

La indeterminación en la formulación de la cláusula habilitante que abre la puerta al uso del decreto-ley confiere al Gobierno un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de su concurrencia. No estamos, sin embargo, ante una potestad carente de límites constitucionales y tampoco frente a una cláusula vacía de contenido. Así lo manifestó el TC desde su primera resolución en la materia, afirmando expresamente que «el peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso reconocer al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del TC, en cuanto sea necesario para garantizar un uso del decreto-ley adecuado a la Constitución»²⁶⁹. Este modo de concebir el presupuesto fáctico que habilita el recurso al decreto-ley en sede gubernamental adquiere una fundamental relevancia práctica, sirviendo para circunscribir los márgenes dentro de los que el TC ejerce su control. En tanto que legislador negativo, dicho órgano viene a adoptar una postura de acusada auto-restricción que se concreta en una intensa deferencia hacia la valoración política realizada por el Gobierno a resultas de la cual una eventual declaración de inconstitucionalidad se limita por lo general a casos de uso abusivo o arbitrario en los que se detecta una manifiesta ausencia del presupuesto de hecho²⁷⁰.

²⁶⁸ M. ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, p. 33.

²⁶⁹ STC 29/1982, FJ 2.

²⁷⁰ *ibidem*.

La ductilidad inherente al planteamiento adoptado por el TC, a su vez, va a permitir identificar el presupuesto habilitante con «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»²⁷¹. Gracias a este enfoque, en cuya base se encuentra una «consideración flexible y matizada del decreto-ley», se confiere al mismo una renovada funcionalidad que se concreta en la afirmación de su genérica aptitud para «dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual»²⁷². Concebido en estos términos, deviene inevitable que la pretensión de excepcionalidad que anidaba en la base del diseño constitucional comience a desvanecerse bajo el poderoso influjo de la realidad circundante. Porque en el contexto del Estado social intervencionista, dominado por la necesidad de actuar sobre una realidad compleja que exige continuamente a los poderes públicos respuestas rápidas y expeditivas, el decreto-ley se perfila como un instrumento especialmente cualificado. Es una valiosa herramienta a la que acudir para dotar de cobertura normativa a todas aquellas situaciones con respecto a las que, según la perspectiva subjetiva del Gobierno, la premura reguladora se erige en condición determinante²⁷³.

Es precisamente esta línea interpretativa la que permitirá al TC afirmar la especial capacidad de dicha fuente para afrontar «coyunturas económicas problemáticas» en las que la inmediatez de la respuesta normativa se erige en condición esencial²⁷⁴. Ahora bien, aunque como indica De la Iglesia, crisis y decreto-ley son términos «emparentados»²⁷⁵ (y basta para corroborarlo el uso masivo del mismo que, con ocasión de la reciente crisis que ha sufrido nuestro país, han llevado a cabo los diferentes Gobiernos que se han sucedido en el poder), el TC ha extendido el radio de acción accesible a la normativa gubernamental y ha admitido también su uso para gestionar otros contextos diversos, siempre y cuando aparezcan cualificados por las notas de gravedad y excepcionalidad²⁷⁶. Avanzando un paso más en la senda de la flexibilización, la inicial exigencia de imprevisibilidad ha sido posteriormente preterida, al considerar que lo determinante es que la gravedad exista y que exija ser afrontada con celeridad, esto es, en un tiempo menor que el requerido por el procedimiento legislativo de urgencia²⁷⁷.

La toma en consideración de los razonamientos hasta aquí expuestos conduce a la conclusión de que la potestad normativa recogida en el artículo 86 CE es susceptible

²⁷¹ STC 6/1983, FJ 5.

²⁷² STC 6/1983, FJ 6.

²⁷³ A. M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 122.

²⁷⁴ STC 23/1993, FJ 6.

²⁷⁵ A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, “Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular de los decretos-leyes nacionales y autonómicos”, en *Revista Estudios de Deusto*, n. 61, 2, 2013, p. 70.

²⁷⁶ STC 31/2011, FJ 6.

²⁷⁷ STC 11/2002, FJ 6.

de ser activada en toda aquella circunstancia fáctica que presenta rasgos de excepcionalidad o gravedad y con respecto a la que el Ejecutivo estima pertinente articular una inmediata respuesta normativa²⁷⁸. De este modo, la percepción subjetiva del presupuesto habilitante, unida a la valoración preferente que merece la premura de su regulación se afirman como criterios fundamentales que dejan expedita la vía para el recurso habitual al decreto-ley. Planteada la cuestión en estos términos vuelve a constatarse que la inicial aproximación constitucional teórica en clave de excepcionalidad al dicha fuente del derecho ha sido eliminada bajo el influjo de un creciente proceso de normalización que, como ya indicara tempranamente J. Pérez Royo, permite identificarla con la «ley a secas»²⁷⁹.

2. La interpretación de la “urgente necesidad” y su control externo:

Como contrapunto a la amplia discrecionalidad que asiste al Gobierno y movido por la necesidad de fijar un mayor grado de seguridad jurídica, el TC individualiza un adicional criterio de control: exigir una referencia explícita y razonada sobre «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-leyes enjuiciados»²⁸⁰. En relación a este punto, hemos de recordar que la actitud escasamente rigurosa mantenida a la hora de verificar su cumplimiento ha traído consigo la aceptación de justificaciones despojadas de la concreción exigida y sustentadas sobre escuetos razonamientos. Que hayan tenido que transcurrir mas de cinco lustros de jurisprudencia constitucional para que se dicte una sentencia (la 68/2007) que declara inconstitucional un decreto-ley por defecto de urgente necesidad constituye una elocuente prueba en tal sentido. En dicha resolución, el Tribunal sostuvo para apoyar su juicio negativo que el uso de «fórmulas rituales o meramente vacuas» para identificar la situación de urgencia concurrente no satisface la exigencia de justificación a cargo del Ejecutivo²⁸¹. En cualquier caso, debemos aclarar que este *modus operandi* se perfila como excepción²⁸² a la que sigue siendo la regla general, esto es, la aplicación por el TC de un criterio laxo y permisivo con respecto a las apreciaciones gubernamentales.

Otro aspecto de la STC 68/2007 que debe reseñarse a este respecto es la afirmación de un ulterior deber de motivación a cargo del Gobierno, que queda obligado a justificar «los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación //...// por el procedimiento legislativo ordinario»²⁸³. De no ser así, la

²⁷⁸ A. M. CARMONA CONTRERAS, *ob. cit.*, p. 102.

²⁷⁹ J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 139.

²⁸⁰ STC 6/1983, FJ 5.

²⁸¹ STC 68/2007, FJ 9.

²⁸² En efecto, la exigencia por el Tribunal de una mayor precisión en los argumentos y justificaciones utilizadas por el Gobierno se manifiesta de forma aislada en contadas resoluciones: las SSTC 27/15, 126/16 y 169/16.

²⁸³ STC 68/2007, FJ 10.

vía para la declaración de inconstitucionalidad del recurso al decreto-ley por ausencia del presupuesto habilitante queda expedita. No obstante, la virtualidad práctica de tal mecanismo no aparece respaldada en la práctica, no sólo como consecuencia de la residual infrutilización que el mismo presenta en la jurisprudencia constitucional²⁸⁴, sino también por el proceso de intensa difuminación que el mismo ha experimentado. En efecto, el TC ha venido a rechazar expresamente que el Ejecutivo deba formular «una justificación expresa e individualizada de la inadecuación del procedimiento legislativo para atender a tiempo los objetivos gubernamentales»²⁸⁵. Antes bien, sigue razonando el tribunal, el elemento determinante que ha de considerarse es que «sea posible inferir la existencia de la urgencia a partir de la valoración conjunta de la justificación esgrimida»²⁸⁶.

Un segundo elemento orientado a reforzar el control ejercido por el juez constitucional nos sitúa ante la necesidad de que exista **conexión de sentido** o si se prefiere, una relación de congruencia entre la situación considerada urgente por el Ejecutivo y la respuesta normativa con que se afronta por parte del decreto-ley. Mediante tal requisito, como ya fue señalado en su momento por Pedro Cruz²⁸⁷, la cláusula habilitante adquiere una clara dimensión «bifuncional», dado que entre los dos vectores concernidos (realidad/norma) se ha de establecer un imprescindible nexo teleológico (causa/efecto). Un análisis de la jurisprudencia constitucional en este punto vuelve a poner de manifiesto su reducida operatividad práctica como consecuencia del escaso celo aplicado por el Tribunal en su verificación que conduce a aceptar la apelación a circunstancias marcadamente genéricas por parte del Gobierno. Sobre la base de tal aproximación, su actuación se limita a realizar un mero juicio de razonabilidad que rechaza la formulación de «valoraciones políticas o relativas a la bondad técnica de las medidas adoptadas»²⁸⁸. Los términos del control discurren, pues, por cauces externos que únicamente reservan la tacha de inconstitucionalidad para supuestos de manifiesta incongruencia o palmaria arbitrariedad²⁸⁹.

III. EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL DECRETO-LEY: SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL VERSUS ALTERACIÓN REGLAMENTARIA

Para afrontar esta cuestión, a modo de premisa, es preciso recordar que el decreto-ley es producto exclusivo de la voluntad mayoritaria del Ejecutivo y no del principio pluralista que configura el ADN parlamentario. Precisamente por tal razón las dis-

²⁸⁴ Vid. las SSTC 31/11, 137/11, 126/16 y 169/16.

²⁸⁵ STC 93/2015, FJ 6.

²⁸⁶ STC 93/2015, FJ 9 b).

²⁸⁷ P. CRUZ VILLALÓN, “Tres sentencias sobre el decreto-ley”, en AA.VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, p. 148.

²⁸⁸ STC 111/1983, FJ 4.

²⁸⁹ STC 182/1997, FJ 3.

posiciones gubernamentales de urgencia adolecen de una «legitimidad democrática inferior a la ley»²⁹⁰. Esta circunstancia explica que nazcan con fecha de caducidad, esto es, que sean normas inicialmente provisionales, de tal manera que su incorporación estable al ordenamiento jurídico se hace depender de la manifestación de voluntad parlamentaria en un plazo máximo de 30 días. Es precisamente a través de los mecanismos de intervención previstos –convalidación y conversión– cuando las Cámaras recuperan su natural espacio funcional (potestad legislativa) y lo hacen desarrollando una actividad fiscalizadora que tiene como objetivo avalar (ratificar) o rechazar (derogar) la normativa gubernamental. Estamos, pues, ante una manifestación específica del control parlamentario que se ubica en la idea más amplia de controles entre órganos y poderes y, cuya finalidad esencial es articular un sistema de frenos y contrapesos que pivota sobre «los principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones»²⁹¹. Así enfocado el tema, constatamos que la práctica acumulada en este terreno a lo largo de estos años arroja una imagen nítida en la que el Congreso ha avalado sistemáticamente los decretos-leyes remitidos desde el Gobierno para su convalidación. De hecho, los supuestos de rechazo resultan excepcionales, reduciéndose tan solo a dos casos (en 1979 y 2017, respectivamente).

La afirmación de un contexto caracterizado por la existencia de un alto grado de cohesión política entre mayoría parlamentaria y Gobierno, basada en una fuerte disciplina de partido que logra un eficaz efecto de homogeneización interinstitucional²⁹², se muestra como principal factor que explica esta situación. Porque, como justamente recuerda J. García Roca, «el Estado de partidos ha transformado las reglas y principios del parlamentarismo. También lo ha sometido a una *teatralización*, incluidos los de control, pensados en su ejercicio de cara a los medios de comunicación social antes que a la discusión en la propia sede parlamentaria»²⁹³. Atendiendo a esta perspectiva analítica, no es casual que el segundo de los dos decretos-leyes derogados²⁹⁴ haya tenido lugar en la presente legislatura, caracterizada por un novedoso panorama de fragmentación política en sede parlamentaria como consecuencia de la irrupción en la escena de nuevos partidos (y el

²⁹⁰ A. M. CARMONA CONTRERAS, *ob. cit.*, p. 233.

²⁹¹ J. GARCÍA ROCA, “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, en *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, n. 37, 2017, pp. 6/7.

²⁹² De tal manera que el tradicional binomio liberal Parlamento-Gobierno es desplazado en la práctica por otro diverso en el que los vectores aparecen integrados, de un lado, por el continuum mayoría parlamentaria-Gobierno y, de otro, por las fuerzas de oposición reunidas en las cámaras.

²⁹³ J. GARCÍA ROCA, “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, *ob. cit.*, p. 8.

²⁹⁴ La norma en cuestión es el RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). Sobre el debate de convalidación desarrollado ante el Congreso de los Diputados, vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, n. 39, 16 de marzo de 2017. El resultado de la votación fue el siguiente: 142 votos a favor, 175 en contra y 33 abstenciones.

consiguiente cuestionamiento del bipartidismo precedente), que está poniendo en graves aprietos al Gobierno en minoría presidido por Mariano Rajoy, el cual se topa constantemente con serias dificultades a la hora de recabar los apoyos necesarios para sacar adelante sus propuestas legislativas en general y las de urgencia, en particular²⁹⁵.

Es precisamente en este contexto de debilidad gubernamental en el que ha cobrado un renovado vigor la necesidad del control desarrollado en el Congreso como cauce que brinda a las minorías la ocasión para posicionarse frente a la normativa gubernamental, manifestando sus discrepancias y alternativas²⁹⁶. Un posicionamiento cuyo significado constitucional se comprende tomando en consideración la excepción del procedimiento legislativo parlamentario que supone el decreto-ley, abriendo un cauce para la restitución a la oposición de su rol natural en el proceso parlamentario de creación de la voluntad general.

Un entendimiento completo de la cuestión, por lo demás, exige recordar que la convalidación se presenta como trámite preceptivo que se desarrolla únicamente ante la Cámara baja y que circunscribe su margen de actuación a la alternativa de tomar o dejar en bloque la normativa emanada por el Gobierno (artículo 86.2 CE). La actividad parlamentaria discurre, pues, a través de cauces exigüos que sólo permiten la ratificación o la derogación del decreto-ley en cuestión. Sólo se dará entrada al Senado y, asimismo, resultará posible introducir enmiendas en la normativa originaria si inmediatamente a continuación de ser aprobada la convalidación se acuerda por mayoría la apertura del procedimiento de conversión en ley previsto en el artículo 86.3 CE²⁹⁷. En relación con esta segunda vía, que claramente refuerza la capacidad parlamentaria de intervención sobre las decisiones gubernamentales, permitiendo su modificación, los datos extraídos de la práctica dejan en evidencia un revelador nivel de infrutilización, puesto que sobre un total de 546 decretos-leyes convalidados tan sólo 100 han seguido el trámite de conversión. En términos porcentuales esto significa que poco más del 18% de la normativa gubernamental ha transitado por el procedimiento parlamentario en ambas Cámaras y que, asimismo, éstas han podido ejercer su potestad de enmienda sobre aquélla.

²⁹⁵ No es casualidad que el número de decretos-leyes emanados del Gobierno haya disminuido drásticamente con respecto a la situación existente en las legislaturas inmediatamente precedentes, caracterizadas por el uso recurrente a dicha figura normativa.

²⁹⁶ Estamos ante una clara manifestación de lo que M. ARAGÓN REYES, «Gobierno y forma de gobierno: Problemas actuales», en M. ARAGÓN REYES/A. J. GÓMEZ MONTORO (coords.). *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 57-58, denomina control parlamentario «en sentido amplio», esto es, «toda la actividad de las Cámaras destinada a fiscalizar la acción (normativa y no normativa) del Gobierno (o de otros entes públicos), lleve o no aparejada la posibilidad de exigencia de responsabilidad política inmediata. Junto con el control que se realiza a través del voto popular, el control parlamentario constituye (o debe constituir) uno de los medios más específicos y más eficaces del control político».

²⁹⁷ Así se desprende del tenor literal del artículo 151 del Reglamento del Congreso de los diputados, cuyo apartado 4 dispone que: «Convalidado un Real Decreto-Ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se tramite como proyecto de Ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la Cámara. Si ésta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución».

A la vista de los datos expuestos, que confirman el indiscutible protagonismo asumido por la convalidación, resulta imprescindible atender la regulación que la misma presenta en el Reglamento del Congreso de los diputados (artículo 151). Siendo el momento en el que las minorías que integran la oposición desarrollan su natural función de fiscalización de la acción llevada a cabo por el Ejecutivo, obligándolo «a informar a las Cámara y rendir cuentas, permitiendo del derecho de los ciudadanos a recibir información»²⁹⁸, deviene ineludible articular un procedimiento en el que ésta se lleve a cabo efectivamente, habilitando un espacio adecuado. Tal expectativa, sin embargo, no se ha verificado en la práctica, según se desprende del artículo 151.2 RCD, en el que dispone lo siguiente: «Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad».

Para entender las implicaciones procedimentales que se derivan de esta última modalidad de debate, hemos de dirigir nuestra atención a lo dispuesto en el artículo 74.2 del RCD, el cual establece lo siguiente: «Si el debate fuera de los calificados como de totalidad, los turnos serán de quince minutos, y, tras ellos, los demás Grupos Parlamentarios podrán fijar su posición en intervenciones que no excedan de diez minutos». Esta aproximación reglamentaria a la cuestión²⁹⁹, que fue considerada por P. Santolaya hace ya 30 años como «uno de los mayores problemas para la consideración de los decretos-leyes como instrumentos plenamente democráticos en el ordenamiento jurídico español»³⁰⁰, ha experimentado un preocupante agravamiento en los últimos tiempos. En un contexto de fondo en el que la acción normativa ha tendido a ser monopolizada por el Gobierno tantos en términos cuantitativos (dado su abultado número) como cualitativos (atendiendo a sus amplios contenidos) a través de su potestad legislativa de urgencia (tendencia que ha alcanzado cotas espectaculares en la última década con ocasión de la crisis económica que ha azotado a nuestro país), la regulación reglamentaria de la convalidación se torna, si cabe, todavía más preocupante desde la perspectiva de la calidad democrática de nuestro sistema de producción jurídica.

Mención especial merecen, en este sentido, los decretos-leyes ómnibus o de contenido transversal que tanto han proliferado en los últimos tiempos con ocasión de la emer-

²⁹⁸ J. GARCÍA ROCA, “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, *ob. cit.*, p. 13.

²⁹⁹ Es cierto que el propio Reglamento del Congreso establece una cláusula flexibilizadora en materia de organización de los debates, atribuyendo al Presidente de la Cámara la facultad para ordenarlos «oída la Junta de Portavoces, y, valorando su importancia, ampliar o reducir el número y el tiempo de las intervenciones de los Grupos Parlamentarios o de los Diputados, así como acumular, con ponderación de las circunstancias y Grupos y materias, todas las que en un determinado asunto puedan corresponder a un Grupo Parlamentario» (art. 73.2 RCD). Sin embargo, en nuestra opinión, aunque esta previsión, llegado el caso, ofrece un cierto contrapunto a la rigidez procedimental de la convalidación, porque permite abrir un espacio adicional para un debate dotado de mayor profundidad, lo cierto es que en sí misma carece de entidad suficiente para superar la grave problemática expuesta. Para un análisis detallado de la cuestión, vid. A. CARMONA CONTRERAS, “El decreto-ley en tiempos de crisis”, en *Revista catalana de Dret Public*, n. 47, 2013, pp. 16/17.

³⁰⁰ P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 256.

gencia económica. Apelando genéricamente a dicha situación, el Ejecutivo ha aprobado de forma recurrente normas de urgencia que, lejos de mantener una línea temática coherente desde el punto de vista de los contenidos abordados, han procedido a incorporar las más variadas regulaciones en los más variopintos sectores materiales. Interrogado sobre la constitucionalidad de tal *modus operandi* el TC se ha limitado a afirmar que no es juez de la «calidad legislativa» de las normas enjuiciadas», considerando que la extraordinaria heterogeneidad material que las caracteriza tan solo implica un «mero defecto de técnica normativa carente de relevancia constitucional»³⁰¹. En nuestra opinión, esta aproximación al tema merece ser abiertamente criticada³⁰². Y no solo desde la perspectiva del presupuesto habilitante (que se desvirtúa hasta límites insospechados) y la exigencia de conexión de sentido (difuminada hasta rozar la inexistencia), sino también y sobre todo atendiendo al ejercicio efectivo del derecho fundamental de participación política que asiste a las minorías parlamentarias en su función de control al Gobierno a través del trámite de la convalidación. Porque lo cierto es que, a pesar de lo afirmado por el TC³⁰³, resulta patente que tal derecho queda prácticamente desactivado, teniendo en cuenta el exiguo tiempo disponible para el debate y la acusada heterogeneidad de los contenidos normativos a fiscalizar. No habiendo reparado tan evidente abuso, como acertadamente afirma el Voto Particular formulado por los Magistrados Valdés, Asúa y Xiol «esta norma ha roto los diques constitucionales».

IV. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ESCASA OPERATIVIDAD DE LOS CONTROLES SOBRE EL DECRETO-LEY

Las consideraciones que han ido aflorando a lo largo del recorrido realizado en las páginas anteriores ponen en evidencia un paulatino proceso de ampliación de los contornos existenciales del decreto-ley que, con ocasión de la grave crisis económica que ha sufrido nuestro país en la última década, ha experimentado un importante avance. La lectura extraordinariamente permisiva adoptada por el TC en torno al presupuesto habilitante, basada en el desarrollo de lo que dicho órgano ha denominado como «control externo», unida al débil control ejercido en sede parlamentaria ha brindado a los Gobiernos un fuerte incentivo para utilizar su potestad de urgencia en lugar de la ley parlamentaria, como hubiera sido constitucionalmente exigible.

El uso reiterado del decreto-ley ha alcanzado tal intensidad en los últimos tiempos que el Ejecutivo ha asumido el rol de legislador preeminente. El hecho de que el

³⁰¹ STC 199/2015, FJ 3.

³⁰² Una aproximación crítica al tema se encuentra en A. CARMONA CONTRERAS, «Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)», en *Diritto&Questioni pubbliche*, XVII, 2017, pp. 127 a 129.

³⁰³ STC 199/2015, FJ 8.

Congreso haya asistido prácticamente inerte al aluvión de decretos-leyes producidos por los distintos Gobiernos que se han sucedido en el poder ha contribuido poderosamente a asentar tal situación. Constreñidas a un papel meramente testimonial en el desarrollo de su función de control al Ejecutivo³⁰⁴ en el procedimiento de convalidación, como consecuencia de la deficiente regulación reglamentaria, las minorías se han visto relegadas al papel de meros convidados de piedra. Sólo en el contexto político profundamente transformado de la presente legislatura, cuando la nueva distribución de fuerzas políticas con representación parlamentaria ha enfrentado al Gobierno a un riesgo real de rechazo de su normativa de urgencia (como de hecho sucedió con el RDL 4/2017, de reforma del sector de los estibadores) se ha constatado una drástica reducción del número de decretos-leyes. En todo caso, hemos de ser conscientes de que se trata de una situación coyuntural, puesto que la experiencia demuestra que los Ejecutivos, siempre que la aritmética parlamentaria lo permite, no son capaces de resistir la tentación de canalizar su actuación a través del recurso a los decretos-leyes.

Así pues, ante tal constatación, cabe auspiciar un necesario reforzamiento de los mecanismos de control sobre dicha figura normativa, tanto en sede parlamentaria como en el ámbito jurisdiccional. Por lo que a la fiscalización parlamentaria se refiere, hemos de reiterar una vez más que «en un contexto sistémico en el que la acción normativa tiende a ser monopolizada por el Gobierno a través de su potestad legislativa de urgencia, la cuestión del respeto de los derechos de las minorías debería ser objeto de un profundo replanteamiento, introduciendo mecanismos encaminados a lograr un mayor equilibrio entre las fuerzas políticas»³⁰⁵. Sólo de esta manera será posible recuperar el sentido constitucional atribuido al trámite de convalidación, superando la sustancial inoperatividad que manifiesta en su actual regulación reglamentaria. En cuanto al control de constitucionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional, consideramos que para lograr una mayor intensidad (frente a la laxitud habitual) bastaría con que dicho órgano, sin rebasar los límites de su condición de legislador negativo, asumiera una actitud más coherente con respecto a su propia jurisprudencia. En efecto, según se ha expuesto, el Tribunal ha acuñado una serie de criterios hermenéuticos cargados de una innegable potencialidad fiscalizadora que, sin embargo, no han sido objeto de una aplicación sistemática en la práctica. Actuando de tal manera y aferrándose a la idea de un mero control «externo», el Alto Tribunal se ha mostrado incapaz de embridar el recurso continuo al decreto-ley más allá de lo constitucionalmente aceptable.

³⁰⁴ El caso de la convalidación no es sino otro ejemplo de la acusada «palidez» que presentan las facultades de las Cortes Generales para controlar la acción del Gobierno. Una situación que, por lo demás, contrasta abiertamente con la «intensidad» de los instrumentos a disposición del Ejecutivo para fiscalizar distintas actuaciones parlamentarias y que lo sitúan en una neta posición de preeminencia frente a aquéllas. En este sentido, vid. las reflexiones de F. RUBIO LLORENTE, «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», en F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudio sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 291.

³⁰⁵ A. CARMONA CONTRERAS, «El decreto-ley en tiempos de crisis», *ob. cit.*, p. 19.

MESA REDONDA SEGUNDA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL LEGISLATIVO**GOBIERNO EN MINORÍA Y GOBIERNO DEL
PARLAMENTO: SUS LÍMITES³⁰⁶****Marc Carrillo***Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA VIABILIDAD DE LOS GOBIERNOS MINORITARIOS. II.1. LA FORMA PARLAMENTARIA DE GOBIERNO Y EL OBJETIVO DE UN EJECUTIVO ESTABLE. II.2. LA PREEMINENCIA DEL GOBIERNO EN EL ÁMBITO ECONÓMICO Y PRESUPUESTARIO. II.3. LA PRÁCTICA POLÍTICA DEL PARLAMENTARISMO EN ESPAÑA. III. LA EXPERIENCIA PRÁCTICA DE LOS GOBIERNOS EN MINORÍA. IV. LA SINGULARIDAD DEL GOBIERNO EN FUNCIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. V. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El examen de la posición constitucional de los gobiernos en minoría exige una doble aproximación, sin duda jurídica pero, a la vez, politológica para comprender el alcance efectivo de las funciones atribuidas por la Constitución, cuando carecen de mayoría parlamentaria suficiente para gobernar sin especiales ataduras.

³⁰⁶ El texto de este artículo es la reproducción ampliada de la conferencia pronunciada en Sevilla el 16 de noviembre de 2017, en el marco de las XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. En lo esencial, el contenido y el tono empleados responden a la exposición oral realizada por el autor. Por esta razón, no se acompañan notas a pie de página, pero sí un listado de las referencias bibliográficas empleadas para su preparación.

Entre la fecha de las Jornadas (noviembre 2017) y la corrección de pruebas de este trabajo (marzo 2020) ha transcurrido un extenso lapso de tiempo. Desde la perspectiva institucional que resulta de interés consignar como adenda, es preciso señalar dos hechos especialmente relevantes: 1) en sesiones de 31 de mayo y 1 de junio de 2018, la moción de censura presentada por el líder de la oposición, Sr. Pedro Sánchez (PSOE), contra el gobierno presidido por el Sr. Mariano Rajoy (PP) obtuvo el respaldo de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados; fue la primera y, hasta ahora, la única ocasión que se ha producido en el ámbito estatal. 2) Tras las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019, y una vez obtenida la investidura en segunda votación por mayoría relativa, se ha constituido, también por vez primera en el Estado, el primer gobierno de coalición (POSE/Podemos) presidido por Pedro Sánchez

Desde la perspectiva jurídico-institucional, la forma de gobierno parlamentario que diseñó el constituyente de 1978, claramente influenciada en este aspecto por la ley Fundamental de Bonn de 1949, se integra de pleno en el modelo de parlamentarismo racionalizado consolidado tras la II Guerra Mundial. Con algunas excepciones, sobre todo en Italia desde la Constitución de 1948 y en el inestable periodo de la IV República francesa (1946-1958), el constitucionalismo europeo posterior a 1945 se ha caracterizado por la configuración de un poder ejecutivo reforzado y preeminente frente al Parlamento a fin asegurar su estabilidad y pervivencia política.

Este esquema institucional se complementa con la dimensión politológica que ofrece la existencia de los gobiernos en minoría y su contrastada viabilidad política. Porque parece evidente que para la adecuada comprensión de la categoría y de la realidad de un *gobierno de minoría*, aun cuando encuentre una parte de su justificación en el diseño constitucional del Ejecutivo, no se pueden excluir otros factores de orden metajurídico que, sin duda, coadyuvan a su existencia.

En especial aquéllos que están vinculados a la cultura política específica propia del contexto de cada país. Así, por ejemplo, como se ha puesto de relieve reiteradamente en el caso español, la existencia de un gobierno minoritario y la total ausencia de gobiernos de coalición –salvo en el caso de la mayoría de los ejecutivos autonómicos– no ha sido forzosamente sinónimo de inestabilidad política. La experiencia que ofrecen los casi cuarenta años de régimen constitucional, permite afirmar que a lo largo de estas cuatro décadas en el ámbito estatal, han sido muchos más los gobiernos de minoría que aquellos que han gozado de un apoyo parlamentario de mayoría absoluta de un partido. Y, sin embargo, ello no ha ido en demérito de su estabilidad y capacidad para llevar a cabo políticas públicas. La única excepción, que en parte puede oponerse a esta realidad es la singularidad institucional del todavía reciente y prolongado periodo de gobierno en funciones del Gobierno Rajoy II, entre diciembre de 2015 y noviembre de 2016, mediando entre ambas fechas la repetición de elecciones en aplicación de la disolución automática de las Cortes Generales *ex artículo 99.5 CE*.

En efecto, en las casi cuatro décadas transcurridas, salvo los gobiernos González I, II y III (1982-1993); Aznar II (2000-2004) y Rajoy I (2011-2015), el resto han sido gobiernos de minoría. En el periodo preconstitucional, el Gobierno Suárez I (1977-1979). Inmediatamente después, Suárez II (1979-1981); Calvo Sotelo (1981-1982); González IV (1993-1996); Aznar I (1996-2000); Rodríguez-Zapatero I (2004-2008); Rodríguez-Zapatero II (2008-2011); Rajoy II (2015-2016, en funciones), y Rajoy III (desde Nov. 2016-2018). Unos gobiernos de minoría que hasta el Rajoy II, y a pesar de esta circunstancia, no ha sido un impedimento insuperable para llevar a cabo la acción política de gobierno a través de apoyos parlamentarios de geometría variable en los que la regla general ha sido el sostén

que les han proporcionado algunas minorías, en especial, los partidos nacionalistas periféricos como el PNV y la antigua CiU.

A partir de esta realidad política, en las páginas que siguen se expondrán las razones constitucionales que ayudan a la viabilidad de los gobiernos minoritarios y seguidamente se abordarán algunos aspectos que desde la práctica política coadyuvan a la posición preeminente del Ejecutivo respecto del Parlamento.

II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA VIABILIDAD DE LOS GOBIERNOS MINORITARIOS.

1. La forma parlamentaria de gobierno y el objetivo de un ejecutivo estable.

Una primera razón y, sin duda, la principal reside en el privilegiado *statuts* constitucional que los Títulos IV y V de la CE otorgan al Gobierno y, en especial, a su Presidente, cuya configuración institucional responde mucho más a la modalidad de canciller y menos, sin duda, a la que sería propia de un primer ministro o jefe de gabinete ministerial, siempre más vulnerable ante el Parlamento. En efecto, esta posición de preeminencia se fundamenta, sobre todo, en que es el Presidente y no el Gobierno que posteriormente decida constituir, el que únicamente es investido por el Congreso de los Diputados (art. 99 CE). La confianza parlamentaria para ejercer el cargo institucional recae en el candidato a la presidencia pero no se extiende al resto de miembros del futuro Ejecutivo. Asimismo, es el Presidente del Gobierno quien propone al Rey el nombramiento y la separación de los ministros (art. 100 CE), de tal forma que el ejercicio del cargo no depende de la confianza parlamentaria. Por otra parte, lógicamente, la pérdida de la confianza parlamentaria del Gobierno, sea por el triunfo de una moción de censura planteada en el Congreso de los Diputados, sea por la pérdida de la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Gobierno ante el Congreso, conlleva el cese del Gobierno en su conjunto.

En efecto, si se aborda otro instrumento que característico de la forma parlamentaria de gobierno como es la citada cuestión de confianza (art. 112 CE), por la que el Ejecutivo dispone de una vía constitucional para verificar a lo largo de la legislatura del apoyo político del que goza en el parlamento, su configuración constitucional también coadyuva la posición preeminente del Presidente del Gobierno. Ello es así porque su planteamiento corresponde al Presidente, previa deliberación del Consejo de Ministros, sin que de la misma se derive, expresamente, mandato explícito alguno para el jefe del Ejecutivo. Razón por la cual, en principio, el Presidente de Gobierno dispone de plena capacidad de decisión respecto del parecer de los ministros para plantear la cuestión de confianza. No obstante, la cuestión podría ser distinta en un

supuesto –inédito hasta hace poco en España en el ámbito estatal– de un gobierno de coalición, donde a buen seguro que el Presidente podría encontrarse con mayores limitaciones impuestas por su/s socio/s de gobierno para disponer del margen de maniobra que formalmente la Constitución le confiere.

De nuevo, en la misma línea que acredita al Presidente como miembro depositario de una posición prevalente en el seno del Gobierno, hay que incluir sus atribuciones para disolver del Congreso, el Senado o las Cortes Generales (art. 115 CE). Frente a la moción de censura que le puede plantear el Congreso, el equilibrio parlamentario de poderes le otorga la capacidad para disolver el Parlamento y en la Constitución esta previsión constitucional está concebida como una atribución que le corresponde bajo su exclusiva responsabilidad sin que, al menos formalmente, la previa deliberación del Consejo de Ministros le suponga un constreñimiento para la tomar la decisión definitiva.

Y en idéntico sentido cabe consignar su posición decisoria en relación a la modalidad del referéndum consultivo en relación a decisiones políticas de especial trascendencia (art. 92 CE), supuesto éste en el que la propuesta de autorización al Congreso de los Diputados, formalmente sólo a él le corresponde. Así como también, para presentar el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.2 CE). Por tanto, el Presidente no es un simple *primus inter pares* entre los miembros del Ejecutivo.

La forma parlamentaria de gobierno que diseña la Constitución, como un ejemplo más de parlamentarismo racionalizado establece un bicameralismo imperfecto en el que es el Congreso de los Diputados quien dispone del monopolio del control de la responsabilidad política del Presidente del Gobierno y del resto del Ejecutivo (arts. 113 y 115 CE). Además ejerce el control sobre la legislación de urgencia aprobada por el Gobierno a través de la convalidación o la derogación parlamentaria de los decretos-leyes (art. 86. 2 CE); autoriza la convocatoria de la modalidad de referéndum consultivo (art. 92.2 CE) y también la prórroga del estado de alarma, la autorización del estado de excepción y la declaración del estado de sitio (art. 116 CE). Pero estas importantes atribuciones de la cámara baja no ensombrecen la posición de preeminencia, no sólo, como se ha expuesto anteriormente, de su Presidente sino también del Ejecutivo respecto del Legislativo lo cual permite explicar que la eventual posición minoritaria en la que pueda encontrarse un gobierno no siempre es sinónimo de inestabilidad política o de riesgo de cese por pérdida de la confianza parlamentaria. En este sentido, la clásica posición de centralidad del parlamento conceptualmente sostenida antaño por el constitucionalismo surgido de la segunda postguerra mundial, no se vio correspondida por la mayoría de los textos constitucionales, entre los cuales, se encuentra la Constitución española de 1978, siguiendo la estela la alemana de 1949 o la francesa de la V República de 1958 es un preclaro ejemplo. Veámoslo.

La moción de censura es el principal instrumento parlamentario para exigir la responsabilidad política del Gobierno (art. 113 CE). A éste, con su Presidente al frente, le corresponde la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Para llevar a cabo dichas atribuciones dispone de la función ejecutiva y el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 97 CE). Pero la facultad característica de la forma parlamentaria de gobierno por la que, llegado el caso, el Parlamento, en el caso español, sólo el Congreso de los Diputados puede provocar el cese del Presidente del Gobierno retirándole la confianza que obtuvo al ser investido (art. 99 CE) no es nada fácil, o más bien resulta harto difícil que pueda prosperar. De hecho en el periodo constitucional transcurrido y a pesar de los numerosos gobiernos en minoría registrados, los tres intentos de moción de censura habidos hasta ahora contra los gobiernos presididos por Adolfo Suárez, siendo el candidato alternativo Felipe González –PSOE– (1980), Felipe González, siendo el candidato propuesto por el PP, Antonio Hernández Mancha (1987) y Mariano Rajoy, frente al candidato Pablo Iglesias propuesto por Podemos (2017), no han prosperado ninguno.

La razón principal aunque ciertamente no sea la única es que desde la perspectiva constitucional, el carácter constructivo de la moción de censura, que obliga a cumplir un doble objetivo de los diputados que la promuevan, no sólo en obtener a su favor del apoyo de la mayoría absoluta de la Cámara baja a la censura sobre la acción política del Gobierno cuestionado; sino que simultáneamente para que la moción prospere, el acuerdo debe extenderse también a la propuesta de un candidato alternativo a la presidencia del Gobierno, que de producirse lo convierte automáticamente en nuevo Presidente del Gobierno. Y es aquí donde radican las dificultades, que hasta ahora se han mostrado insuperables en la experiencia constitucional española, para que la sanción política al Gobierno al que se pretende retirar la confianza no haya pasado de una puesta en escena, con mayor o menor rédito político, de las pretensiones de los partidos de la oposición de presentarse ante la ciudadanía como una alternativa de gobierno. Porque la exigencia constitucional del doble acuerdo, en la censura *strictu sensu*, y en la persona del candidato, cuyo objetivo no fue otro que importar el sistema alemán destinado a reforzar la posición del gobierno en pro de un Ejecutivo estable, sitúa el tema no sólo en el ámbito de la relación constitucional entre los dos poderes del Estado, sino que también en terreno politológico y el papel que le corresponde al sistema de partidos establecido.

Así, con un sistema de partidos como el que se había construido en España basado en dos grandes formaciones políticas, una en el gobierno y otra en la oposición mayoritaria, junto a formaciones políticas de izquierda minoritaria y a pequeños aunque nada insignificantes partidos nacionalistas periféricos, las posibilidades de éxito de una moción de censura de este tenor resultaban harto difíciles. No tanto para construir una mayoría alternativa que, sin duda, objetivamente no era imposible, sino implicar a los nacionalistas vascos y catalanes en dar su apoyo a un candidato propuesto por algunos

de los dos partidos mayoritarios de ámbito estatal. La experiencia ha demostrado que a los partidos nacionalistas periféricos les resultaba políticamente más funcional el compromiso parlamentario externo para sostener al gobierno estatal de turno, que no llegar a un nivel de compromiso más intenso con cualquiera de ellos.

En los últimos tiempos, con la entrada en la escena parlamentaria de *Ciudadanos* y *Podemos*, dos nuevos contendientes dotados de una representación política mucho más significativa, a la derecha e izquierda del espectro político, que ha modificado el sistema de partidos hasta ahora vigente, las dificultades de acceder al doble acuerdo exigible para que prospere una moción son, si cabe, más problemáticas todavía. En este sentido, la fracasada moción de censura contra el gobierno Rajoy por parte de Podemos así lo pone de manifiesto. Ahora, los competidores son cuatro y parece obvio que las coincidencias resultan más difíciles todavía. La conclusión en lo que resulta de interés para esta el objeto de esta ponencia, es que con este contexto constitucional y político, las posibilidades de sobrevivir para una gobierno en minoría son mayores. Ha hecho falta la crisis generada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018, que confirmó la emitida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por el caso GÜTEL-FITUR, para que se configurase una mayoría suficiente para censurar al Gobierno Rajoy (PP).

2. La preeminencia del Gobierno en el ámbito económico y presupuestario.

En los inicios del Estado liberal el Parlamento disponía de una amplia capacidad para controlar de forma periódica y completa las cargas financieras que los ciudadanos soportaban; el campo de la actividad pública ocupado por el Estado era entonces muy reducido y por tanto más accesible al control parlamentario. Sin embargo con la consolidación del Estado social y el consiguiente crecimiento del aparato administrativo del Estado, la capacidad de control del Parlamento en su actividad económica y presupuestaria del Ejecutivo ha tenido que enfrentarse no solo a este hecho, sino también a una configuración del Gobierno como órgano constitucional que extiende la posición preeminente no solo a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, sino también a un campo tan decisivo como es la aprobación y el control de las cuentas del Estado.

Las causas de ello encuentran justificación en las exigencias del modelo del *Welfare State*, donde los gobiernos empezaron a disponer de poderes discrecionales para promover el crecimiento económico y a hacer frente a las prestaciones sociales derivadas del Estado asistencial, que exigía una intervención administrativa rápida para responder con prontitud y solvencia técnica a dichas exigencias. Y para traducir ello en decisiones tangibles el Gobierno siempre estaba en mejores condiciones. Para cristalizarlo con mayor eficacia, los textos constitucionales le han facilitado la labor a través de unas ventajas en el procedimiento parlamentario que le aseguraban una posición de preeminencia en la gestión de las cuentas públicas.

La Constitución española es, entre otros, un ejemplo paradigmático del trato normativo deferente hacia el Gobierno: a través de monopolio del que dispone para el ejercicio de la iniciativa legislativa en materia presupuestaria (art. 134. 1 CE); mediante la capacidad de modificar las previsiones a lo largo del año presupuestario, ya que una vez aprobados los Presupuestos Generales del Estado (PGE), el Gobierno puede presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario (art. 134.5 CE); o, incluso, del poder de oposición hacia la iniciativas parlamentarias que por medio de la presentación de proposiciones o enmiendas supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios, pues en este caso la tramitación de aquéllas requerirá la conformidad del Gobierno.

La posición constitucionalmente ventajosa de la que goza el Gobierno en el ámbito presupuestario así descrita, ha sido justificada por el Tribunal Constitucional con fundamento en la específica función constitucional que se reconoce a la Ley de PGE (art. 134.2 CE) como instrumento principal de la política económica del Ejecutivo (por todas, la STC 44/2105). No obstante, la controversia ha surgido en los últimos tiempos, especialmente con ocasión del largo período de gobierno en funciones que transcurrió con el segundo Gobierno Rajoy, en la que se ha considerado como una utilización abusiva cuando no arbitraria por parte del de un gobierno en funciones, de la facultad de oponerse a las iniciativas de la oposición parlamentaria cuando comportasen un aumento de los créditos o disminución de los ingresos previstos por el Gobierno (art. 134. 6 CE).

Acerca la interpretación de la posición y el alcance de las atribución otorgada al Gobierno en este controvertido precepto, es preciso acudir a las prescripciones establecidas al respecto en el Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD). En relación a las enmiendas a un proyecto de ley que supongan aumento de créditos o disminución de los ingresos presupuestarios y de acuerdo con la CE, el artículo 111.1 RCD establece que requerirán la conformidad del Gobierno para su tramitación. Este precepto añade que la ponencia parlamentaria redactora del correspondiente informe, remitirá al Gobierno aquellas enmiendas que a su juicio puedan estar incluidas en el supuesto anterior. Y respecto de las mismas, el Gobierno deberá aportar una respuesta razonada en el plazo de 15 días, transcurrido el cual se entenderá que el silencio gubernamental expresa conformidad con su contenido. Por el contrario, si el Gobierno las rechaza habrá de motivar su decisión y no cabe excluir que la misma pueda ser objeto de control de constitucionalidad si, en función del caso, el rechazo afecta lesivamente al derecho de enmienda de los parlamentarios como expresión del *ius in officium*. O incluso, también, en caso de desacuerdo entre el Congreso y el Gobierno, la negativa gubernamental puede ser susceptible de un conflicto de atribuciones entre ambos órganos constitucionales.

Y en efecto, esta circunstancia es la que finalmente se produjo con ocasión del Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2016, adoptado en el período en que el Gobierno Rajoy II se encontraba todavía en funciones, y posteriormente ratificado el 20 de diciembre de 2016, por el que el órgano parlamentario rechazó la disconformidad expresada por el Gobierno a la tramitación por el Pleno de la proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre la suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). No fue el único caso en el que durante el largo período de interinidad, el Gobierno invocó sistemáticamente al cláusula presupuestaria del artículo 136.4 CE para rechazar todas las iniciativas presentadas por la oposición a través de proposiciones de ley.

Pues bien, ante dicha negativa parlamentaria, el Gobierno acudió al procedimiento constitucional del conflicto de atribuciones (art. 73 LOTC) que ya ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 12 de abril de 2018³⁰⁷, por la que desestimó la pretensión del Gobierno. Tras exponer las distintas fases del calendario de implantación de la LOMCE, el Ejecutivo argumentó concretando las consecuencias financieras más graves que se derivarían de la proposición parlamentaria, dado que a su juicio suponían un impacto presupuestario negativo para el Estado, por la posible pérdida de la financiación del Fondo Social Europeo, toda vez que —sostenía— que la Comisión europea podía considerar que España no cumpliría las condiciones del Programa Operativo Empleo, Formación y Educación 2014-2020 y, por tanto, podía retirar total o parcialmente su financiación, por lo que se produciría una pérdida de ingresos que cifraba en 614.961.977,98 euros, devengados en 2016 y que recaerían sobre el estado estas obligaciones no previstas.

En su acuerdo de 18 de octubre de 2016, la Mesa del Congreso de los Diputados resolvió rechazar la disconformidad expresada por el Gobierno y admitió a trámite la toma en consideración de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista razonándola en los siguientes términos: “*el criterio del Gobierno no justifica de forma objetiva y suficiente que la misma implique aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor*”. Para ello evocaba la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual la facultad del Gobierno se circunscribe a los supuestos en los que el efecto de aumento de créditos o disminución de ingresos se refiere al presupuesto vigente.

Posteriormente, en el Acuerdo de 20 de diciembre, que ratificó el anterior, se volvía a recordar la citada doctrina de las SSTC 223/2006 y 242/2006, exponiendo los límites del control a ejercer por la Mesa, consistentes en verificar la regularidad jurídica de la comunicación de la disconformidad formulada por el Gobierno, así como el

³⁰⁷ Se trata de una resolución posterior a la celebración de las Jornadas del Gabinete Jurídico. No obstante ello, se ha creído de interés incluirla en por el indudable interés que tiene para el contenido de esta ponencia.

deber de examinar su motivación, limitando su control “a las decisiones que sean arbitrarias o manifiestamente irrazonables” y en defensa del *ius in officium* de los diputados, garantizado por el art. 23.2 CE y, más ampliamente, de la función legislativa.

Pues bien, el Tribunal ha entendido que la motivación argüida por el Gobierno fue insuficiente por la ausencia de una adecuada justificación entre el rechazo propuesto y los ingresos y gastos afectados. Los términos en los que se expresó fueron los siguientes: *“la apreciación de la Mesa de la Cámara, en el sentido de considerar que la motivación del Gobierno resulta insuficiente para verificar la efectiva conexión de la medida con los ingresos y los gastos públicos, no ha supuesto el menoscabo de la competencia del Ejecutivo en este caso. El art. 134.6 CE contiene una prerrogativa del Ejecutivo que tiene, como presupuesto habilitante, la vinculación estricta a la norma presupuestaria, que debe por ello verse afectada. Teniendo en cuenta (...) que cualquier iniciativa o proposición de ley es susceptible de suponer un incremento de gasto o una disminución de ingresos, el Gobierno debe justificar de forma explícita la adecuada conexión entre la medida que se propone y los ingresos y gastos presupuestarios. Esta conexión debe ser directa e inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética. Debe además referirse al Presupuesto en particular, sin que pueda aceptarse un veto del Ejecutivo a proposiciones que, en el futuro, pudieran afectar a los ingresos y gastos públicos, pues ello supondría un ensanchamiento de la potestad de veto incompatible con el protagonismo que en materia legislativa otorga a las Cámaras la propia Constitución (art. 66 CE)”* [FJ 9].

En consecuencia, con esta decisión el Tribunal ha sentado unas bases genéricas para que el Gobierno ya sea mayoritario o, como ha sido el caso que motivó esta sentencia, se encuentre en minoría parlamentaria, se tope con algunos límites a la tentación de hacer un uso abusivo del poder de rechazo presupuestario que le otorga el artículo 134.6 CE. Estos límites se resumen en el deber de motivar adecuadamente que en la iniciativa parlamentaria concurren las circunstancias atinentes a la existencia de un aumento de los créditos o una disminución de ingresos presupuestarios que correspondan al mismo ejercicio presupuestario. Para ello es preciso que el Gobierno acredite ante las Cortes Generales que existe una conexión directa e inmediata, y no meramente una posibilidad de que ello pueda darse. Y, asimismo, que dicha conexión no sea hipotética sino que esté relacionada con el presupuesto en vigor.

Por supuesto, este deber gubernamental de argumentar el veto por motivos presupuestarios supone, a su vez, un reto para la jurisdicción constitucional. Puesto que para resolver adecuadamente el contencioso que se le presenta, ésta debe dotarse de una capacidad de enjuiciamiento adecuada en materia económico-presupuestaria, a fin de determinar de la manera más objetiva posible que los datos argumentados por el Gobierno son coherentes.

Finalmente, y sin abandonar la materia presupuestaria, al Ejecutivo le está impedido aprobar los presupuestos anuales del Estado por la vía del de decreto-ley (art. 86.1). A este respecto, no es aceptable la posición de algún sector minoritario de la doctrina que sostiene la posibilidad la viabilidad del recurrir al instrumento del decreto-ley si las circunstancias que han provocado una situación de extraordinaria y urgente necesidad son consistentes. De ser así, la competencia parlamentaria establecida por la Constitución para determinar anualmente la actividad presupuestaria del Estado quedaría cuestionada en su propia esencia, que se fundamenta en que ha de ser la representación plural de la soberanía popular la que apruebe, enmiende o, en su caso, rechace el proyecto de presupuestos presentado por el Gobierno.

Cuestión distinta es la previsión contemplada en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que prevé la modificación presupuestaria para hacer frente a determinadas contingencias, como son los supuestos en los que se produzcan anticipos de tesorería, ampliación de créditos, transferencia de créditos o incorporación de remanentes. En estos casos, el Gobierno dispone, de nuevo, de un instrumento que le otorga un margen de maniobra presupuestario para hacer frente a situaciones imprevistas. Y si además se encuentra en minoría, estas posibilidades de revisión presupuestaria no dejan de poder ser un recurso más del Gobierno para afrontar situaciones difíciles.

3. La práctica política del parlamentarismo en España.

La idea clásica asentada en el constitucionalismo surgido tras la II guerra mundial por la que el Parlamento debía ocupar una posición central en el sistema institucional del Estado liberal-democrático no se corresponde con la realidad. La subordinación del Gobierno a la capacidad de dirección política (*indirizzo*) del Parlamento tan cara para un sector del constitucionalismo italiano de antaño (Manzella), ya es hoy una cierta entelequia. Sobre todo, allí donde los instrumentos de control político del Parlamento quedan subordinados a la finalidad de facilitar gobiernos estables, en especial en Alemania y en España, o en otros sistemas donde es la propia Constitución la que de forma más beligerante consagra la subordinación parlamentaria al Gobierno, como fue y es el caso de la Constitución de la Francia de la V República ingenjada por Michel Debré a mayor gloria del general De Gaulle.

El parlamentarismo que opera en el sistema constitucional español, los verdaderos protagonistas no son los diputados sino los partidos políticos. La disciplina de partido que se traslada con mano férrea a los respectivos grupos parlamentarios, ha hecho que sea el Gobierno al que sostiene su mayoría política en el Parlamento el que dirija y controle a la misma. En este sentido, la prohibición constitucional del mandato imperativo (art. 67. 2 CE) no pasa de ser una previsión constitucional puramente retórica.

Por otra parte, el aseguramiento de la disciplina interna, tanto en los partidos como en el grupo parlamentario viene coadyuvado también por el diseño actual del sistema electoral. Uno de sus componentes, la regulación de las listas de candidatos a la elección, basada en el carácter cerrado y bloqueado de las mismas, esto es, en la imposibilidad de que el elector pueda disponer de una cierta capacidad de decisión sobre la composición o el orden de la candidatura presentada por el partido, hace que se potencie la disciplina interna en el seno del mismo a fin de que el candidato procure asegurarse un lugar en la lista que le facilite la futura elección. La consecuencia de ello no es otra que la subordinación del parlamentario individual a su jefe de grupo; seguidamente, y sin solución de continuidad, del grupo a la dirección del partido y, finalmente, del partido a los designios del líder del partido que, normalmente, es también el Presidente del Gobierno. Y si bien, desde hace unos años, el Presidente está sometido al control parlamentario a través de las preguntas que le son formuladas en las sesiones de los miércoles y a las que habitualmente responde con tardanza, la práctica pone de manifiesto que el jefe del Ejecutivo no interviene con asiduidad en las cuestiones de relevancia política. Cuestiones que, otra parte, no son tratadas con inmediatez en el Parlamento, hasta el punto que en muchas ocasiones, cuando son abordadas su actualidad ha decaído. Por eso no es extraño que la falta del debido protagonismo del Parlamento sea sustituido por el que adquieren, a veces de manera espuria, los medios de comunicación o, incluso, las resoluciones judiciales.

III. LA EXPERIENCIA PRÁCTICA DE LOS GOBIERNOS DE MINORÍA.

A partir de este esquema institucional tan proclive a la hegemonía del Ejecutivo en general y por ende a los gobiernos de minoría en particular, conviene acercarse a los datos que ofrecen los estudios politológicos (entre otros, de FIELD, CALVET CRESPO, VÁZQUEZ ALONSO, SIMÓN COSANO, GARRIDO Y MARTÍNEZ) acerca de la práctica de los gobiernos minoritarios en España.

Los datos estadísticos al respecto obtenidos sobre la base de la duración de la legislatura de cuatro años, ofrecen una media de duración de los gobiernos minoritarios en España de 3,13 años, superior a los 2,12 años de los gobiernos de la misma naturaleza en Europa occidental. E, incluso, la media sube en el largo período comprendido entre 1982 y 2008, de mayoría de gobiernos del PSOE y las dos legislaturas con gobierno del PP, en el que la duración de los gobiernos minoritarios alcanzó la cifra de 3,47 años.

Por otra parte, la circunstancia de no tener un apoyo sólido en las Cortes Generales, hasta el Gobierno Rajoy II, no ha supuesto una dificultad de especial relevancia institucional para la formación del nuevo Ejecutivo surgido de las elecciones y el desarrollo de programa político: así, los datos obtenidos por los citados estudios cifran en

una media de 36 días, conjuntamente con los mayoritarios, el tiempo necesario para constituir el nuevo gobierno. La excepción, ciertamente, la ofrece el largo período de interinidad de gobierno en funciones del Ejecutivo presidido por el presidente Rajoy entre diciembre de 2015 y noviembre de 2016, mediando entre ambas fechas la celebración de unas nuevas elecciones, en aplicación de las previsiones del artículo 99.5 CE. Una circunstancia excepcional en la historia constitucional en los cerca de cuarenta años de sistema democrático que se acerca a la singularidad de los 546 días en Bélgica tras la dimisión del gobierno Leterne y la constitución del gobierno Di Rupo (entre junio de 2010 y diciembre de 2011).

Además de la duración, los otros parámetros que la ciencia política suele tener en cuenta para evaluar el rendimiento de los gobiernos en minoría son el éxito legislativo de sus iniciativas, el rendimiento institucional, la duración del gabinete y el éxito electoral posterior. Sobre la duración no es preciso insistir sobre los datos ya aportados, que en todo caso ponen de relieve que hasta el gobierno Rajoy II los gobiernos en minoría no han gozado de mala salud política.

No obstante, y con carácter previo al examen del parámetro que puede ofrecer el éxito legislativo de los gobiernos minoritarios, es preciso hacer algunas consideraciones previas que han de partir del hecho de que la producción legislativa aprobada en España ha sido mayoritariamente a iniciativa del Gobierno, permaneciendo las Cortes Generales más como una institución de control político que no de iniciativa legislativa. De acuerdo con las cifras aportadas por CALVET CRESPO en 2003, el 88% de leyes aprobadas tuvieron su origen en proyectos de ley presentados por el gobierno de turno, y el 12% restante procedieron de proposiciones de ley de las Cortes Generales. Sin embargo, los porcentajes son muy distintos cuando se trata de iniciativas que no han llegado a convertirse en leyes, porque el Gobierno aun estando en minoría, ha dispuesto de mayoría suficiente para frenarlas: en ese caso, se han registrado para el mismo período iniciativas que en el 56% proceden de los grupos parlamentarios; el 40% del Gobierno y un 4% de los Parlamentos autonómicos. Unos datos, por tanto, que ponen de manifiesto el predominio gubernamental tanto cuantitativo como cualitativo en la producción legislativa. Por lo que se refiere a la participación de las CCAA a través de sus parlamentos en la potestad legislativa de las Cortes, se han limitado a las proposiciones de reforma estatutaria y a cuestiones normalmente de carácter simbólico. Parece evidente, pues, que en este terreno al Parlamento no hace sombra al Gobierno.

Pero además, el instrumento del decreto-ley y la deferente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el amplio margen de justificación del presupuesto de hecho habilitante que corresponde acreditar al Gobierno, hace que para los gobiernos en minoría el recurso a la legislación de urgencia sea una vía habitual para hacer frente a situaciones que, desde luego, no siempre responden al requisito constitucional de extraordinaria y urgente necesidad. De hecho, los gobiernos minoritarios lo han

empleado con profusión (los datos ofrecen una media de 63 decretos-ley por legislatura) sin que el control parlamentario a través de la convalidación o, en su caso, la derogación haya sido un factor disuasorio. Así, por ejemplo, el gobierno Aznar I aprobó 85 decretos-ley, a lo largo de los cuatro años de legislatura.

Pero no sólo han sido los gobiernos en minoría, sino que incluso aquellos que por el amplio apoyo parlamentario del que han gozado en el Congreso de los Diputados podría suponerse que el empleo del decreto-ley sería excepcional, también han usado y abusado del mismo sustrayendo así a la ciudadanía del debate parlamentario sobre sus proyectos legislativos (en este caso, los datos registrados han sido de una media de 33 decretos-ley por legislatura). No es el único caso, pero el último ejemplo paradigmático del recurso a la legislación de urgencia lo ofreció el gobierno Rajoy I. A pesar de disponer de una amplia mayoría absoluta en la Cámara baja, buena parte de las medidas adoptadas a partir de 2011 para hacer frente a los efectos de las crisis económica y financiera que aparece en 2007, en especial, la reforma del mercado laboral, la enseñanza, la sanidad, etc., inicialmente lo fueron a través de esa especie de contrato de adhesión al que se somete al Congreso que en el fondo no deja de ser el decreto-ley.

Ahora bien, a pesar de la tradicional situación acomodada de los gobiernos de minoría para hacer prosperar sus decretos-leyes, en los últimos tiempos se puede registrar algún que otro caso en el que el Ejecutivo en minoría se ha encontrado con alguna que otra dificultad. Es, por ejemplo, la situación que afectó al Gobierno Rajoy III cuando el Congreso denegó la convalidación del inicial decreto-ley de reforma del sector de los estibadores, que le obligaría a su posterior modificación, para ser aprobado el nuevo *Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052)*, con los votos favorables del PP y Ciudadanos, pero también del PNV y la abstención del PDeCat, que en el primer texto habían mostrado sus reticencias hasta tal punto que la convalidación no fue posible.

También en las CCAA se han registrado casos en los que el gobierno autonómico se ha encontrado con dificultades para aprobar un decreto-ley. Y ello, a pesar de disponer de los mismos instrumentos que están al servicio del Gobierno central en el marco de la forma de gobierno parlamentaria, que facilitan la posición institucional de los ejecutivos autonómicos minoritarios. Éste ha sido el caso de Andalucía cuyo Estatuto, como el resto de los denominados de nueva generación aprobados tras las reformas de 2005 en adelante, también han atribuido al Ejecutivo la potestad de dictar legislación de urgencia. Pues bien, con ocasión de la presentación por el grupo parlamentario de Ciudadanos de una Proposición no

de ley de modificación de la *Ley del Parlamento de Andalucía 2/2105, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo el retorno del talento y fomento del trabajo autónomo*, se suscitó el problema derivado de los requisitos financieros y tributarios impuestos a los ayuntamientos para poder participar en ese programa de fomento y para recibir los fondos procedentes de la Junta de Andalucía. El Gobierno andaluz intentó hacer frente al tema por la vía del Decreto-ley 1/2016, de 15 de marzo. Sin embargo, no fue convalidado por la oposición de Ciudadanos, grupo que lo sostenía en el Parlamento. Ello dio lugar a la aprobación del nuevo Decreto-ley 2/2016, de 12 de abril, que modifica a citada Ley 2/2015.

Sin abandonar el caso andaluz, procede también registrar aquí algún supuesto en el que el *indirizzo político* dirigido al Gobierno desde el Parlamento, le ha obligado a defender una posición ante la Comisión Bilateral Estado/Junta de Andalucía, que no era precisamente la suya.

Pero a pesar de estos casos puntuales relacionados con un cierta incomodidad del Ejecutivo para llevar a buen puerto su legislación de urgencia, es lo cierto que los gobiernos minoritarios en España no han llevado una vida política muy incómoda. De acuerdo con los datos proporcionados por los estudios de FIELD publicados en 2013, las iniciativas legislativas de los gobiernos minoritarios en España han ofrecido un buen rendimiento. Así, si en los gobiernos de mayoría sus proyectos de coronaban con el éxito en un 89,3%, los proyectos de los minoritarios no le iban a la zaga, al alcanzar la respetable cifra del 80,4%.

Por otra parte, hay que subrayar que en algunos casos el gobierno en minoría ha compartido mucho más que los de mayoría la iniciativa legislativa, con algunos grupos parlamentarios. Así, entre 1979 y 2008, el 17,9% de las proposiciones de ley han sido aprobadas con el concurso del gobierno minoritario de turno, mientras que sólo el 11,1% lo fueron con el acuerdo con el gobierno de mayoría.

La finalidad reiteradamente contrastada del parlamentarismo racionalizado en procurar la existencia de gobiernos estables y fuertes, ha hecho que el Ejecutivo tenga un papel predominante en el control de la agenda parlamentaria. Ello se ha puesto de manifiesto en la frecuencia en recurrir, como ya se ha señalado, al procedimiento de urgencia para aprobar proyecto legislativos cuya complejidad exigiría un debate más amplio y reposado en el tiempo; por no mencionar también el empleo no siempre justificado del procedimiento de lectura única, que ha llegado a grados flagrantemente inadmisibles con ocasión, nada menos, de la reforma el artículo 135 de la Constitución; sin olvidar, tampoco la reiterada e indiscriminada invocación de la cláusula presupuestaria *ex* artículo 134.6 CE, afortunadamente limitada en tiempo reciente con la ya citada STC de 12 de abril de 2018.

Pues bien, los datos disponibles al respecto sobre el uso de los instrumentos propios del parlamentarismo racionalizado muestran que su empleo por los gobiernos de mayoría o los minoritarios ha sido similar: 30% en el primer caso y 36% en el segundo. Y algo parecido ha ocurrido con el recurso a las comisiones legislativas con competencia legislativa plena: entre 1982 y 2008, lo han sido en un 33,4% con gobiernos mayoritarios y 38,6% con gobiernos en minoría.

IV. LA SINGULARIDAD DEL GOBIERNO EN FUNCIONES.

Finalmente, cabe retener la atención en la singularidad institucional que ha supuesto el largo período de provisionalidad de un Ejecutivo en funciones transcurrido entre los gobiernos Rajoy II y III, al que se ha hecho referencia anteriormente. A este respecto, conviene subrayar que los límites establecidos por la Constitución y en especial por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, de que el Gobierno en funciones “*facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes del 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*” (art. 21.3 LG), han sido ampliamente superados por el Gobierno Rajoy II. Un gobierno no ya minoritario sino en funciones, razón por la cual su capacidad de decisión queda esencialmente disminuida.

Pues bien, ello no ha sido así. A lo largo del período de casi un año transcurrido de Gobierno en situación interina (de 21/XII/2015 a 29/XI/2016), entre algunos de los excesos cometidos por el Ejecutivo cabe citar, a modo de ejemplo, uno especialmente lacerante. Sobre todo, si se toma como referente la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sentencia 2 de diciembre de 2005, por lo que comportó de decisión condicionante para el futuro Gobierno. Y sin que a este respecto sirva como excusa, ni tampoco sea de recibo afirmar –ahora– que el nuevo Gobierno surgido del período de *prorrogatio* ha sido del mismo color político que el que estaba en funciones. Ello entonces no se sabía y, en todo caso, nunca puede ser un argumento.

Se trata del caso protagonizado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que en este período de interinidad otorgó a la empresa ENCE-ENERGÍA Y CELULOSA la prórroga de la concesión –que caducaba en 2018– de la ocupación de terrenos en los que se ubica su centro de operaciones en Pontevedra. La prórroga fue concedida por el nada despreciable plazo adicional de 50 años^{jj}. Para justificar tal medida el Gobierno se basó en el hecho que la misma suponía una inversión de 61 millones de euros para la zona y la consiguiente creación de puestos de trabajo, etc., etc. Los grupos sociales detractores alegaron, según recogía el diario *La Voz de Galicia*, entre otras razones, la negativa afectación al medio ambiente

de la citada industria. Sea como fuere, la información a las Cortes para debatir una medida de ese calibre era preceptiva y más si la adoptaba un Gobierno cesado y en funciones, cosa que, sin embargo, el Ejecutivo rechazó de plano.

A la luz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 2005, resulta del todo evidente que con esta decisión el Gobierno en funciones condicionaba no sólo la que en su momento pudiese tomar el próximo Gobierno investido, sino también otros más que le sucedan en el futuro que, legítimamente, podrían tener otra visión sobre la instalación de esta fábrica de papel. No obstante, el Gobierno se negó a dar explicaciones y el único debate en las Cortes fue el suscitado en la Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente), de 6 de abril de 2016, por una Proposición No de Ley presentada por el Grupo parlamentario *Podemos-En Comú Podem-En Marea* sobre la anulación de la citada prórroga.

Este comportamiento del Gobierno ha dejado traslucir, sin muchos matices, una concepción autoritaria de la división de poderes, uno de los pilares del Estado de Derecho, pues por muy provisional que sea la situación de un gobierno en funciones en ningún caso el Ejecutivo puede obviar a las Cortes Generales como el gobierno Rajoy II lo hizo. El control parlamentario a través del deber de información y las preguntas (no el político) del Gobierno en funciones es, sin duda, una cuestión de indudable relevancia constitucional, que trae causa de la singularidad institucional creada por el tiempo de interinidad transcurrido. Ello sin perjuicio de tener en cuenta que dicho control no es pleno, como tampoco lo son las facultades que corresponden al Ejecutivo. Pero que no sea pleno, no significa que pueda ser ignorado.

Sin embargo, desde el primer momento, el Gobierno, a través de la Secretaria de Estado de Relaciones con las Cortes, manifestó su oposición a ser objeto de control por parte de las Cortes en este período de interinidad. La argumentación empleada para rechazar el control se centró en la práctica imposibilidad de hacerlo, dado que su legitimidad democrática era tributaria de una mayoría parlamentaria distinta de la surgida tras las elecciones del 20 de diciembre de 2015. Además de ello, el Gobierno invocó las previsiones del artículo 21 de la Ley 50/1997, respecto a las atribuciones del gobierno en funciones, que se reducen en lo esencial al despacho ordinario de los asuntos; añadiendo, finalmente, que las decisiones que pudiese tomar en casos de urgencia o razones de interés general, al tratarse de un control de legalidad, su acreditación solo podía ser valorada por los tribunales (*Decisión comunicada por un oficio de la Presidencia del Gobierno de 10 de marzo de 2016*; véase *El País*, de 11 de marzo de 2016).

Con posterioridad el Gobierno modularía la rigidez de su planteamiento para algunos casos concretos; por ejemplo, al objeto de dar cuenta de su posición en la cumbre europea de Bruselas sobre el Brexit y en relación a los acuerdos con Turquía sobre la cuestión de los refugiados. No obstante, esta transigencia gubernamental a rendir cuentas fue coyuntural, y a pesar de las peticiones formuladas por los diversos

grupos parlamentarios con representación en el Congreso para que, entre otros, los ministros de Defensa, Interior, Trabajo y Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente compareciesen para informar sobre su gestión, el Gobierno se atuvo al criterio descrito por la Secretaria de Estado de Relaciones con las Cortes para impedir la comparecencia de los titulares de estos ministerios.

La posición adoptada por el Ejecutivo de Rajoy condujo a que, finalmente el 6 de abril de 2016, Pleno del Congreso aprobase plantear ante el Tribunal Constitucional un conflicto de atribuciones entre el Gobierno en funciones y el Congreso de los Diputados, de acuerdo con lo previsto en los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), como consecuencia de *“la invasión de las atribuciones de la Cámara producida por la decisión del Gobierno de no someterse a la función de control de la acción de Gobierno”*. En síntesis, sus argumentos fueron los siguientes: a) La situación del Gobierno en funciones no atenúa sus obligaciones de someterse a la función de control de las Cortes Generales porque éstas no se ven *prima facie* afectadas por esa limitación de facultades, prevista en el artículo 21 de la Ley 50/1997, que sólo incumbe al Gobierno; b) al contrario, las Cortes acaban de renovar su representación del pueblo español como titular de la soberanía y, en este sentido, la citada Ley 50/1997 distingue las diferentes vías de control de los actos de gobierno en su artículo 26, que en su apartado 2 precisa que *“todos los actos y omisiones del gobierno están sometidos al control de las Cortes Generales. Y al decir “todos” no excluye los actos dictados cuando está en funciones”*. Hasta este momento, el Tribunal todavía no se ha pronunciado.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, la tesis expuesta a lo largo de esta ponencia es la que sigue: la trayectoria política e institucional de un gobierno de minoría en España no ha sido tan incómoda como pudiera parecer, por la ausencia de una mayoría parlamentaria estable que le dé apoyo, queda fundamentada. De un lado, porque los beneficios del modelo de parlamentarismo racionalizado del período de entreguerras se ha consolidado aún más con el constitucionalismo surgido desde 1945, basado en promover gobiernos fuertes y estables, han sido aprovechados también por los gobiernos minoritarios.

Y de otro, porque a la posición subordinada de las Cortes Generales, tanto en el control de acción de gobierno respecto de la administración civil y militar, como en la política presupuestaria, le han proporcionado instrumentos suficientes para imponer sus planteamientos, incluso, en situaciones de precariedad en los apoyos parlamentarios. A ello ha coadyuvado, tanto la contrastada hegemonía institucional del Ejecutivo, como también la preeminencia de los partidos políticos y su férrea disciplina interna avalada por un sistema electoral que les permite asegurarla a través de una rígida modalidad de listas electorales.

Referencias bibliográficas.

ARAGÓN REYES, M. “Gobierno y forma de Gobierno: problemas actuales”. En: *El Gobierno: problemas constitucionales*. CEPC, Madrid 2005, pp. 27-66.

FIELD, B.N. “Gobiernos minoritarios y actividad legislativa en un estado multinivel: el caso español”. En: J.M. RENIU, *Pactar para gobernar: dinámicas coalicionales en la España multinivel*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 47-69.

CALVET CRESPO, J. “Gobiernos minoritarios, pactos parlamentarios y producción legislativa en España”. *Política y Sociedad*, Vol. 40, Madrid 2003, pp. 89-103.

CARRILLO, M. “Las atribuciones del Gobierno en funciones”. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 109, Madrid 2017, pp. 121-154.

GARRIDO, A. y MARTÍNEZ, A. “La geometría variable: una interpretación espacial de los gobiernos minoritarios en España”. Ponencia presentada al X Congreso de la asociación Española de Ciencia Política (AECPA). Murcia 7-9 septiembre 2011.

SIMÓN CASADO, P. “Los gobiernos en minoría en las Comunidades Autónomas. Una aproximación multinivel”. *Centre d’Études de la Vie Politique*. Université Libre de Bruxelles.

VAZQUEZ ALONSO, V.J. “El uso del decreto ley frente a “coyunturas económicas problemáticas” y por gobiernos en minoría”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, enero-abril, Sevilla 2016., pp. 249-255.

MESA REDONDA SEGUNDA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL LEGISLATIVO

**CONTROL PARLAMENTARIO DE UN GOBIERNO
EN FUNCIONES**

Maria Rosa Ripollés Serrano

Dra. en Derecho, Letrada de las Cortes Generales.

Prof. D^o Constitucional UCM

SUMARIO: I. SOBRE EL CONTROL Y OTRAS FUNCIONES ASIMILABLES. EL CONTROL POLÍTICO EN UN SISTEMA PARLAMENTARIO. II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES EN EL CASO DEL GOBIERNO CENTRAL.

**I. SOBRE EL CONTROL Y OTRAS FUNCIONES ASIMILABLES.
EL CONTROL POLÍTICO EN UN SISTEMA PARLAMENTARIO**

Se parte de la idea constitucional de control, como función pública de comprobación, inspección, fiscalización e intervención, ejercida por sujetos habilitados en su condición de titulares de esa potestad que, en el supuesto del sistema parlamentario, conforme al art 66 de la CE, en la variable de control parlamentario, se lleva a cabo por las Cámaras conforme a los Reglamentos parlamentarios en lo que afecta al alcance, sujeto, objeto, ámbito y procedimientos de control.

La potestad parlamentaria de “controlar la acción del gobierno” implica una serie de facultades como la facultad de información que se presenta conectada al control, porque sin obtener datos sobre un asunto o materia, es difícil, o incluso imposible, ejercer un control real; facultad de información que se concreta bien como petición individual de un diputado ex Art. 7 RCD, o senador, ex Art. 20.2 RS, y la regulación homóloga en los parlamentos autonómicos; o bien incluso como comparecencia de autoridades o expertos en la materia ante un órgano parlamentario (Art.44 RCD y 66 RS; y regulación homóloga en los parlamentos autonómicos), y, a partir de ahí, se puede entender que ha satisfecho el deseo de conocimiento o bien se pasa a manejar tal información para construir un instituto de control.

Pareja a esta facultad aparece la de fiscalización o intervención, como limitación de un sujeto, o un objeto, o un procedimiento, como una acción consistente en oponer al sujeto u objeto controlado una actuación limitativa en dos ámbitos: el del propio sujeto u objeto limitado y en la vertiente externa, en cuanto suponga información a terceros sobre tal oposición, instrumento clásico en el control parlamentario que, además ha ido ampliando el ámbito de actuación desde el Gobierno y la administración stricto sensu a otros sujetos, básicamente titulares de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, de forma que se podría decir que el universo subjetivo del control se ha extendido considerablemente en el parlamentarismo actual. Además, en paralelo a esta circunstancia, cabe hablar de universalización del control a través de las diferentes competencias y funciones parlamentarias, e incluso de distintos órganos parlamentarios, lo que es una realidad en el parlamentarismo actual.

El control parlamentario del Gobierno tiene sin duda un componente de oportunidad pero no es ajeno a la norma jurídica, pues se define desde la propia Constitución. No hay, pues, huida del Derecho en el ejercicio del control, ni siquiera en el control político del Parlamento. Sí hay o puede haber un Derecho propio –el Derecho Parlamentario -ex arts 67.3, 72 y 79.1 CE-, ya que, como establecen los preceptos constitucionales citados: “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”; y “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”

Señalemos que el control parlamentario del Gobierno tampoco es un control ilimitado porque todo ejercicio de un derecho o de una competencia implica la existencia de límites y garantías, y el ejemplo más claro de estas últimas sería la utilización de los institutos de control político del Gobierno por las minorías, lo que implica limitación a las actuaciones del Gobierno y, a la vez, garantía de la diferencia política, del valor pluralismo que representan la mayoría y las minorías.

La idea de control y concretamente la de “control parlamentario” constituye una idea fuerza en el terreno de la democracia, específicamente en la democracia representativa, y, en ella, principal aunque no exclusivamente, en los sistemas parlamentarios de gobierno, porque se parte de la base de que toda la articulación entre poderes, entre órganos en el Estado constitucional, se ordena sobre la fórmula expresada en la idea clásica de equilibrio, especialmente entre los órganos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, que, a su vez, se fundamenta en la teoría clásica de Montesquieu “Porque no se puede abusar del poder, es preciso que el poder frene el poder”.

Tienen razón quienes enfatizan la vinculación control parlamentario con democracia representativa porque el sistema parlamentario es aquel en que el Parlamento o una de sus Cámaras elige o acepta al Gobierno deducido de la mayoría parlamentaria, y se re-

laciona con éste en una doble y sinalagmática relación de fiducia entre ambos órganos del Estado, en cuyos extremos figuran desde la moción de censura o la retirada de la confianza, o la investidura -mecanismos parlamentarios para crear, mantener o derrocar al Gobierno-; hasta la disolución parlamentaria -mecanismo gubernamental que junto con otros aparentemente menores como la información favorable del Gobierno a las proposiciones de ley, o a las enmiendas o iniciativas que pudieran romper el equilibrio presupuestario, corresponde al Ejecutivo, en el otro extremo de esta balanza.

Relación de fiducia, control, colaboración que, en el caso de nuestra Constitución, funciona como un *continuum* indisponible por cualquiera de las partes, con las matizaciones que respecto del Gobierno en funciones y desde la perspectiva del Gobierno, contiene la ley de desarrollo del Art 97 CE, la Ley 50/1997, modificada por la reciente 39/2015, con concretas variaciones de escasa enjundia por lo que atañe a esta cuestión. Y, respecto del Parlamento, interrumpida solo durante el periodo inter legislaturas, y, en los periodos inter-sesiones, salvables por medio de sesiones extraordinarias, también con las matizaciones de aquello que pudiera corresponder a las Diputaciones Permanentes.

En términos de funcionalidad el control parlamentario opera como limitación al poder del Gobierno, y como expresión de las posiciones de las minorías parlamentarias, de la oposición, frente al Gobierno y, asimismo, como proyección de elecciones políticas diferentes a las del Gobierno ante el electorado, ante el cuerpo electoral, sujeto primario en la democracia.

Pero si el control constituye el principal elemento en la relación sinalagmática Parlamento-Gobierno, propia del sistema parlamentario, no es el único medio relacional porque se trata de una relación compleja en la que participan otras variables, algunas ya indicadas, como es el caso de la responsabilidad, la información, o la colaboración o integración orgánica, todo lo cual constituye un entramado relacional en el que persiste la noción de reciprocidad, configurado en el título V de la CE y en los Reglamentos parlamentarios, que reclama el necesario concurso entre ambos poderes, caso, por ejemplo de la intervención complementaria en los estados excepcionales del 116 de la CE, o del Art 17 de la LO de Defensa Nacional -L.O. 5/2005, de 17 de noviembre-, relativo a la autorización por el Congreso del desplazamiento de tropas españolas al extranjero, o los diferentes supuestos de propuestas de nombramiento de titulares de órganos constitucionales o con relevancia constitucional.

Sí quisiera recalcar que el control y sus facultades conexas de información, fiscalización, intervención etc., impregnan todas las potestades parlamentarias: desde las instituciones tradicionalmente conceptuadas como de control, con carácter general, comprendiendo en ellas las denominadas en algún momento de impulso político, como pueden ser las preguntas en sus diversas manifestaciones: escritas, orales en

comisión, orales en pleno, reconvertidas de escritas en orales en comisión, urgentes etc.; a las interpelaciones; las mociones consecuencia de interpelación; las PNLs; las comparecencias; las comisiones especiales de estudio o de investigación, etc., Pero también el procedimiento presupuestario es funcionalmente un mecanismo de control del Parlamento al Gobierno, a través de las enmiendas y el debate, y del Gobierno al Parlamento al ser precisa la conformidad del Gobierno para la tramitación de toda proposición o enmienda que suponga aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios (Art.134.6 CE). Y, por lo mismo el procedimiento legislativo acoge el control por medio de las enmiendas de la oposición y, cuando se lleva a cabo, de las comparecencias de sectores sociales implicados en la iniciativa.

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES EN EL CASO DEL GOBIERNO CENTRAL

El Gobierno y la Administración son objeto del Título IV de la Constitución y de diversas leyes que lo desarrollan, entre otras la 50/1997 del Gobierno, Leyes 39/2015 y 40/2015 etc., amén de numerosas disposiciones reglamentarias que abarcan desde los Reales Decretos de nombramiento del Presidente del Gobierno y demás miembros del mismo, a los de organización del Gobierno y otras disposiciones.

Lo cierto es que el análisis de las relaciones Parlamento-Gobierno ha de partir de lo dispuesto en las normas constitucionales que son, obvia decirlo a estas alturas, verdaderas normas jurídicas, solo interpretables por el Tribunal Constitucional y no sometidas a la auto-composición de los órganos constitucionales por muy relevante que sea su posición constitucional. Y, de las normas constitucionales se infiere una relación entre órganos constitucionales, muy especial y sustentada sobre el principio de equilibrio de poderes desde el que la Constitución pergeña competencias de uno y otro poder (no entraremos en el Poder Judicial que tiene otro ámbito reservado y otra naturaleza) que básicamente consisten en lo atinente al Gobierno, las previstas en el Art 97 y demás preceptos del Título IV CE, así como la regulación de la confluencia entre uno y otro poder contenida en el Título V CE y fundamentada en la lógica del sistema que requiere la actuación de ambos poderes del Estado constitucional.

Sin esta perspectiva todo el sistema parlamentario se vendría abajo porque está claro que sin estos institutos de control mutuo, el juego de poderes se decantaría a favor de una hegemonía del Parlamento, que transformaría el sistema de gobierno en algo similar al régimen de asamblea y, por lo mismo, una supremacía descompensada del Gobierno, conduciría a un presidencialismo tampoco querido por la Constitución que de forma palmaria recoge el sistema parlamentario. Pero además sin este equi-

librio quebraría la lógica del propio sistema, cuya finalidad primaria es funcionar. Este es el imprescindible punto de partida de la reflexión que sigue a continuación.

Qué ámbito de actuación tiene un Gobierno en funciones? (Ripollés Serrano)³⁰⁸. La estricta regulación constitucional de esta circunstancia en el Art. 101.2 CE es parca: “2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”.

El *tempus* del Gobierno se desarrolla, pues, desde el nombramiento por el Rey del candidato que ha obtenido la confianza parlamentaria del Congreso (Art. 99.3 CE) como Presidente y de los demás miembros del Gobierno, a propuesta del Presidente (Art 100 CE), al cese conforme al Art 101 CE que contempla que el Gobierno cesa por cinco posibles causas resultantes de la integración de este precepto con los restantes preceptos constitucionales: tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, esto es, que prospera una moción de censura que, por su carácter constructivo implica el cese del titular censurado y su sustitución por el candidato propuesto en la moción, lo que acorta necesariamente el periodo de gobierno en funciones; o que el Presidente pierde una cuestión de confianza y presente su dimisión al Rey, abriéndose el proceso de investidura; por dimisión; o fallecimiento del Presidente.

En el plano orgánico y funcional para determinar las facultades de un Gobierno en funciones habrá que estar a la normativa de desarrollo que es la ley del Gobierno –L.50/1997, de 27 de noviembre, así como desde su entrada en vigor el 2 de octubre de 2016, las nuevas leyes 39/2015, y 40 /2015.

Pues bien, la Ley del Gobierno –L. 50/1997– aborda las facultades del Gobierno en funciones en el Art 21 sobre las bases siguientes: En primer lugar la institución del Gobierno cesante como Gobierno en funciones responde a la necesidad lógica de evitar vacíos de poder en un órgano tan esencial como es el Gobierno. Sigue en esto, pues, la lógica constitucional cuya finalidad es mantener un *continuum* de poder en los órganos constitucionales, al igual que la Constitución recoge la institución de las Diputaciones Permanentes en el Art. 78 CE para evitar vacíos en el Poder legislativo.

En segundo lugar la actuación de un Gobierno en funciones se orienta a facilitar el normal desarrollo del proceso de formación de un nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo. Y efectivamente de un proceso se trata, complejo en su desarrollo por cuanto consiste en una sucesión de actos concatenados previstos en el Art 99 CE, como ya vimos, y complejo también en lo atinente a los sujetos participantes, con intervención de diferentes órganos constitucionales: el Congreso y el Rey y, en

³⁰⁸ Véase el trabajo de la misma autora en: Ripollés Serrano, (2016:267-281).

última instancia, para el caso de investidura fallida, tal y como ha sucedido en la XI Legislatura en 2016, con reversión al electorado por nueva convocatoria electoral.

En tercer lugar el principio general de actuación de un Gobierno en funciones consiste en una potestad limitada de hacer, ceñida “su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos”, y una obligación de abstenerse de adoptar “cualesquiera otras medidas”, salvo dos circunstancias: en casos de urgencia debidamente acreditados, o por razones de interés general, cuya acreditación expresa así lo justifique. Ambas excepciones –urgencia e interés general–, requieren acreditación; ante quién?, nada dice la Ley del Gobierno, si bien no resulta infundado que la acreditación fuera ante el Congreso de los Diputados, puesto que el Gobierno, ex Art. 108 CE “responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados”; sea ante el Congreso en plenitud de composición o ante la Diputación permanente, en cuanto este órgano de continuidad tiene por disposición constitucional la competencia de “velar por los poderes de la Cámara cuando esta no está reunida” (Art. 78 CE).

En cuarto lugar, la Ley del Gobierno prohíbe expresamente el ejercicio de tres facultades específicas al Presidente del Gobierno en funciones: 1º) Proponer al Rey la disolución de una o ambas Cámaras integrantes de las Cortes Generales (facultad prevista en el Art 115.1 CE). 2º) Plantear la Cuestión de Confianza (facultad que contempla el 112 CE). Y 3º) proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo (facultad prevista en el Art.92.2 CE y LORDMR. LO 2/1980 y modificaciones posteriores). ¿Qué tienen en común estas tres facultades vetadas al Presidente del Gobierno en funciones?. Entiendo que las dos primeras constituyen la última ratio desde la perspectiva del Ejecutivo, de la relación sinalagmática propia del sistema parlamentario, interrumpida por lo que atañe al Gobierno al no estar en plenitud de funciones; y la tercera supondría una posible vulneración del Ejecutivo del sistema parlamentario que encarna la democracia representativa, al eludir la existencia del Parlamento, mediante el recurso a un instrumento propio de la democracia directa. En todo caso estas expresas facultades suspendidas al Presidente del Gobierno, por estar en funciones, ponen de manifiesto el escrupuloso respeto de la ley del Gobierno a las competencias constitucionales de la forma de gobierno parlamentaria.

En quinto lugar, al Gobierno en funciones, como órgano colegiado, se le impide ejercer a tenor del Art 21.5. a) y b) y 6 de la LG, las funciones: 1º) Presupuestaria, esto es la aprobación del PL PGE (facultad prevista en el 134.1 CE). No en balde se ha dicho gráficamente que el presupuesto contiene la política del Gobierno en cifras e indudablemente tiene un componente de proyección temporal de las políticas del Gobierno en el futuro inmediato, del que carece un Gobierno en funciones. 2º) La iniciativa legislativa (facultad que la CE recoge en el Art 87.1 CE, y regula la normativa de desarrollo de la LG y otras disposiciones). Y 3º) continuar con el desarrollo de las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales, que permanecen suspendidas, “durante

todo el tiempo que el Gobierno este en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales”, no así, parece que habría que entender, en los otros supuestos causantes de un Gobierno en funciones (pérdida de confianza parlamentaria, aunque en este caso pudiera ser discutible, dimisión o fallecimiento), situación que se explicaría por el principio de conservación de los propios actos de un Parlamento que permanece en todos los demás casos, excepto en el de celebración de elecciones generales que causa unas nuevas Cámaras que suceden a las delegantes. No obstante lo cual, alguna dificultad podría plantear el control adicional de la legislación delegada por el Congreso (Art.153 RCD), cuando así lo establezcan las leyes de delegación, por la sucesión de Gobiernos en el ejercicio de esta delegación.

Los escasos precedentes sobre actuaciones de un Gobierno en funciones limitan la determinación del significado de algunos conceptos jurídicos indeterminados que figuran en esta materia en la regulación infra constitucional, si bien sí hay un dato evidente que el 101.2 de la CE ni contempla diferir la regulación de esta materia a la ley, ni tampoco contiene limitación constitucional a la actuación del Gobierno en funciones, como sí sucede en otras Constituciones (caso del Art. 189.5 de la Constitución portuguesa que establece que el Gobierno dimisionario se limitará a realizar los actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los negocios públicos; o el Art. 69.3 de la Constitución de la RFA que establece que el canciller esta obligado a seguir dirigiendo los asuntos de trámite hasta el nombramiento del sucesor; o Art. 15.2 de la Constitución danesa que dispone que el Gobierno en funciones solo podrá despachar asuntos ordinarios para asegurar la continuidad de sus funciones); limitaciones que sí se han incorporado por la ley de desarrollo del 97 CE – L 50/1997 del Gobierno, que, en este punto, como dice su propio preámbulo, contiene una regulación novedosa en nuestro sistema jurídico , no así en el tenor general del Derecho Constitucional comparado que refiere con carácter general asuntos de trámite y evitación de vacíos de poder.

Hasta el momento de redactarse esta ponencia no existía jurisprudencia constitucional específica sobre las facultades y limitaciones de un Gobierno en funciones, aunque sí habría habido pronunciamientos del TS al respecto – por todas se pueden citar las STS de 20 de septiembre de 2005, STS de 2 de diciembre de 2005, y STS de 28 de mayo de 2013. Y ello es así porque se trataba del conocimiento jurisdiccional de actos del Gobierno o manifestaciones del ejercicio de la potestad reglamentaria, sometidas a juicio de legalidad ante el correspondiente órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del Art. 9.1; 97 y 106.1 CE. Y Art. 26.3 de la L 50/1997 del Gobierno, así como Art. 2.a) de la LJCA y reiterada jurisprudencia del TS según la cual “Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo han de asumir aquel control incluso frente a los actos gubernamentales de dirección política, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquéllos y cumplido éstos al tomar la decisión de que se trate.” -F. D. 4º STS Sala 3ª 2-12.2005.

Ya impreso este texto la STC 115/2018 estimaba el conflicto de atribuciones planteado por el Congreso y respaldaba que el Gobierno en funciones puede ser controlado por el Parlamento con considerados respecto de los cuales esta ponencia coincidía.

Ahora bien como se apuntaba antes, la cuestión ha de ser también analizada desde la normativa reguladora del plano dinámico o relacional del Gobierno con respecto al Parlamento, que en este caso viene dada por lo dispuesto en el Art 9.1, y el Título V de la CE, constituyendo la configuración legal de esta materia, de una parte, la regulación contenida en los Reglamentos parlamentarios puesto que tales normas son las que disciplinan las funciones relacionales entre Parlamento y Gobierno, y, de otra parte, como recoge el propio Art 26.2 de la Ley del Gobierno con la rúbrica “Del control de los actos del Gobierno”, en tanto en cuanto “Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales”, además de su posible impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa y ante el Tribunal Constitucional, según previenen los apartados 3 y 4 del citado precepto; disposición que, por cierto, desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015, el 2 de octubre de 2016, ha pasado a ser Art 29, con alguna modificación de su texto actual en lo atinente a sustituir en el apartado 3, “omisiones” por inactividad e incorporar las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno, y de los órganos y actividades que regula la ley del Gobierno, a los actos objeto de recurso contencioso-administrativo.

Supone esto que cualquier consideración sobre el alcance de las relaciones propias del sistema parlamentario entre Parlamento- Gobierno, o Gobierno-Parlamento descansan, como apuntaba alguno de los fundamentos jurídicos de la citada jurisprudencia del TS, en disposiciones constitucionales que no son, o no solo son, el Art 97 y la ley de desarrollo, que es la ley del Gobierno y, en concreto su Art 21; sino, reiteramos, en el Art 1.3, 9.1 y en el Título V CE, los Reglamentos Parlamentarios y el Art 29 de la Ley del Gobierno.

Pues bien de estas disposiciones se desprende lo siguiente: En primer lugar, es axioma indiscutible el valor de la Constitución como norma jurídica, de ahí que las previsiones constitucionales no sean meras declaraciones políticas, sino prescripciones jurídicas de rango superior a cualquier otra.

En segundo lugar la CE previene en el Art 1.3 el sistema de gobierno parlamentario, ciertamente con dicción confusa en tanto en cuanto solapa la forma de gobierno Monarquía y la modalidad de una Monarquía constitucional, con el sistema de gobierno parlamentario asentado sobre la relación dual, sinalagmática parlamento–gobierno en el plano orgánico y sustentada sobre tres elementos en el plano relacional: electorado-parlamento-gobierno.

En tercer lugar la regulación de las facultades parlamentarias respecto del Gobierno se encuentra en el Título III y Título V CE y en los Reglamentos parlamentarios, sin

que de estas normas se desprenda la posibilidad de suspender las competencias del Parlamento o las facultades que pueda ejercer respecto de las situaciones no ordinarias más allá de lo expresamente previsto en las mismas.

Es más, que la Constitución opta por la continuidad parlamentaria da cuenta el hecho, ya señalado, de que se establecen las Diputaciones Permanentes de cada Cámara que actúan cuando éstas no están reunidas, sea porque están en periodo inter-sesiones o porque están en periodo inter-legislaturas. Es verdad que las competencias de las Cámaras se modulan en uno y otro caso, porque, si bien en el supuesto de periodos inter-sesiones, a través de la posibilidad de convocar sesiones extraordinarias de cualquier órgano parlamentario, la práctica muestra que las actividades de las Cámaras vienen siendo prácticamente iguales a las de los periodos de sesiones, en lo que afecta a legislación, control, información etc., durante las fases inter-legislaturas se restringe considerablemente la actividad parlamentaria y, por ejemplo, no cabe ejercicio de la actividad legislativa ordinaria durante estos periodos (Art 207 RCD: principio de caducidad con las excepciones de lo que tenga que conocer la Diputación Permanente), sino mera participación en la convalidación o derogación de los Reales Decretos-Leyes que pudiera aprobar el Gobierno (Art.57,1º.a) RCD), o, en otro orden de competencias, en relación con los estados excepcionales (Art.57.1º.b) RCD); y otro tanto puede decirse de las actividades de control, información e integración.

Ahora bien, una vez constituidas las Cámaras, la presunción es de plena capacidad para el ejercicio de las competencias reflexivas (auto-organización: constitución de órganos, etc.), y de las que le competen en relación con otros órganos constitucionales, especialmente con su contra-parte en el sistema parlamentario que es el Gobierno, respecto del cual, resulta obvio decir también que la primera y primaria competencia de un nuevo Parlamento es investir un nuevo Presidente del Gobierno.

Cuestión distinta, como ya se ha dicho, es la posición del Gobierno. Y es que, en efecto, las lógicas limitaciones de actuación de un Gobierno en funciones que ciertamente restringe sus funciones al puro mantenimiento ejecutivo y administrativo, al “despacho ordinario”, salvo acreditación del interés general o urgencia, sin menoscabo de la competencia del nuevo Gobierno, suponen necesariamente una afectación de la actividad parlamentaria en aquello que solo del Gobierno depende, por ejemplo en la imposibilidad de presentación de proyectos de ley, o en la imposibilidad de presentar el Proyecto de PGE, o de disolver las Cámaras, o plantear una cuestión de confianza (Art 97 CE y 21 LG), porque es cierto que no es posible dar más de lo que se tiene y sin duda el Gobierno en funciones no tiene estas facultades.

Dicho lo anterior, la responsabilidad gubernamental formal ante el Parlamento respecto de todo aquello que no le está vedado, y es mucho, véase, a título de ejemplo el

BOE a lo largo de 2016, donde no faltan, además de numerosas disposiciones, actos administrativos, e incluso actos en relación a otros órganos constitucionales, donde se aprecia que si bien hay una lógica ralentización de la actividad del gobierno en funciones, ésta, como también es lógico por su condición de “mantenimiento” de la gobernanza, permanece en muy diferentes sectores.

Y si no desaparece la actividad gubernamental, ni la Constitución vincula la responsabilidad del Gobierno ante el Congreso a que éste haya sido elegido por ese Parlamento. Antes al contrario, “El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados”, dice el tenor literal del tantas veces reiterado Art 108 CE, parece lógico concluir que esta responsabilidad por la gestión política y en el ámbito de la misma no se ve afectada formalmente puesto que, repetimos, jurídicamente nace de los Arts. 1.3, 66, y 108 y siguientes de la CE, 29.1 de la LG, y se desarrolla en los Reglamentos parlamentarios.

Añádase que el Gobierno, en funciones, auto-limitado y limitado en sus atribuciones, no obstante, como se ha apuntado por la actividad producida atendiendo exclusivamente a la referencia al BOE, sigue llevando a cabo la gestión política, sigue gobernando.

Por otra parte en ningún precepto constitucional o norma estatal de cualquier naturaleza se contempla la suspensión temporal de las funciones parlamentarias, como sí sucede en alguna legislación autonómica, tal y como ha analizado Gómez Corona³⁰⁹; y así puede afirmarse que ya sean las Cámaras de la Legislatura en que un Presidente dimite, o fallece, o pierde una cuestión de confianza, sean las nuevas Cámaras constituidas tras unas elecciones generales, durante el interregno entre la constitución de las nuevas Cámaras y la conformación de un nuevo Gobierno, o con la misma Cámara, durante el proceso de investidura de un nuevo Presidente del Gobierno, de igual o diferente inspiración política que el Gobierno en funciones, el Parlamento detenta intactas sus competencias.

Dicho lo cual sí cabría puntualizar que hay afectación modulada del ejercicio material, pues tan cierto es que no cabe disponibilidad de lo que la CE ha dispuesto como forma de gobierno —el sistema parlamentario—, como que no se puede exigir a un órgano constitucional ir más allá de lo que es su competencia con injerencia de las correspondientes a otro órgano constitucional, en este caso el Gobierno en funciones, con competencias constreñidas al mantenimiento de la *gobernanza* con los requisitos que establece la Ley del Gobierno.

De nuevo hay que insistir en un *leitmotiv* de este trabajo: la relación entre Parlamento y Gobierno en el sistema parlamentario es de naturaleza sinalagmática, pues

³⁰⁹ Gómez Corona, (2016:150-179).

corresponde al Parlamento en relación con su contraparte, que es el Gobierno, en primer lugar la obligación parlamentaria primaria que es la investidura de un Presidente del Gobierno por mayoría parlamentaria – absoluta en primera votación o relativa en segunda–, como también ejercer las funciones de información, control, colaboración e integración, propias de tal sistema, puesto que lo contrario significaría una dejación de competencias constitucionales y desvirtuar la funcionalidad del Parlamento en la democracia representativa, que se dirige tanto a la cooperación entre órganos constitucionales, como a garantizar la representación de y ante el electorado, ajeno a que por diversas vicisitudes, ni el Parlamento se informe o controle hasta donde pueda controlar, ni el Gobierno responda hasta donde pueda responder.

Y al Gobierno compete responder ante el Parlamento en aquello que constituye el ámbito de sus competencias, necesariamente restringido en el caso de un Gobierno en funciones, puesto que mantiene la continuidad de su función ejecutiva, reglamentaria, de dirección administrativa y de dirección política, así como la relación con los órganos constitucionales, que empieza por su especial relación con el Parlamento.

Tan inverosímil pudiera parecer que durante un periodo largo de interinidad el Gobierno se abstuviera, expresa o tácitamente, de ejercer sus competencias en orden al “mantenimiento del despacho ordinario de los asuntos públicos” como que un Parlamento hiciera dejación de sus atribuciones pretextando que ese no es su Gobierno elegido, cuando, de facto, para la oposición, un Gobierno electo no suele ser el Gobierno elegido. Sucede, no obstante que uno y otro órgano constitucional requieren del otro para el pleno ejercicio de sus competencias, y es de este principio de reciprocidad de donde provienen las respectivas limitaciones que contiene la regulación constitucional y el resto del ordenamiento jurídico, que ha habilitado institutos de mutuo control; caso de la necesidad de esa forma de “placet” gubernamental a las proposiciones de ley o enmiendas que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios prevista en el Art. 134.6 CE, o la propia participación de un representante del Gobierno en la Junta de Portavoces (39.2 RCD y 43.2 RS) que equivale a dar al Gobierno participación en la determinación del orden del día del Pleno de las Cámaras, o la facultad de solicitar que las Cámaras se reúnan en sesión extraordinaria a petición del Gobierno, entre otros posibles sujetos (Art. 73.2 CE), o la obligación de comparecer a requerimiento de las Cámaras (Art. 110 CE) o prestar la información y ayuda que recaben la Cámara y sus Comisiones (Art. 109 CE). Todos ellos instrumentos que están constitucionalmente ordenados a garantizar el equilibrio entre dos poderes esenciales del Estado.

Y así la facultad de oponerse a una Proposición de Ley o enmienda por la cláusula de equilibrio presupuestario se fundamenta en la necesidad de mantener el balance presupuestario sin descompensaciones producidas por iniciativas parlamentarias ya sea mediante una proposición de ley o una enmienda a una iniciativa legislativa

o específicamente enmiendas al proyecto de Presupuestos Generales del Estado, que pudieran alterarlo.

Este género de actuaciones gubernamentales de oposición a la tramitación comprende distintas manifestaciones como son: 1º) el requisito de la conformidad del Gobierno a las enmiendas que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios, a cuyo fin los Reglamentos establecen un procedimiento que consiste en la siguiente opción: bien en el envío al Gobierno de las enmiendas por la ponencia, por conducto del Presidente de la Cámara, con respuesta razonada del Gobierno en 15 días en el Congreso y 5, o 2 en el procedimiento de urgencia, en el Senado; respuesta que, de no producirse, supone silencio positivo a la tramitación; o, bien, en defecto de este procedimiento de consulta, cabe posible manifestación de disconformidad del Gobierno a lo largo de toda la tramitación (Art. 111 RCD y 151.2 RS); 2º) por otra parte la conformidad o no en la tramitación de proposiciones de ley que, asimismo, impliquen aumento de créditos o disminución de ingresos, a cuyo fin el Gobierno dispone de 30 días en el caso del Congreso, y 10 días desde la remisión por la Cámara en el Senado, cuyo transcurso sin negativa expresa, permite la toma en consideración (Art.126.2,3 y 4 RCD y 151.1 RS); y 3º) específicamente en el propio procedimiento especial presupuestario también se dispone que las enmiendas al proyecto de ley de Presupuestos que supongan minoración de ingresos requerirán la conformidad del Gobierno para su tramitación (Art 133.4 RCD).

Obviamente en el caso de un Gobierno en funciones resulta inoperante el tercero de los mecanismos citados pues en tal situación desaparece la competencia presupuestaria gubernamental; es limitado en el primer supuesto porque la competencia legislativa disminuye y por ende también la facultad de enmienda; y es un instrumento constitucional al servicio del equilibrio presupuestario, cuya virtualidad guarda relación con otros elementos parlamentarios, y así, tendencialmente, los Gobiernos con fuertes mayorías de apoyo parlamentario y fortaleza institucional, tienden a recurrir al rechazo meramente político con votaciones contrarias a esta clase de iniciativas, mientras que los Ejecutivos con debilidad parlamentaria o escasa fuerza institucional recurren a estos instrumentos previos a la manifestación de voluntad parlamentaria mediante votaciones, para evitar que el Parlamento filtre iniciativas costosas, en términos económicos y también políticos.

En todo caso resulta indiscutible que se trata de un poderoso instrumento gubernamental para limitar la competencia legislativa del Parlamento, tanto respecto de iniciativas cuanto de enmiendas, cuyo uso ha de ajustarse al principio de proporcionalidad y cuya utilización tiene un límite específico, objetivo y contable, el presupuestario.

Por el contrario parece lógico considerar que la facultad del Gobierno de oponerse a la tramitación de una Proposición de ley o enmienda contraria a una delegación

legislativa resulta inaplicable en el caso de un Gobierno en funciones afectado por la limitación prevista en la Ley del Gobierno que prevé que el desarrollo de las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes quedará suspendido durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.

Sí mantiene el Gobierno en funciones la facultad de ser oído y comparecer en las Cámaras o remitir informes al Parlamento y, de hecho, ha sido utilizada durante el periodo de Gobierno en funciones, tanto en Pleno, donde compareció el Presidente del Gobierno a petición propia y de diferentes Grupos parlamentarios (comparecencia en Pleno de 6 de abril de 2016, para informar sobre los Consejos Europeos de los meses de febrero y marzo y sobre la Cumbre UE-Turquía de 18 de marzo); como en Comisión (comparecencia ante la Comisión de Hacienda a petición propia del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas el 7 de abril de 2016 para explicar el desarrollo de la LOEPySF, a partir del cierre del déficit del conjunto de las administraciones públicas 2015, en respuesta a la recomendación recibida por el Gobierno de España de la Comisión europea acerca de la situación de los Gobiernos autonómicos; o comparecencia de 19 de abril de 2016 del Ministro de Economía y Competitividad ante la Comisión de Economía y Competitividad, a petición propia y de varios Grupos parlamentarios para informar sobre el programa de estabilidad 2016/2019 y relaciones económico financieras con Cuba; y comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores ante la Comisión de Asuntos Exteriores el 17 de febrero de 2016, para informar con carácter previo sobre el contenido de los asuntos que se tratarán en el Consejo Europeo los días 18 y 19 de febrero de 2016, a petición del Grupo parlamentario popular).

Han sido precisamente las comparecencias uno de los elementos que ha puesto de manifiesto durante el periodo de gobierno en funciones cierto uso alternativo de la obligación de comparecer que se desprende de la aceptación de propuestas de Grupos en unos casos, incluso del mismo Grupo parlamentario que apoyaba al Gobierno, o del propio Gobierno en otros, junto con una rechazo sistemático respecto de la mayoría de comparecencias de Ministros y la práctica totalidad de autoridades y altos cargos.

A destacar como el Gobierno en funciones carece del derecho de disolución parlamentaria pues en el supuesto de que hubieran transcurrido dos meses sin que ningún candidato obtuviera la investidura, conforme al Art. 99.5 CE. quien refrenda el acto del Rey ex Art. 62 b) y 64 CE y por tanto el responsable de la disolución, no es el Presidente del Gobierno, sino el del Congreso de los Diputados, como así ha sucedido con el Real Decreto 184/2016, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, refrendado por primera vez, tras la investidura fallida, por el Presidente del Congreso, por entonces D. Patxi López Álvarez.

Al margen de esta circunstancia el Presidente del Gobierno tiene la posibilidad de hacer de la disolución anticipada un medio de resolución de conflicto entre Gobierno Parlamento, facultad nada irrelevante como solución ante una situación de bloqueo parlamentario al Gobierno o de extrema dificultad en las relaciones inter-orgánicas y, sin duda, un poderoso mecanismo de control gubernamental, solo limitado por la disposición constitucional de que no haga menos de un año de la anterior disolución (Art 115 CE).

Pues bien, la XI Legislatura constitucional comenzó el 13 de enero de 2016, fecha de la sesión constitutiva de las Cámaras según lo dispuesto en el Real-Decreto 977/2015, de 26 de octubre de disolución del Congreso y del Senado y de convocatoria de elecciones. Y finalizó el 3 de mayo de 2016, día de la disolución por Real-Decreto 184/2016, de 3 de mayo del Congreso y del Senado y de convocatoria de elecciones.

Conforme a lo dispuesto en el Art 99.5 CE, no habiendo obtenido ningún candidato la confianza del Congreso para ser investido Presidente, el Rey, con el refrendo del Presidente del Congreso disolvió las Cámaras de la XI Legislatura y convocó elecciones que se celebraron el 26 de junio de 2016, constituyéndose las Cortes de la XII Legislatura el 19 de julio. Y, tras una investidura fallida (30 y 31 de agosto y 2 de septiembre), el Congreso aprobó la investidura del Presidente del Gobierno el 29 de octubre de 2016.

Los datos referidos suponen que, desde el 26 de octubre de 2015 al 29 de octubre de 2016, el Gobierno estuvo en funciones mientras que el Parlamento elegido para la XI Legislatura desde el 13 de enero de 2016 hasta el 3 de mayo de 2016, y el Parlamento elegido para la XII el 26 de junio de 2016, y constituido el 19 de julio y hasta la investidura el 29 de octubre, era un parlamento con plenitud de capacidad parlamentaria; esto es, un Gobierno en funciones prácticamente a lo largo de un año y un Parlamento en plenitud alrededor de 7 meses.

¿Qué sucedió a lo largo de esta etapa sin precedentes en el régimen constitucional de la Constitución de 1978 y, qué lecciones constitucionales se pueden extraer de lo sucedido?.

De los datos parlamentarios publicados en las páginas web parlamentarias se desprende una fluida actividad parlamentaria en distintos campos, así como un desarrollo ordinario de las relaciones con diferentes órganos y representantes de la sociedad civil, pero no así con el Gobierno en funciones o altos cargos o autoridades de él dependientes, que podría considerarse que son los más comprometidos con el Parlamento.

Durante esta etapa la posición del Gobierno, conocida por las referencias a un informe publicadas en la prensa fue, dicho muy sucintamente, que no ha lugar a responder a los requerimientos de control, toda vez que la Cámara no puede someter al Gobierno en funciones a iniciativas de control en la medida en que no existe relación de con-

fianza entre un Gobierno en funciones y el Congreso de los Diputados”. Posición que dio lugar al debate y aprobación de un conflicto de atribuciones entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno de la Nación como consecuencia de la invasión de las atribuciones de la Cámara producidas por la decisión del Gobierno de no someterse a la función de control de la acción del Gobierno que fue comunicada mediante oficio del Ministerio de la Presidencia; conflicto planteado por ocho grupos parlamentarios y aprobada en Pleno de 6 de abril de 2016 por 218 votos a favor, 113 en contra, y 4 abstenciones. (Véase D/S Pleno 6-4 -2016) conforme al Art. 59.1.c) y 73 de la LOTC.

A esta idea se añade la consideración del Gobierno de que las discrepancias en la interpretación de los asuntos que no sean de despacho ordinario serán resueltas por el Poder Judicial al tratarse de un control de legalidad al margen de valoraciones de carácter político, y que las competencias de despacho ordinario no tienen interés alguno para el control político pues son actos que no implican directriz u orientación política alguna y que carecen de entidad para ser objeto de control político aunque fueran realizados por un Gobierno que contara con la confianza de la Cámara.

No procede un análisis específico de la materia propia del conflicto trabado, hallándose la cuestión *sub iudice* ante el Tribunal Constitucional, en el momento de escribir estas líneas, pero sí parece procedente alguna reflexión general y abstracta como la que sigue a continuación, deducidas de los datos brevemente resumidos que se han citado:

Se viene sosteniendo en este trabajo que el control es una relación sinalagmática entre diferentes órganos, y que el control parlamentario es eje de la obligada relación entre dos órganos del Estado constitucional llamados a entenderse en los términos previstos en la Constitución, sobre un juego de equilibrios entre ambos. Pues bien de la filosofía que subyace en la negativa del Gobierno a someterse a las disposiciones constitucionales en esta materia, que no distinguen entre Gobierno en plenitud y Gobierno en funciones, parece desprenderse una concepción unilateral y no dual del sistema de gobierno parlamentario tal y como determina la Constitución.

Por otra parte la expresión de esta filosofía se efectúa desde una idea de auto disposición y no atendiendo al carácter heterónomo del control político, porque si el control tiene de manera inmediata por finalidad informarse, fiscalizar e incluso criticar actuaciones del Gobierno, de manera mediata esa posición lo es en garantía del pluralismo y de la plural composición del cuerpo electoral.

En la posición de rechazar el sometimiento de un Gobierno en funciones al Parlamento subyace una cierta confusión entre mayoría y minoría. Porque si un Gobierno en el sistema parlamentario emana de la investidura producida por la mayoría del Parlamento, no es menos cierto que ha de someterse a las iniciativas de control de

las minorías, en cuanto constituyen la oposición parlamentaria, sean estas una oposición minoritaria, o mayoritaria, como en el presente supuesto, porque no es cuestión numérica sino de principios que el Gobierno responde ante el Parlamento, ante la mayoría y, evidentemente, ante la oposición.

Resulta llamativo un uso selectivo del control que no se contempla en ninguna disposición, porque si es innegable que en la actuación del control hay un aspecto vinculado y otro de oportunidad, también es innegable que la realización del control no es unilateral sino expresión de esa concertación, de la que, por ejemplo, es muestra la participación de un representante del Gobierno en la Junta de Portavoces cuando se trata de fijar el orden del día de una sesión del Pleno, o las numerosas reuniones y contactos entre oposición y Gobierno para perfeccionar acuerdos parlamentarios. No se entiende por qué en esta circunstancia ha habido tal gestión disociada.

Por lo demás en la posición teórica sustentada por el Gobierno parece haber un punto de partida “administrativista” que conduce a una asimilación de control de constitucionalidad a control de legalidad, controles que son, obviamente, diferentes, y que así distingue la Constitución y la Ley del Gobierno en el Art. 26 (actual 29), como no podía ser de otro modo, por el distinto alcance constitucional de un lado de los Arts 97 y 106 y de otro del 9.1, 66 y 108. Item mas, habida cuenta de la jerarquía normativa de la Constitución de la que directamente proviene el control parlamentario, obviar esta circunstancia pudiera entenderse como contrario al principio de jerarquía normativa y a la noción de Constitución como Ley primaria y fundamental del ordenamiento jurídico, lo que no es posible, ni siquiera como confusión.

Ciertamente un Gobierno en funciones es un Gobierno con limitaciones legales de actuación, tal y como ya se refirió, en cuanto al Gobierno como órgano colegiado y a su Presidente. Efectivamente el Parlamento no podría pedir aquello que el Gobierno no tiene, como que remita el proyecto de Presupuestos generales o que plantee una cuestión de confianza. Pero un Parlamento en plenitud, puede y debe ejercitar sus competencias, porque el control parlamentario no es disponible en su naturaleza aunque sí en las actuaciones que para su ejercicio estén imposibilitadas de realización por la incapacidad de la otra parte de la relación de control.

Dicho lo anterior el control implica responsabilidad y, reclamada la responsabilidad del Gobierno en funciones para, en el marco de su capacidad limitada, someterse al control parlamentario, también se puede decir, por la reciprocidad de la relación que se viene reiterando, que el Parlamento tiene obligaciones y una específica responsabilidad sobre un elemento tan importante en el sistema parlamentario, como es la formación de Gobierno, la investidura, que, ciertamente, y muy probablemente, mas como incapacidad de los sujetos, que de la institución, no se pudo desempeñar durante la fallida XI Legislatura y en los tres primeros meses de la XII.

Bibliografía.

Alba Navarro. M. (2007) Encuesta sobre control parlamentario. *Teoría y Realidad constitucional*. 19.

Aragón Reyes. M. (1995). *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires, Ciudad argentina D.L.

– (1986) El control parlamentario como control político. *Revista de Derecho Político*, 23, 9-39.

Aranda Álvarez. E. (2007). *Teoría y realidad constitucional*. 19, 105-134.

Arce Janáriz. A. (1995) La organización del control parlamentario en las Asambleas de las Comunidades Autónomas. *Revista Jurídica de Asturias*. 19, 111-141.

Bustos Gisbert, R. (2001) *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?: la necesaria reformulación de un principio esencial del sistema parlamentario*. Madrid, Colex.

Brage Camazano.J. Reviriego Picón.F (2006) Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (Las SSTs de 20 de Septiembre y 2 de Diciembre de 2005). *Teoría y realidad constitucional*. 18, 445-486.

Fayt, C.S. (1973) *Derecho Político*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, S.A. 4ª Ed.

García Fernández.J. (1997). El control parlamentario desde la perspectiva del Gobierno. *Cuadernos de Derecho Público*. 2, 195-221.

García Morillo. J. (1985) *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*. Madrid, D. Publicaciones Congreso de los Diputados.

García Roca.J. e Ibrido.R (2013). El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y alguna de sus mejores prácticas: el Comité para la legislación y la Comisión de Presupuestos. En: XIX Jornadas AELPA. *El control del Gobierno en democracia*. Madrid, Tecnos.

Gómez Corona. E. (2016). Las limitaciones del Parlamento recién constituido durante la *prorrogatio* gubernamental. *Revista de Derecho Político*, 96, 150-179.

Lavilla Ruvira.J.J. (1994) Control parlamentario del Ejecutivo. España. En: *Jornadas de Derecho Constitucional Comparado. Democracia representativa y parlamentarismo*. Madrid, P. Senado.

Lipset, S .M. and Rokkan, S. (1967) *Party systems and voter alignments: cross-national perspectives*. The Free Press, N York. Collier-Macmillan Limited, Canada. 2ª Pr.

López Guerra. L. (1996) El control parlamentario como instrumento de las minorías. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. 8, 86

López Pina.A. (2007). Encuesta sobre control parlamentario. *Teoría y Realidad constitucional*, 19, 20.

Montesquieu. (1886) *De L'Esprit des Lois*. Paris. F Didot et C. *Cap IV. Libro XI*.

Peña Rodríguez. L de la. (1998). El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución. En: V Jornadas de AELPA, *Parlamento y control del Gobierno*. Pau i Vall (coord.) Pamplona, Aranzadi

Ripollés Serrano. M.R.

- (2017) El control parlamentario del Gobierno en funciones. REDC, N° 37.2017
- (2016) El control parlamentario del gobierno en funciones. En F.J. Matia Portilla (dtor). *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*. Valencia Tirant Lo Blanch.
- (1978). La regulación vigente de las relaciones Legislativo-Ejecutivo (la ley de 17-11-77 y los Reglamentos provisionales del Congreso y el Senado de 13 y 14 de octubre de 1977). En: Ramirez. M (editor) *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas (el proceso constitucional español)*. Barcelona, Labor.

Tudela Aranda. J. (2007). La renovación de la función parlamentaria de control. *Teoría y Realidad constitucional*, 19, 76-104.

Van Aelst. P. et Louwerse. T. (2014) Parliament without Government: The Belgian Parliament and The Government Formation Processes of 2007-2011, *West European Politics* ,37:3, 475-496,DOI:10.1080/01402382.2013.832953

Varios autores. (1997) *VI Jornadas de Derecho parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid, D. Publicaciones del Congreso de los Diputados.

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO
Y EL PODER JUDICIAL

**LA POSICIÓN JUDICIAL FRENTE A LAS ANTINOMIAS
ENTRE LEYES ESTATALES Y AUTONÓMICAS**

Eduardo Hinojosa Martínez

1. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN

Me propongo en los siguientes minutos abordar una de las cuestiones más complejas que presenta el modelo constitucional de relaciones entre el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales. La cuestión no solo divide a ambos elementos de la relación, sino que tampoco se aparece presidida por una postura duradera y consolidada del propio Tribunal Constitucional ni aceptada por todos sus miembros.

Me refiero concretamente a las posibilidades de intervención con que cuentan los Tribunales ordinarios para inaplicar normas autonómicas que pueden considerarse contrarias a otras estatales sin necesidad de acudir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Dado el estrecho margen de tiempo del que dispongo, es evidente que la cuestión no podrá recibir el detalle que merece. Por ello, deberá ser acotada a sus elementos sustanciales, lo que, ante todo, con independencia de otros supuestos en los que puede plantearse, obliga a referirla exclusivamente al de relaciones bases-desarrollo y, más concretamente, a la contrariedad de las leyes autonómicas a las básicas estatales, partiendo así de la constitucionalidad de estas.

Más precisamente, el examen quedará centrado en el supuesto de leyes autonómicas anteriores y contrarias a leyes básicas posteriores, supuesto sobre el que se centran fundamentalmente las dudas planteadas.

II. VULNERACIÓN DE NORMAS BÁSICAS POR LEYES DE DESARROLLO POSTERIORES

En la otra hipótesis, es decir, la de contrariedad de leyes autonómicas posteriores respecto de bases estatales anteriores, la postura del Tribunal Constitucional, mantenida inalterada desde el principio, se ha basado en la exclusividad de su competencia para conocer de esta cuestión.

Así lo hizo la Sentencia 163/1995, dictada en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con la Ley 2/1989, de 18 de julio, de aprobación del Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y de establecimiento de medidas adicionales para su protección. En este caso, tras la dura controversia suscitada en el seno de proceso judicial sobre la necesidad misma de ese planteamiento frente a las posibilidades que ofrecía la prevalencia de la norma estatal básica en liza, que no era otra que la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, la Sala de Granada terminó por elevar la cuestión al Tribunal Constitucional, que a pesar de todo y en atención a la trascendencia del problema, decidió exponer su opinión sobre este particular extremo, afirmando la exclusividad de su propia jurisdicción sobre el control de la constitucionalidad en estos casos, es decir, de leyes autonómicas posteriores y contrarias a leyes básicas, función en la que, según se decía, ha de entenderse incluida la pretendida inaplicación de dichas leyes autonómicas.

Según el TC, la cuestión encontraba precisa respuesta en la propia Constitución y en el Estatuto de Autonomía, en cuanto reservan a aquel el control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley [artículos 163 y 153 a) CE y 45.1 EAA]. Según entendía el Tribunal, todo ello planteaba el problema relacionado con lo que deba entenderse por “control de constitucionalidad”, en el que, sin embargo, consideró incluido el supuesto que se trataba, de relación entre contenidos básicos y su desarrollo. Se afirmaba como conclusión que “...el control de la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2/1989, de Espacios Naturales Protegidos, respecto del artículo 149.1-23° CE en relación con lo dispuesto en los artículos 6 y 15.2 Ley 4/1989, de Conservación de Espacios Naturales, corresponde a este Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en los artículos 163 y 153 a) CE, y 45.1 EAA.”.

Esta concreta opinión del TC respecto de la contrariedad de leyes de desarrollo posteriores y contrarias a bases anteriores se ha mantenido inalterada hasta nuestros días.

No obstante, el Tribunal Supremo no siempre ha respetado esa tesis. Un reciente ejemplo de ello puede verse en la STS de 15 de julio de 2014 (casación 511672011), que al examinar el Plan de Ordenación Urbana de Toledo, inaplicó las previsiones

del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la actividad urbanística en Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto 284/2004, sobre la inexigibilidad de trámite de audiencia en caso de introducción de modificaciones en el proyecto de planeamiento, por considerarlas contrarias a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del Suelo y valoraciones.

Con fundamento en la tesis sostenida para estos casos, de normas autonómicas posteriores y contrarias a bases anteriores, la STC 195/2015 estimó el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo, ante la falta de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo (y la Sala de procedencia).

Ciertamente, la Sentencia, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, fue acompañada por el voto particular de Xiol, aunque da la impresión que la objeción fue equivocada al referirse al planteamiento en el caso de un supuesto de ley de desarrollo anterior y contraria a una ley básica posterior, que no era el caso.

Tras la citada sentencia del Tribunal Constitucional, la Sala de procedencia, esto es, la de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, planteó cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley inicialmente inaplicada, cuestión que fue resuelta por la STC 28/2017, de 16 de febrero, declarando la inconstitucionalidad de la citada ley autonómica una vez comprobada asimismo la legalidad constitucional de la ley básica. La sentencia constitucional fue seguida de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 31 de marzo de 2017, estimatoria nuevamente del recurso, pero esta vez con fundamento en aquella previa declaración de inconstitucionalidad.

Las SSTC 1/2017, 20/2017 y 82/2017, de 22 de junio, han insistido en la tesis general aplicada sobre la reserva a favor del Tribunal Constitucional del control de constitucionalidad mediato de leyes autonómicas posteriores y contrarias a bases anteriores, aspecto este en el que, como puede verse, parece haber existido continuidad desde un primer momento en la opinión del TC sobre la exclusividad de la jurisdicción constitucional para efectuar dicho control, es decir, cuando se trata de leyes autonómicas posteriores y contrarias a las bases estatales.

La postura, además, no admite cuestión. En efecto, sobre ello debe convenirse en que, de acuerdo con el propio concepto de norma básica que viene sosteniéndose desde un principio, mediante el ejercicio de las competencias estatales de esta naturaleza, el Estado delimita concretamente el ámbito de sus atribuciones constitucionalmente previstas. Este y no otro es el fundamento último de la inclusión de las normas básicas en el bloque de la constitucionalidad y de la posible existencia de aquella inconstitucionalidad mediata o indirecta, es decir, no por contraste directo con las normas constitucionales sino por el que se extrae de las propias bases estatales (sobre este último punto, puede verse también la reciente STC 109/2017, de 21 de septiembre).

Además, es evidente que, por tal razón, en estos supuestos no se plantea caso alguno de conflicto, es decir, de choque de normas autonómicas y estatales dictadas en ejercicio legítimo de la competencia respectiva, ámbito al que, recuérdese, se ciñe la cláusula constitucional de prevalencia (las normas del Estado, dice el artículo 149.3 CE, “..prevalecerán en caso de conflicto..”), De forma distinta, cuando una norma autonómica de desarrollo contraría bases estatales anteriores, aquella norma no se emite en el ámbito propio de las atribuciones autonómicas. Por lo tanto, si así ocurre, la norma autonómica será inconstitucional, si se quiere de manera mediata o indirecta, pero la razón de su inaplicación solo podrá encontrarse en su inconstitucionalidad, que, en fin, corresponde declarar únicamente al Tribunal Constitucional.

El siguiente examen se centrará pues en aquel otro supuesto, de leyes de desarrollo anteriores y contrarias a bases posteriores, ello, tras algún apunte de los antecedentes que ha recibido, tratando de exponer el estado actual de la cuestión, y ofreciendo alguna modesta opinión sobre ella de quien les habla.

III. LEYES BÁSICAS CONTRARIAS A DESARROLLOS ANTERIORES. PRECEDENTES

Pues bien, la postura inicial del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión parecía marcada por la posibilidad de inaplicación de tales leyes autonómicas.

Tal vez la primera ocasión en que el Tribunal se pronunció al respecto fue en la STC 132/1989, que al examinar la denuncia de nulidad por incompetencia de cierto precepto de la Ley catalana 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Agrarias (concretamente, su artículo 12, que establecía la afiliación obligatoria a tales Corporaciones), concluyó en la ociosidad de su pronunciamiento al respeto, entre otros motivos, porque dicha norma ya había sido “desplazada” por otra ley básica posterior, la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, de Bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias.

A este mismo efecto desplazamiento se refirió más adelante la STC 173/1998, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 12 de febrero, de Asociaciones, que al mencionar el posible establecimiento por el Estado de condiciones básicas en relación con el derecho de asociación declaró que en tal caso, de entrar en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, “..éstos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas..”.

En suma, en este primer momento se admite el desplazamiento de leyes autonómicas de desarrollo anteriores por leyes básicas posteriores.

Con todo, en una segunda etapa el Tribunal Constitucional asumió como propia la función del control de tales leyes de desarrollo, negándose a admitir la aplicación en tal caso de la cláusula constitucional de prevalencia.

La etapa se inicia con la Sentencia 1/2003, dictada en relación con la Ley 5/1995, 20 de abril, de modificación parcial y urgente de la Ley de la Función Pública de Extremadura (recurso de inconstitucionalidad), que declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de esta ley por contravenir normas estatales básicas posteriores a su aprobación, lo que precisamente justificó la posposición de los efectos del fallo a la entrada en vigor de dichas normas básicas.

La sentencia 1/2003 vino acompañada de un voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez (asumido por Jiménez de Parga y Cabrera y Delgado Barrio), que, precisamente, consideraba de aplicación en tal caso de la cláusula de prevalencia, la cual, según se decía, no daba lugar a la nulidad de la norma autonómica, válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad. Se reclamaba así la aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías en el que la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos. En último extremo, el voto particular se pronunciaba a favor de la competencia de los Tribunales de Justicia para resolver directamente las colisiones que se producen -cada vez con mayor frecuencia- entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia, mediante la inaplicación de aquellas normas autonómicas.

De todas formas, debe notarse que si bien en este supuesto el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma autonómica de desarrollo por su contrariedad a una Ley estatal básica posterior a ella, no llegó a afirmar la exclusividad de su competencia para examinar esta cuestión.

La tesis fue mantenida en las SSTC 178/2004 y 162/2009. Se hablaba entonces de la existencia en tales casos de inconstitucionalidad mediata o indirecta, por no derivar del contraste de la Ley autonómica con la constitución sino con el bloque constitucional, en el que se integra la norma básica estatal. Además esta inconstitucionalidad se calificaba de sobrevenida o ulterior, no inicial, cuando la norma autonómica se ajustaba a las bases estatales vigentes al tiempo de su aprobación.

De todas formas, en el seno del propio Tribunal esta cuestión seguía sin resolverse de forma unánime, al menos en aquella primera sentencia, la STC 178/2004, que

vino acompañada del voto particular de Rodríguez-Zapata (al que se adhirió R. García Calvo).

La STC 162/2009, no fue objeto de voto particular alguno, a pesar de intervenir Rodríguez-Zapata en la sección que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad.

Podría decirse pues que en esta segunda etapa, el Tribunal Constitucional afirmó su competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes autonómicas anteriores por colisión con leyes básicas posteriores, aunque ello sin excluir la intervención de la jurisdicción ordinaria en estos casos.

Un tercer período se inicia con la STC 66/2011, que estimó el amparo interpuesto frente a la inaplicación judicial del artículo 131 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, por contrariedad al artículo 47 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, sobre mayorías exigidas a los acuerdos plenarios para la alteración de la capitalidad de municipios.

Para el Tribunal Constitucional, la inaplicación de la norma autonómica (anterior a la básica) sin el previo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, suponía la vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE): “..La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular -como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España..”.

En esta ocasión la sentencia se acompañó del voto particular de Delgado Barrio (Rodríguez-Zapata había ya cesado en su cargo en 2010).

La estimación del recurso de amparo fue seguida del planteamiento por el Juzgado de procedencia de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por la STC 159/2012, con el resultado de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley autonómica anterior por vulneración de bases estatales posteriores.

La tesis se mantuvo en la STC 106/2014, que, por cierto, no fue objeto de voto particular alguno a pesar de haber sido dictada por el Pleno del Tribunal, al que pertenecía ya Xiol Rios, que, como se verá, más adelante objetaría la postura del Tribunal.

Como puede verse, la consecuencia de todo ello no era otra que la afirmación de la exclusividad de la jurisdicción constitucional para verificar el control de normas de desarrollo anteriores y contrarias a bases posteriores. Se proclama asimismo que la intromisión de la jurisdicción ordinaria en este control conlleva la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido.

Una cuarta y última etapa viene marcada por la STC 102/2016, dictada por el Pleno del TC en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el artículo 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de esa Comunidad, sobre mayorías exigibles a la iniciativa para la fusión voluntaria de municipios, por considerarlo contrario al artículo 47 la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción dada por aquella misma Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Se trataría pues nuevamente de la contrariedad de una norma autonómica anterior a una ley básica posterior, es decir, de inconstitucionalidad mediata y sobrevenida.

Pues bien, en este caso el Tribunal Constitucional se apartó de la doctrina seguida, aunque solo para el supuesto entonces contemplado, en el que la norma autonómica no había hecho sino reproducir la legislación básica, y esta se modificó después siendo incompatible con aquella. En ese caso la propia Administración autonómica dio aplicación a la norma básica posterior, inaplicando la regional.

El Tribunal admitió esta excepción a su tesis general con fundamento en los “inconvenientes” que dicha tesis presentaba y, concretamente, en la imposibilidad por parte de la Administración de plantear cuestión de inconstitucionalidad. También acudió a la reconocida posibilidad de la jurisdicción ordinaria de apreciar la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes anteriores a la Constitución. El Tribunal consideró asimismo que esta técnica, de repetición de normas básicas por las normas de desarrollo, tenía la razonable finalidad de ofrecer un mejor conocimiento del conjunto normativo resultante de la colaboración bases-desarrollo.

En fin, en ese supuesto excepcional el Tribunal Constitucional admitió la aplicación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal. En tales casos, decía, en los que la norma autonómica no supone el ejercicio de una competencia propia, sino que manifiesta un “puro mimetismo” con la regulación contenida en la legislación básica la aplicación del principio de prevalencia del Derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Como consecuencia de todo ello, el Tribunal terminó declarando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Las SSTC 116/2016 y 127/2016, dictadas en asuntos idénticos al anterior (cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en procesos coincidentes), reiteraron las declaraciones de la citada STC 102/2016.

Es más, la STC 204/2016 (del Pleno del Tribunal) extendió ese supuesto excepcional, de repetición autonómica de bases estatales, al caso de emisión de la norma territorial en ausencia de ley básica estatal, quedando posteriormente contrariada por esta, supuesto que se consideró coincidente en sustancia con el anterior.

La sentencia, sin embargo, se acompañó de dos votos particulares, uno de Adela Asua Batarrita y otro de Santiago Martínez Váres, contrarios a la excepción aplicada, y que, además, ponían de manifiesto la diferencia del supuesto con el anterior, sobre todo porque en el entonces examinado el legislador autonómico no repetía norma estatal básica alguna, ejerciendo así claramente competencias propias.

IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

En fin, como ha podido verse, el tratamiento de la cuestión por parte del Tribunal Constitucional ha evolucionado desde la inicial admisión de la inaplicación o desplazamiento de leyes autonómicas por contrariedad a bases posteriores, pasando por la afirmación del posible control por su parte de la constitucionalidad mediata de tales leyes autonómicas, por la ulterior afirmación de la exclusividad de esta competencia, hasta llegar a admitir, finalmente, la posible intervención de la jurisdicción ordinaria en caso de leyes de desarrollo repetitivas de bases estatales o de ausencia de tales bases.

La tesis admitida con carácter general por el Tribunal Constitucional se basa en la inconstitucionalidad por incompetencia que tiene lugar en aquel supuesto general de contrariedad de bases a normas autonómicas anteriores, lo que hace surgir aquella exclusividad competencial en su favor, excluyendo al mismo tiempo la aplicación en ellos de la cláusula de prevalencia del Derecho del Estado y la consiguiente imposibilidad de intervención de los Tribunales ordinarios en dicho control. Todo ello salvo en los dos supuestos excepcionales señalados, en los que sí se admite el funcionamiento de la mencionada cláusula. Precisamente, con fundamento en su aplicación, la postura contraria, mantenida en algunos de los votos particulares citados, admite la inaplicación por los Tribunales ordinarios de leyes de desarrollo autonómicas anteriores y contrarias a bases estatales posteriores.

Con todo, ambas soluciones presentan insuficiencias en su conformación, insuficiencias que tal vez podrían salvarse alcanzando un resultado integrador.

En efecto, de un lado esa postura crítica se enfrenta a los propios términos en que la Constitución diseña la cláusula de prevalencia, que, como se ha visto, se limita a los supuestos de conflicto, inexistente cuando una norma competencial resuelve ya el problema, como sucede en aquella relación bases-desarrollo, en la cual las bases poseen alcance delimitador de las respectivas competencias. De esta forma, si bien la norma autonómica pudo emitirse al amparo de legítimas atribuciones constitucionales, cuando las bases estatales se modifican contrariándola, deja ya de estar amparada en aquellas atribuciones. Por ello, esa incidencia sobre las leyes de desarrollo no se produce por efecto de la regla de conflicto, sino por las de competencia constitucionalmente establecidas.

Si ello es así, en dicha relación no hay supuesto de conflicto sino de inconstitucionalidad mediata sobrevenida, sin que, por lo tanto, pueda tener cabida la meritada cláusula constitucional, que no se olvide de ser un mecanismo de cierre del sistema y, por lo tanto, limitado a supuestos concretos y por definición escasos, no sistemáticos.

Pero tampoco la postura contraria, la sostenida por el Tribunal Constitucional, se encuentra exenta de inconvenientes, sobre todo porque acudiendo al efecto delimitador de la competencia que las bases poseen y a la consiguiente tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica, admite al mismo tiempo, por razones de conveniencia práctica, la aplicación de la cláusula de prevalencia en supuestos de inconstitucionalidad de la norma de desarrollo.

No se entiende, en efecto, que en el marco examinado se niegue el juego de la cláusula de prevalencia cuando al mismo tiempo se admite para supuestos de leyes repetitivas o de ausencia de bases previas. Habría que pensar, pues, que en tales casos no existiría problema competencial sino de conflicto entre normas, aunque no lo expresa así el Tribunal Constitucional.

En aquel primer supuesto, de leyes repetitivas, el Tribunal Constitucional afirma (en sus SSTC 102/2016, 116/2016 y 127/2016) que la norma autonómica no supone en realidad ejercicio de una competencia propia sino de “puro mimetismo” con la norma básica. Pero si ello es así más razón habría para declarar su inconstitucionalidad, incluso desde el momento de su aprobación, dada la carencia autonómica de competencia para repetir la norma básica (así lo afirmó el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 10/1982 y 62/1991).

La inaplicación jurisdiccional de la norma de desarrollo tampoco encuentra respaldo en la razonabilidad de esta técnica, como dirigida a facilitar el conocimiento del conjunto normativo resultante de la colaboración entre la norma básica y la de desarrollo, circunstancia que podrá servir para excusar de alguna forma la actitud del legislador autonómico pero no para descartar la vulneración competencial.

Lo mismo sucede con el inconveniente, que también se señala en tal sentido, del hecho de no contar la Administración con la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, inconveniente que, en realidad, no es tal, como efectivamente se aprecia al comprobar la extensión de aquella reserva constitucional al enjuiciamiento del control de la constitucionalidad de las leyes, no a otros ámbitos, como el de actuación de la Administración o de las demás personas o entidades públicas o privadas, distintas de los órganos o instituciones que tienen atribuido el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Particularmente, la opción que en cada caso pueda adoptar al respecto la Administración, dando aplicación a una u otra norma o considerando inconstitucional una u otra, podrá ser revisada jurisdiccionalmente, ámbito este otro en el que la resolución de aquellos problemas de relación entre leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas sí habrá de recibir ya el tratamiento que más arriba se ha indicado.

En definitiva, el que Administración no pueda acudir a la cuestión de inconstitucionalidad ningún inconveniente supone ni para la propia Administración, que no se ve sujeta en modo alguno a aquellas reglas sobre exclusividad del control de constitucionalidad de las leyes, ni para el pleno desarrollo de tales reglas, que se desenvuelven el ámbito jurisdiccional, disciplinando las relaciones entre los Tribunales ordinarios y la Justicia constitucional.

Como se ve, ninguna explicación científica, por llamarla de algún modo, ofrecen tales razones a la excepción abierta a aquella regla general. Es decir, en ningún momento se dice que por tales razones en ese supuesto excepcional no se produce vulneración competencial alguna.

Es más, una última razón de las empleadas en tal sentido podría servir precisamente para justificar que también en tal supuesto excepcional se produce la vulneración competencial y, por tanto, la inconstitucionalidad de la norma.

Se trata de la posibilidad reconocida a la jurisdicción ordinaria para apreciar la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes anteriores a la Constitución, que se esgrime también como razón para autorizar aquella excepción, aunque, como es bien sabido, tal supuesto no sea de conflicto, sino de inconstitucionalidad sobrevenida. Se estaría así admitiendo la inaplicación de la ley autonómica sin declaración de inconstitucionalidad con sustento en el precedente de la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes anteriores a la Constitución.

Como se observa, el argumento empleado deja entrever precisamente que, en realidad, esa posible inaplicación de la norma de desarrollo podría encontrar justificación no solo en supuestos de conflicto, por virtud de la cláusula de prevalencia, sino también en casos de inconstitucionalidad.

Más adelante se volverá sobre este importante punto.

La misma carencia de fundamento presenta la excepción, también admitida a aquella regla general, en este caso por la STC 204/2016, de la ausencia previa de leyes básicas anteriores a las de desarrollo, supuesto en el que, como ponían de manifiesto los votos particulares entonces formulados (por Adela Asua Batarrita y Santiago Martínez Váres), ni siquiera se presentaba la situación, que, según el Tribunal Constitucional, autorizaba el anterior de las leyes repetidas, es decir, la falta de ejercicio de competencia autonómica, ya que, como es bien sabido, en ausencia de bases la ley de desarrollo carece de límites que de aquellas puedan derivarse, por lo que todo su contenido expresa el ejercicio pleno y legítimo de la competencia autonómica. Por lo tanto, en tal caso no existía razón alguna para observar la existencia de inconstitucionalidad sobrevenida.

Como se ve, tales excepciones se sustentan en realidad en la necesidad de superar los inconvenientes prácticos que la regla presenta, desenvolviéndose también en supuestos de inconstitucionalidad, sin encontrar amparo en la cláusula de prevalencia.

V. PROPUESTA

La insatisfacción que produce observar el deficiente estado que presenta la cuestión suscita a cualquier observador mínimamente inquieto la disculpable osadía de tratar de imaginar alguna explicación que pudiera arrojar luz sobre el problema. Para ello he reservado algún apunte final.

De entrada, aun reconociendo las dudas que se plantean, habría que convenir en que bajo el presupuesto de la virtualidad delimitadora de competencias de las bases, también que en este caso el comentado efecto no puede ser otro que el de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma de desarrollo, que tras las nuevas bases deviene contraria al bloque de la constitucionalidad, y ello aunque su aprobación tuviera lugar de manera legítima, al amparo de las anteriores bases o a falta de estas.

Como se ha visto, a pesar de lo que inicialmente entendió el Tribunal Constitucional y así viene haciendo un importante sector doctrinal, la aplicación de las reglas competenciales sobre las que bascula todo el mecanismo de la relación bases-desarrollo, obliga a pensar que tampoco en tales supuestos nos hallamos ante conflictos entre normas de las dos procedencias, sin que, por lo tanto, pueda encontrar cabida la aplicación de la cláusula de prevalencia.

Pero aun en ese caso, cabría preguntar si el único efecto que produce la contravención con la Constitución es la inconstitucionalidad sobrevenida, sometida a la exclusividad competencial del TC, o sería posible encontrar otro efecto distinto que pudiera ser observado por los Tribunales ordinarios sin violentar aquella exclusividad.

Alguna importante idea da al respecto el supuesto cercano, ya mencionado, de la incidencia que la Constitución tuvo sobre las normas anteriores a su entrada en vigor, supuesto en el cual también se producía la inconstitucionalidad de aquellas normas preconstitucionales, habilitando el acceso a la jurisdicción constitucional a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pero en el que también se reconocía sin esfuerzo a los Jueces y Tribunales la posibilidad de inaplicar la norma consecuencia del efecto derogatorio producido.

Pues bien, en el supuesto ahora examinado ese efecto derogatorio parecería quedar descartado ante la ausencia de relación jerárquica entre los dos términos de la relación normativa, propia de la colaboración entre los diversos ordenamientos en que se ubican las leyes básicas y las autonómicas de desarrollo.

Sin embargo, si se admite que aquella inconstitucionalidad de la norma de desarrollo se produce de manera indirecta por su contraste mediato con la Constitución, y se reconoce igualmente que esa contrariedad a la Constitución sirve para alterar la línea competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, no se ve la razón por cual esa misma contradicción mediata de la norma de desarrollo con la Constitución no provoca igualmente su derogación. Se salvaría así el escollo que para esa derogación supondría la separación ordinamental que preside la relación entre ordenamientos, ya que la superioridad jerárquica necesaria vendría proporcionada por la propia Constitución.

Frente a la producción de este efecto derogatorio en el caso que se trata podría esgrimirse también el obligado carácter posterior de la norma derogatoria respecto de la derogada (artículo 2.2.CC; “..las leyes solo se derogan por otras posteriores..”), presupuesto que no concurriría respecto de la Constitución, norma derogatoria, que sería anterior a la autonómica de desarrollo. Sin embargo, bajo la premisa que viene manteniéndose, esa cualidad habría de proporcionarla también la ley básica, que si tiene virtualidad para manifestar la inconstitucionalidad de la norma de desarrollo, por contrariedad sobrevenida con la Constitución, debería también tenerla para su derogación también sobrevenida, desde el momento de su aprobación.

Por cierto, como puede verse este requisito de la posterioridad de la norma derogatoria, impuesto a la derogación, no concurriría en modo alguno en el supuesto de normas de desarrollo posteriores y contrarias a bases estatales. En esta hipótesis, tanto la Consti-

tución como la ley básica estatal son anteriores a la norma autonómica de desarrollo, la cual, por lo tanto, cuando incurre en contradicción con las bases y, por lo tanto, en inconstitucionalidad mediata, no puede considerarse derogada en forma alguna. En tal supuesto, pues, la inconstitucionalidad no se acompaña de la derogación.

En fin, volviendo a la hipótesis examinada, de leyes básicas posteriores y contrarias a normas de desarrollo anteriores, habría de afirmarse que al igual que sucede con el efecto delimitador de la competencia, la jerarquía necesaria para la derogación vendría dada en el caso por la propia Constitución, aunque manifestada con la aprobación de la norma básica, que en este aspecto daría efectividad a las previsiones constitucionales. No se entendería de otra forma que el esquema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA pudiera quedar concretado a través de estas leyes de bases y que, sin embargo, el “encargo constitucional” que tales leyes reciben no se extendiera al elemento jerárquico, derogatorio, que la propia delimitación debe poseer.

Por ello, como investidos de la potestad de elección e indagación de la norma aplicable, los Tribunales ordinarios deberían quedar habilitados no solo para plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de tales normas sino para observar igualmente el efecto derogatorio de su contradicción con la Constitución determinada por la variación de las bases.

Nótese que esa segunda posibilidad no conllevaría declaración de inconstitucionalidad alguna, con efectos *erga omnes*, que pudiera considerarse inserta en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, propio de la exclusiva jurisdicción constitucional, sino la mera inaplicación de la norma autonómica, sin declaración alguna llevada al fallo y sin aquellos efectos generales.

En fin, con la admisión de esta consecuencia natural se cerraría completamente el razonamiento en que se sustenta la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, encontrando plena justificación las excepciones admitidas y acogiéndose asimismo las consecuencias preconizadas por la tesis contraria, y ello sin que, como en este momento sucede, el empeñamiento en el sostenimiento incompleto de una u otra postura lleve a las graves incoherencias que ambas padecen.

De un lado, la del Tribunal Constitucional, que empeñada bajo la bandera del efecto de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma de desarrollo, en vedar la intervención de los Tribunales ordinarios, la admite sin embargo por razones que considera de mera conveniencia práctica, en supuestos en los que igualmente se manifiesta aquella inconstitucionalidad.

De otro lado, la postura disidente, que insiste en la aplicación al supuesto de la cláusula de prevalencia cuando en realidad, no existe conflicto alguno.

Bajo la perspectiva expuesta, basada en la plena aplicación del propio criterio competencial, sostenido por el Tribunal Constitucional, sería posible reconducir la solución del supuesto a resultados cercanos a los admitidos hoy por ambas posturas, la del Tribunal Constitucional y la de los votos particulares que han acompañado sus sentencias, resultado que reafirmando en todo caso la exclusividad de la competencia de aquel para conocer del control de constitucionalidad de leyes de desarrollo posteriores y contrarias a bases estatales, autorizaría la inaplicación por inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas leyes cuando fuesen anteriores a tales bases estatales, según reclama la tesis disidente y autoriza el propio Tribunal Constitucional en determinados supuestos.

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO
Y EL PODER JUDICIAL

EL FINAL DE LEVIATÁN
APUNTES SOBRE LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

Plácido Fernández-Viagas Bartolomé

Magistrado y Letrado de Asamblea Legislativa jubilado.
Doctor en Ciencias Políticas

SUMARIO: I. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA. II. UN NUEVO SENTIDO PARA LA INVIOLABILIDAD. III. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INVIOLABILIDAD. IV. LA ACTUAL CRISIS DE LA INVIOLABILIDAD.

I. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

Para Umberto Eco, “una vez separado de su emisor y de las circunstancias concretas de la emisión, un texto flota (digámoslo así) en el vacío de un espacio potencialmente infinito de interpretaciones posibles. Por consiguiente, ningún texto puede ser interpretado según la utopía de un sentido autorizado, definido, original y final. El lenguaje dirá siempre algo más que su inaccesible sentido literal, que se pierde ya en cuanto se inicia la emisión textual”³¹⁰. Es más, en cada momento histórico querrá decir una cosa. Ciertamente, a todos los textos normativos les pasa esto, también a los institutos jurídicos, y por supuesto puede pasarle a la inviolabilidad parlamentaria, cuya delimitación parecía haber quedado fijada por nuestro Tribunal Constitucional. De hecho, la crisis del parlamentarismo y las progresivas exigencias derivadas del principio de igualdad están incidiendo en su entendimiento, es un dato que no puede obviarse. El tema no es baladí, pues cualquier modificación en las técnicas de protección de la voluntad del Poder Legislativo, una de ellas y con singular relevancia la de la inviolabilidad, puede repercutir en sus funciones, y si es así en su propia posición en el sistema constitucional.

³¹⁰ Eco, Umberto. *Los límites de la interpretación*. Lumen, Barcelona, 1992, pág. 9.

Como es conocido, el artículo 71 de la Constitución española nos indica:

- “1. Los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.
2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.
3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de los Penal del Tribunal Supremo.
4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras”

Se ocupa, por tanto, dicho precepto de las denominadas prerrogativas o garantías de los parlamentarios. Esencialmente, la inviolabilidad, que es tanto como irresponsabilidad por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; la inmunidad, consistente en que no pueden ser detenidos salvo en flagrante delito, ni procesados ni inculcados sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenecen; y el fuero, que supone el establecimiento de un “juez natural” de los Diputados y Senadores, en orden a garantizar que los procesos que contra ellos se dirijan tengan lugar en las adecuadas condiciones de imparcialidad³¹¹. Nuestra jurisprudencia constitucional, desde el inicio de su andadura, se ha preocupado en poner de relieve el objetivo común de las mismas. Y así, coincidiendo esencialmente con lo que señalamos, el fundamento jurídico 6 de la STC 22/1997, de 11 de febrero, señaló que todas las prerrogativas estaban orientadas a:

“Proteger a los legítimos representantes del pueblo de acciones penales con las que se pretenda coartar su libertad de opinión (inviolabilidad), impedir indebida y fraudulentamente su participación en la formación de la voluntad de la Cámara, poniéndolos al abrigo de querellas insidiosas o políticas que, entre otras hipótesis, confunden, a través de la utilización inadecuada de los procesos judiciales, los planos de la responsabilidad política y la penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva (inmunidad) o, finalmente, proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes (aforamiento)”.

Nos ocuparemos de la inviolabilidad, la total irresponsabilidad, de naturaleza constitucional, de que goza el parlamentario por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Dicha irresponsabilidad, especialmente relevante en materia pe-

³¹¹ El nº 4. del art. 71 se ocupa también de la asignación de los parlamentarios. Sin embargo, aunque se trate de una cuestión que puede ser comprendida dentro del genérico “estatuto de los parlamentarios”, es evidente que responde a una naturaleza distinta de las propias y específicas “prerrogativas”.

nal³¹², donde su consideración desde la perspectiva estricta de este sector del ordenamiento como causa de justificación o circunstancia de exclusión de punibilidad ha dado lugar a intensa polémica, es absoluta y perpetua, quedando liberado, en cualquier tiempo, de las acciones procesales que contra él pudieran dirigirse por razón de las mismas. La fórmula utilizada en el art. 71.1 de nuestra Constitución es repetida de manera prácticamente idéntica en la generalidad de los textos constitucionales de nuestro entorno. Así, el francés “...con motivo de las opiniones o votos expresados en el ejercicio de sus funciones”, el italiano “...opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones” o, en fin, el portugués “...por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones”.

Es cierto que en algún caso, con pretendida base en el artículo 57 de la Constitución Federal Austriaca de 1920, que parecía limitar la protección a “las manifestaciones orales”, por la doctrina se ha planteado el problema de si lo protegido es exclusivamente la libertad de palabra del diputado. La expresión utilizada comúnmente, “opinión”, es mucho más amplia, pues es evidente que la misma puede manifestarse tanto por medio de instrumentos orales como escritos. Referir la inviolabilidad únicamente a los primeros podría dejar ausente de protección al representante cuando la hubiere emitido a través de los medios escritos -preguntas, interpelaciones, etcétera- previstas en los reglamentos de las Cámaras, lo que iría en contra de la propia razón de ser del instituto³¹³. Lo que se protege es la expresión del pensamiento de los parlamentarios, y la palabra es sólo una de sus formas de transmisión, aunque indudablemente la más directa. La oratoria en las Asambleas merece singular relieve desde un punto de visto estético y gestual³¹⁴, pero la reflexión escrita es también una manera normal de comunicación, no puede haber duda sobre ello.

Convendría precisar, sin embargo, que el instituto de la inviolabilidad no puede confundirse sin más con el derecho a la libertad de expresión. Gran parte de los errores

³¹² Para Portero García, Luis en *Inviolabilidad e inmunidad parlamentaria*. Universidad de Málaga. 1979, pág. 59, los tipos delictivos en que normalmente puede incidir la expresión oral o escrita de una opinión son los de injuria, calumnia, amenazas, coacciones así como los distintos supuestos de apología delictiva. En el mismo sentido, Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores*. Civitas. Madrid. 1990, pág. 24. Ciertamente, la referencia al delito de coacciones ha sido objeto de alguna crítica doctrinal en lo que se refiere a la inexistencia de violencia física en la emisión de una opinión, con olvido de que la intimidación grave y actual, que determinadas corrientes jurisprudenciales incardinan dentro del tipo, podría tener lugar en principio en cualquier debate parlamentario, sobre todo entre representantes caracterizados por la radicalidad de sus posiciones. Aconsejamos en este sentido la lectura de los correspondientes diarios de sesiones de las Cortes Generales en los tiempos de la II República. Particularmente, los que recogen las que tienen lugar de marzo a julio de 1936, tras las elecciones celebradas el mes de febrero.

³¹³ Vide Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores*. citada pág. 21 y ss

³¹⁴ Merece citarse en este aspecto el trabajo de Cazorla Prieto, Luis María. *La oratoria parlamentaria*. Espasa-Calpe. Madrid. 1985. Libro que recomendamos desde la conciencia de que la oratoria actual ha perdido todo su carácter barroco, convertido en ridículo, y se inspira, o quiere inspirarse, en la frialdad del comunicado matemático.

de planteamiento del instituto derivan de tal género de identificación, que no es posible aceptar. Si en el ejercicio de sus funciones, los parlamentarios, al expresar sus ideas, estuvieren protegidos exclusivamente por un derecho de esa índole, ¿qué sentido habría tenido configurar una garantía constitucional específica, la del artículo 71 CE, cuando bastaría con la del artículo 20 del propio texto constitucional? Por lógica, su consagración ha de suponer el reconocimiento de una figura jurídica con perfiles nítidos y diferenciados. Lo contrario iría contra la propia coherencia y sistemática del precepto. No se trata de una cuestión irrelevante, de hecho la mejor forma de desnaturalizar la prerrogativa sería confundirla con la libertad de expresión que corresponde a cualquier ciudadano. Si así fuese, no podría ser ejercitada más que dentro de los contornos que el propio texto constitucional establece, y sobre la base de que ningún derecho fundamental es ilimitado. Afirmación, esta última, imposible de discutir, pero que de ser utilizada en el análisis de la inviolabilidad puede reflejar el desconocimiento exacto de los términos del problema³¹⁵.

Con un planteamiento de esta índole, la inviolabilidad dejaría de existir. Se convertiría en la denominación asignada a las libertades expresivas cuando fuesen ejercidas por los parlamentarios. En ese caso, no podría eludirse el contenido del apartado 4 del artículo 20 de la Constitución española, por lo que la opinión del diputado o senador habría de respetar el “derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” así como, en general, los derechos reconocidos en el Título I constitucional y en los preceptos de las leyes que lo desarrollan. No habría ninguna diferencia entonces entre la expresión del ciudadano y la del parlamentario cuando actúa en el ejercicio de sus funciones, y de esta manera, como decimos, dejaríamos sin significado propio a la prerrogativa. Desde luego, siempre es posible incidir en disparate conceptual, y así hay quien acude al art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando, con toda la solemnidad de quienes saben que están construyendo una nueva sociedad, señaló que “la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme”, para incardinar dentro de su marco a la inviolabilidad.

En este sentido, se citan distintas sentencias del TEDH que, con indudable belleza literaria, han advertido que “si la libertad de expresión es preciosa, mucho más lo es para un representante del pueblo”. Bastaría reseñar la dictada en el caso Castells, sentencia de 23 de abril de 1992, cuando literalmente señalaba en este sentido: “La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses”³¹⁶. En definitiva, nos encontraríamos ante una modalidad

³¹⁵ Vide Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. *El Poder Legislativo entre la Política y el Derecho*. Aranzadi. Pamplona. 2008, págs 74-75.

³¹⁶ Ciertamente, el asunto Castells planteaba problema de gran interés jurídico. Habría que recordar su condición de senador. La cuestión es que sus opiniones se habían expresado, o así podía entenderse, fuera del ejercicio regular de sus funciones.

de la libertad de expresión especialmente relevante. Y es cierto que el transcurso del tiempo moldea los institutos jurídicos, también como hemos dicho la inviolabilidad, pero en principio, si esto se afirma sin matices con respeto a la prerrogativa que estudiamos nos encontraríamos ante una interpretación que calificaríamos al menos de defectuosa.

Habría que recordar que ahora no hablamos de manera omnicomprendiva de los representantes del pueblo sino específicamente de los parlamentarios, diputados y senadores, que tienen un concreto estatuto que, por lógica interpretativa, posee un contenido diverso al de la genérica libertad de expresión. Es cierto que la inviolabilidad sirve para proteger la manifestación de una opinión y, en este sentido, desde un punto de vista sociológico puede relacionarse con la genérica “libertad de expresión”, pero en términos estrictamente jurídicos la diferencia es esencial. La prerrogativa permite al parlamentario opinar absolutamente todo lo que considere pertinente, por lo menos lo permitía desde el entendimiento clásico y consagrado del instituto, sin posibilidad alguna de control salvo los disciplinarios establecidos por la presidencia de la Cámara por meras consideraciones de orden o “decoro”, y ello por una simple razón, porque el ordenamiento constitucional partía de un axioma: el de que cualquier idea debe ser oída en el Parlamento para formar adecuadamente su voluntad.

No se trata de un derecho fundamental de carácter ciudadano que, como todos los demás, está sujeto a límites, los necesarios para el pacífico desenvolvimiento de la vida en sociedad. Hablamos de una prerrogativa constitucional que garantiza las funciones de las Asambleas Legislativas y sólo, como consecuencia, genera unos “derechos-reflejo”, que no constituyen derechos subjetivos ni derogación alguna al principio de igualdad del art. 14 de la CE³¹⁷. Hay autores que disienten de la afirmación de que la inviolabilidad protege absolutamente cualquier expresión del parlamentario, concretamente en los supuestos de posible incidencia en el tipo delictivo de la calumnia, y es lógico hoy día. Pero será necesario advertir que tal disentimiento, que podría utilizar incluso en su apoyo el artículo 46. 1 de la ley fundamental de la República Federal de Alemania cuando excluye de la inviolabilidad a las ofensas calumniosas,³¹⁸ implica obviar la razón de ser en su origen de la prerrogativa: permitir que cualquier opinión llegue a la Cámara. Para ello, se prescinde de la intencionalidad del agente, ni se entra en su consideración. Lo que se hace es excluir la jurisdicción de los jueces y tribunales sobre las opiniones de los diputados y senadores. La razón última es bien simple, se incardina en la esencia del derecho parlamentario: si los jueces pudiesen intervenir en el proceso de formación de voluntad del poder legislativo, Leviatán dejaría de existir.

³¹⁷ En todo caso, y como decíamos en *La inviolabilidad e inmunidad...* Op. cit., pág. 38, se trataría de “una desigualdad que ha sido querida constitucionalmente en razón de los superiores fines de la institución”

³¹⁸ Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores*. Op. cit., pág. 35

Es una cuestión elemental, sentada desde siempre por la jurisprudencia: sobre las opiniones expresadas por los parlamentarios, en el normal ejercicio de sus funciones, los jueces y tribunales carecen de propia jurisdicción, no pueden “decir el derecho” en estos casos. En principio no se trata de ninguna novedad, el Tribunal Constitucional español lo ha reconocido así en distintas sentencias, entre ellas, la STC 30/1997, de 24 de febrero (RTC 1997\30) en cuyos fundamentos jurídicos se establece lo siguiente:

“5[...]El contenido de esta prerrogativa parlamentaria la [inviolabilidad] ha sido configurada por este Tribunal (STC 243/1988) como un privilegio de naturaleza sustantiva (a diferencia de la inmunidad, al que califica como de naturaleza formal) que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales aquellas que se realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan (fundamento jurídico 3º). Privilegio que “incide negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial” pues “impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidades a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones” (SSTC 36/1981 y 243/1988). En el caso, las que ejerce el recurrente de amparo en el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud del citado artículo 26.1 de su Estatuto.

6. Así interpretado este precepto (y tal ha sido nuestra doctrina según lo dicho) el mismo configura no sólo una prescripción que exime de responsabilidad, sino un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento. Es decir, un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto y no meramente relativo como el de la excepción del artículo 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta se articula dentro de lo que constituye un presupuesto procesal según el cual al Juez ante quien se plantea un asunto debe estarle atribuida jurisdicción para conocer del mismo, lo cual, a su vez, se integra desde otro punto de vista en el derecho del particular al Juez predeterminado por la Ley. En cambio, la prerrogativa del art. 71. 1 CE constituye una excepción o límite constitucional al ejercicio por los Jueces y Tribunales de la potestad del art. 117.3 CE que, si bien se extiende según el art. 4 LOPJ a “todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español”, lo es “en la forma establecida en la Constitución y en las Leyes”.

Nos encontramos ante un verdadero límite a la jurisdicción. Por ello, y como continúa indicando la sentencia, el órgano jurisdiccional que abra un proceso cuando “consta inicialmente que se está ejercitando una pretensión de responsabilidad que reúne los caracteres citados, puede vulnerar el derecho del artículo 23.2 CE y también, en relación con sus efectos procesales, el del demandado a la tutela efectiva, puesto que en estos casos su prerrogativa constitucional determina la carencia absoluta de jurisdicción del órgano ante quien aquel proceso se plantea. El interés legítimo del parlamentario en la tutela de un valor constitucional se materializa así en la inviolabilidad de sus opiniones y, por consiguiente, en la exclusión de la jurisdicción respecto a ella”. Por tanto, “la carencia de jurisdicción para tramitar y conocer de la demanda civil de responsabilidad constituía un fundamento constitucional para acordar la no apertura del proceso; y la decisión de abrirlo vulneraba el derecho del parlamentario a la tutela judicial que en este caso se concretaba preceptivamente en la inadmisión a limine de la demanda”.

En definitiva, hasta ahora al menos, las opiniones de los parlamentarios estaban tan protegidas constitucionalmente que los jueces y tribunales carecían de jurisdicción sobre las mismas y punto, no había que hablar de nada más. Ciertamente, cabía plantearse, y se planteaba de hecho, la necesidad de determinar las opiniones protegidas, ¿todas, absolutamente todas?, ¿tanto dentro como fuera de la Cámara? Todas desde luego, siempre que sean realizadas en el ejercicio de sus funciones, que era el dato esencial a determinar, así lo aclaró la STC 51/1985, de 10 de abril cuando señaló literalmente lo siguiente:

“[...]En cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa, sin embargo, podrían presentarse, de principio, algunas dudas y, en especial, la relativa a si la inviolabilidad cubre toda la actuación de «relevancia política» del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegase ya su conducta -incluso con trascendencia «política»- al margen de las funciones parlamentarias.

Con alguna excepción muy singular, la comprensión más estricta de la prerrogativa es unánimemente compartida por la doctrina española, siendo también la dominante en la literatura extranjera. En el Derecho español, por las razones y con las precisiones que a continuación se apuntan, ésta parece ser, ciertamente, la interpretación más correcta.

El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71. 1 de la Constitución. A no ser que la expresión «funciones» que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las

mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales. Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso -art. 10- se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 del Reglamento del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará sólo «las opiniones manifestadas en actos parlamentarios» y los «votos emitidos en el ejercicio de su cargo».

De otra parte, y como confirmación constitucional de esta interpretación, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 67.3 de la norma fundamental, de acuerdo con el cual «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». Es cierto que este precepto no se limita a contemplar, en su último inciso, la prerrogativa que se considera (se refiere también, por ejemplo, a la protección penal de las asambleas y a la inmunidad de la sede parlamentaria), pero es también patente que su sentido es el de vincular el reconocimiento de lo que llama «privilegios» parlamentarios al funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos. Refuerza esta tesis el hecho de que la inviolabilidad por las opiniones vertidas se vea necesariamente contrapesada por la sujeción a la disciplina parlamentaria.

Lo anterior, con todo, derivaría sólo de un examen literal y sistemático de algunas disposiciones constitucionales y reglamentarias. Más allá de esto, y desde una interpretación finalista de la garantía que se considera, la interpretación no puede ser muy distinta. Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros (en este caso, por ejemplo, los reconocidos por el art. 24.1 de la Constitución). Tal entendimiento estricto debe hacerse a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que ésta procura. Desde este enfoque, como se ha señalado doctrinalmente, las prerrogativas parlamentarias son «sustracciones al Derecho común conectadas a una función», y sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes. Salvando todas las diferencias, hay que reiterar lo que dijo ya este Tribunal en su Sentencia 61/1982, de 13 de octubre (fundamento jurídico 5.º) sobre la institución del «antejuicio», cuando precisó que la legitimidad de la garantía se ha de reconocer, en la medida en la que su estructura la haga adecuada a su objetivo «sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convenirla en origen de privilegio».

El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (en este sentido, Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de marzo de 1975, núm. 81), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de «político» incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así las funciones relevantes para el art. 71.1 de la Constitución no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal.

Con carácter general, ésta debe ser la interpretación del ámbito funcional en que se proyecta la garantía de la inviolabilidad. Un entendimiento estricto que, por lo demás, no impide las necesarias matizaciones, reconociendo (como se ha hecho alguna vez en la experiencia parlamentaria extranjera) que la prerrogativa puede amparar, también, los actos «exteriores» a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario”.

En definitiva, la “inviolabilidad parlamentaria” implica la irresponsabilidad de carácter constitucional de los diputados y senadores por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, es decir, las determinadas en los reglamentos de las Cámaras, y se garantiza mediante un instrumento de carácter procesal: la carencia de jurisdicción de los jueces y tribunales sobre las mismas. ¿Y si un juez considera que el parlamentario no se encuentra en el correcto ejercicio de sus funciones?, ¿entra entonces a conocer? Es un tema muy interesante desde un punto de vista jurídico, en su día lo consideramos, y en este momento lo podríamos obviar recordando que, con respecto a las Cortes Generales, dicho problema es menor dado que el instituto de la inmunidad opera ya, casi exclusivamente, como complemento y garantía del de la inviolabilidad. La denegación del suplicatorio impediría en la práctica la indebida intromisión judicial en el ámbito de las funciones de los parlamentarios. Cuestión distinta, y desde luego merecedora de análisis, es la que plantearía un diputado autonómico cuya inviolabilidad fuese negada por un juez: ciertamente, la autoridad judicial está sujeta también a derecho, incluso a derecho penal, y nunca podría obviarse la vía de los recursos; pero doctrinalmente la única solución efectiva sería la del “conflicto de jurisdicción”³¹⁹, instrumento que pugna con el obstáculo de la falta de legitimidad procesal de las Cámaras al respecto, como hemos indicado en anteriores ocasiones. Es cierto, además, que la realidad social del tiempo en el que vivimos convierte en impropia cualquier preocupación por la protección suplementaria de unas prerrogativas que están siendo objeto de franca discusión, como luego veremos.

³¹⁹ Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. La inviolabilidad e inmunidad...Op. cit. págs. 77-89

En definitiva, el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia del TC han venido estableciendo desde los inicios de nuestro sistema constitucional ha considerado, como hemos dicho, absoluta la irresponsabilidad en que consiste la inviolabilidad. Pero, en la práctica, ese carácter depende de un obstáculo de carácter procesal establecido para el ejercicio de cualquier acción contra los parlamentarios por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones: la exención jurisdiccional señalada. Sin embargo, si el tiempo y sus circunstancias determinan el sentido de los institutos jurídicos es posible que sea el momento de pensar en un cambio de perspectiva. Desde el estricto tenor del artículo 71 CE no existe nada que obligue a aceptar esa falta de jurisdicción de los tribunales. La inviolabilidad no está definida, y la construcción sostenida es obra de una doctrina que puede ser modificada. Ciertamente, cambiar el sentido clásico del instituto supone romper con una tradición interpretativa sólidamente asentada en nuestro derecho y en la ciencia política occidental, poniendo en cuestión los principios básicos sobre los que fue construido el Poder Legislativo, cuando no se tiene nada claro hacia dónde nos dirigimos. Pero esa es otra cuestión, que por desgracia nada puede hacer frente al sentido de los tiempos y su nueva sensibilidad jurídica.

Como luego veremos, las circunstancias históricas que vivimos parece que exigen un nuevo entendimiento del instituto de la inviolabilidad que sólo cobra sentido prescindiendo, efectivamente, de la propia jurisdicción de las Asambleas sobre las palabras pronunciadas en su sede por los representantes del pueblo. Aceptémoslo, al menos de manera teórica.

II. UN NUEVO SENTIDO PARA LA INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA

Pues bien, si los jueces y tribunales tuvieren jurisdicción sobre las palabras de los parlamentarios, en el bien entendido que si se trata de miembros de las Cortes Generales necesitarán superar siempre el requisito de procedibilidad consistente en obtener el placet de las mismas, deberían proceder a su análisis al objeto de determinar si realmente están cubiertas por la inviolabilidad. En el bien entendido de que si esto es así, es decir en el caso de que las opiniones de que se trate hayan sido proferidas por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones, los jueces deberán aceptar la exención de responsabilidad. Pero el reconocimiento de la jurisdicción sobre las palabras de los parlamentarios no va a ser baladí, no va a servir exclusivamente para descorrer el velo que impedía su visión por los tribunales de justicia. Desde el momento en que pueden verlas, van a poder operar ya de la manera que ha indicado repetidamente el Tribunal Constitucional, es decir, podrán comprobar si se han sujetado al fin de la prerrogativa tanto “en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que le impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden” (STC 124/2001).

La garantía va a quedar restringida al fin que la justifica, la formación de la voluntad de las Asambleas. Y las consecuencias pueden ser fundamentales porque sólo en la medida en que dicha finalidad se cumpla podrá reconocerse la inviolabilidad. Con lo que, a partir de este momento, quedarán fuera de la protección las amenazas terroristas, los exabruptos, insultos y expresiones injuriosas o calumniosas gratuitas, es decir, que carezcan de conexión alguna con una exposición intelectual concreta. Siempre que exista un “discurso” razonablemente dirigido al debate parlamentario, la irresponsabilidad será absoluta, sea lo que fuere lo que se hubiese dicho. La protección del debate en sede legislativa estaría por encima de cualquier otro bien jurídico. Pero, si no existe, dejará de producir efectos la inviolabilidad. Hoy por hoy, parece la única solución sensata.

No se nos oculta que, a corto o medio plazo, y una vez rota la barrera de la jurisdicción, el control judicial sobre las palabras de los parlamentarios puede hacerse en la práctica cada vez mayor. Bastará con aplicar interpretaciones rigurosas sobre lo que contribuye realmente a la formación de la voluntad de la Cámara. Y, en ese caso, el instituto de la inviolabilidad, en la práctica al menos, perderá todo perfil diferenciado, convirtiéndose en una modalidad innecesaria de la libertad de expresión. Pero eso es una cuestión que dependerá exclusivamente del rigor de nuestros tribunales de justicia y del prestigio de nuestro parlamentarismo. En esta línea, creemos interesante hacer referencia a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de cinco de septiembre de 2003, que rompe con el entendimiento tradicional de la inviolabilidad, de una manera que en su momento consideramos francamente heterodoxa, por no decir sorprendente³²⁰. Así:

“1.- Para que los integrantes del Parlamento Vasco se beneficien del *privilegio de inviolabilidad* que les confiere el artículo 26.6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, hace falta que medien dos condiciones, cuando menos. La inviolabilidad no da lugar a la exención - absoluta y automática- de las responsabilidades penales, ni su noción tolera que cualesquiera de las manifestaciones de voluntad o de conocimiento, vertidas en los episodios parlamentarios, se sustraigan a control alguno. Así como el artículo 9.3 de la Constitución introduce *el* principio de responsabilidad de los poderes públicos... Los derechos subjetivos -sin exceptuar el de la libertad de expresión que conviene a las intervenciones susodichas- han de adaptarse a sus limitaciones esenciales y a las exigencias de su finalidad y función.

La primera de tales condiciones requiere que la intervención parlamentaria- supuestamente amparada en el privilegio de inviolabilidad- goce de *causalidad* eficiente bastante para cooperar a formar la voluntad de la Cámara, ante

³²⁰ Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. *El Poder Legislativo entre la Política y el Derecho*. Op. cit., págs 84-86

lo valioso e insustituible de su aportación al éxito del razonamiento que se desenvuelve. Semejantes declaraciones tienen que ser, a la luz de un equilibrado juicio de razón, un componente indispensable para vigorizar la exteriorización de la voluntad de la Asamblea Legislativa que, gracias a su ayuda dialéctica, gana en autoridad moral y fuerza persuasiva. La inviolabilidad no cubre las afirmaciones de pasada que, con independencia de los esclarecimientos e informaciones que pueden contener, huelgan a la hora de perfeccionar aquella voluntad.

La intervención parlamentaria del acusado se produjo en términos que, so pretexto de abordar la supuesta militarización del País Vasco, carecían de la relevancia y destaque precisos para que el proceso del debate y su objetivo -concretados en la procedencia de despenalizar la figura de la insumisión- se supeditaran a la calidad de un discurso que, directa y decisivamente, condicionase el sentido de lo resuelto sobre el problema principal.

El segundo requisito de la aplicación de la inviolabilidad parlamentaria consiste en que las manifestaciones emanadas de quienes la invocan, constituyan verdaderas opiniones, es decir, pareceres o juicios cuyo poder de convicción -sumado a su cualidad central de *razón de decidir*- procure una ilustración indispensable para formar óptimamente la voluntad del órgano. Cuando, en vez de emitirse una *opinión*, se despliega un razonamiento comprometido con temas frágilmente conexos o extraños al eje del debate, y, además, se anuncia el propósito de alentar su consecución, se está en presencia de declaraciones diferentes de lo que el concepto de opinión es y significa.

Una *opinión* consta de proposiciones debidas al análisis detenido y sereno de los aspectos concernidos por sus valoraciones, no de un discurso tendencioso y predeterminante de futuros remedios. La opinión rectamente formada dilucida un estado de cosas cuya noticia permite que las declaraciones de voluntad del Parlamento no incurran en errores sustanciales y, a la vez, dispongan de elementos de juicio que enriquezcan la construcción del raciocinio y el rigor de su formulación. El acusado alega que su intervención no excedió de esos términos, siendo así que superó con largueza las restricciones naturalmente impuestas a lo que hay que entender por *opinión*.

Esta ausencia de opinión -suplantada por *manifestaciones* de otro género- significa que la intervención del acusado, amén de no ser imprescindible para aumentar la consistencia de la voluntad del órgano parlamentario, adquiere una calificación que la sustrae a la garantía de inviolabilidad del artículo 26.6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco”.

Evidentemente, se trata de una novedosa resolución en cuanto vincula la inviolabilidad a la formación de una real opinión. Si el texto constitucional habla de opiniones, sólo las que lo sean realmente podrían merecer la protección de la prerrogativa. En su momento, criticamos dicha sentencia al prescindir, sin ni siquiera entrar en su consideración, del problema de la carencia de jurisdicción de los jueces y tribunales, una cuestión que desde luego no podía obviarse. De hecho, dicha resolución fue casada por la STS de 21 de diciembre de 2004 precisamente por las razones señaladas en este trabajo. Así, entre otras cosas, se nos dice:

“...ello plantea el problema relativo a quién debe y puede corregir los excesos realizados en fraude de ley o fuera de la función que se protege. ¿Son los jueces o la propia Cámara? La respuesta se impone de inmediato. Desde el momento en que se otorga a un órgano diferente al propio Parlamento la capacidad de controlar o valorar el fondo de las manifestaciones del diputado se estaría quebrando el núcleo de la prerrogativa, habida cuenta de que su existencia se justifica no sólo para amparar opiniones o expresiones acordes con el ordenamiento jurídico, sino fundamentalmente para impedir la persecución por opiniones antijurídicas e incluso delictivas. Para las primeras no sería necesaria la garantía, ya que no crean problema alguno.

4. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en una interpretación teleológica razonable y encomiable entiende que una cosa es que queden amparadas en el privilegio las opiniones delictivas, expresadas en directa relación con el debate o tema tratado, y otra muy diferente que el foro que la ley brinda sea profanado, utilizando el privilegio como simple excusa para cometer delitos de expresión sin una vinculación material con las cuestiones tratadas.

Sin embargo entendemos que, aún en este caso, los límites que frenen la ilegalidad deben provenir del Parlamento mismo (retirar la palabra, sanciones, etc) y en última instancia recibir el veredicto difuso de aprobación o desaprobación que los ciudadanos pueden expresar en las urnas.

Este criterio decisivo tiene su asiento en algunas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional, especialmente la nº 30 de 24 de febrero de 1997, según la cual la inviolabilidad no es sólo una prescripción que exime de responsabilidad, sino incluso un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento (incluso civil), un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto. La jurisdicción queda excluida frente a las opiniones emitidas por un parlamentario y por tanto ni siquiera se puede entrar a examinar el contenido de esas opiniones al objeto de discernir si merecen o no la tutela de ese privilegio.

De no ser así, el parlamentario se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención jurisdiccional que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de la división de poderes o no interferencia entre los mismos.

5. De este modo el diputado, nacional o autonómico, o senador, tienen la certeza de que sus intervenciones no van a ser juzgadas y esa irresponsabilidad, entendida como no sujeción a responsabilidad exigible externamente, asegura la libertad de expresión, reforzada por el privilegio de un plus de tolerancia justificado.

Las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapesadas ni administradas por alguien desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen”.

Es decir, se rechaza sobre la base del entendimiento clásico, correcto también desde el punto de vista doctrinal, de la prerrogativa. Mientras las opiniones de los parlamentarios estén sometidas exclusivamente a la jurisdicción doméstica de las Cámaras, el llamamiento a la tutela judicial efectiva o a los derechos de las víctimas de sus palabras no podrán tener género alguno de efectividad porque los tribunales de justicia carecen de posibilidades de intervenir. Ésta era desde luego la posición ortodoxa, dominante al menos; pero nada está escrito de una vez y para siempre, y menos en materia de interpretación. Cuando hasta los textos sagrados se acomodan a los tiempos, la exégesis de la inviolabilidad no está fijada para toda la eternidad; y probablemente ha llegado el momento de rectificar desde el punto de vista jurisprudencial.

En este sentido, y para evitar un análisis teórico desconectado de la realidad, convendría detenerse ya en el dato elemental de que tanto la inviolabilidad como el resto de las prerrogativas son objeto, hoy día, de general desconfianza en cuanto se las entiende carentes de la fundamentación que pudieron tener, y atentatorias a consideraciones elementales derivadas del principio de igualdad. Como diría Ferrajoli, “de ser garantía de los representantes del pueblo frente al poder del Rey han pasado desde hace tiempo a transformarse en un privilegio del Poder”³²¹. Sin embargo, antes de llegar a una conclusión tan lapidaria, sería conveniente comprender las razones his-

³²¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 1995, pág. 572. Vide Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. “Las prerrogativas parlamentarias en la crisis del poder legislativo”, en obra colectiva *Instituciones de Derecho Parlamentario III. Los sujetos del derecho parlamentario*. Eusko Legebiltzarra. Vitoria-Gasteiz. 2001, pág. 109 y ss

tóricas que determinaron la consagración del “estatuto” de los diputados y senadores porque lo que puede estar ocurriendo es que institutos elaborados para dar solución a los problemas suscitados en la época de las revoluciones burguesas han perdido sentido en sociedades en las que desaparece la necesidad de fortalecer la posición de los representantes del pueblo, dominadas por un profundo espíritu de igualdad en el que nadie es más que nadie, aun cuando se encontrase revestido por un mandato de la ciudadanía.

Las instituciones nacen y mueren, es evidente, pero la verdad es que nuestra civilización jurídica carecería de sentido sin los institutos, reglas y tradiciones que sirvieron para crear el derecho parlamentario. ¿Es entonces nuestra civilización jurídica la que está en cuestión?.

III. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INVIOLABILIDAD

Como nos diría Durkheim, “hace mucho que se sabe que los primeros sistemas de representaciones que el hombre se ha hecho del mundo y de sí mismo son de origen religioso. No hay religión que no sea una cosmología al mismo tiempo que una especulación sobre lo divino. Si la filosofía y las ciencias han nacido de la religión es porque la religión, a su vez, ha comenzado haciendo las veces de ciencia y de filosofía”³²². Pues bien, el poder organizado en las sociedades políticas, pueda dárseles o no el nombre de Estado, ha estado siempre revestido de sacralidad por el hecho elemental de que la atribución de su titularidad implica una visión del mundo que necesita ser protegida, “no puede tocarse impunemente”. Surgirán así prohibiciones tanto más severas cuanto importancia se otorgue al poder y a su titular³²³. En este sentido, cualquier concepto elaborado de inviolabilidad, en general de todas las prerrogativas parlamentarias, expresa una pura y simple cuestión de soberanía. Quien históricamente tenía su titularidad se convertía en sagrado, era inviolable; pero la índole y fuerza de la protección dependerá de quién sea el soberano. La del Rey tiene naturaleza matizadamente distinta de la de los parlamentarios. Así, el Artículo 168 de la Constitución de Cádiz señalaba:

“La persona del Rey es sagrada e inviolable y no está sujeta a responsabilidad”.

³²² Durkheim, Émile. *Las formas elementales de la vida religiosa*. Alianza Editorial. 3ª Edición. Madrid. 2014, pág. 39

³²³ “La cosa sagrada es, por excelencia, aquello que lo profano no debe, no puede tocar impunemente”. Durkheim, Émile. *Op. Cit.*, pág. 84

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución de 1837:

“La persona del Rey es sagrada e inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Son responsables los ministros”.

Como se observa, la inviolabilidad regia protege la propia persona del Rey, en sentido estricto era “intocable”. Era lógico, como decía Spinoza los reyes debía poseer “algo superior a la humana naturaleza o, al menos, deben procurar con todas sus fuerzas convencer de ello al vulgo”³²⁴. “Algo superior a la humana naturaleza”, efectivamente. Producían respeto y miedo, había que estar lejos de ellos. Durante siglos se creyó que el poder temporal había sido sancionado, organizado podría decirse, por Dios³²⁵. Para Bossuet, Dios era el verdadero rey: “El gobierno absoluto de Dios tiene como primera justificación y fundamento la creación. Dios ha sacado todo de la nada, y por eso lo tiene todo en su mano” En los tiempos de creación del mundo, “era el único rey de los hombres”³²⁶. De hecho, en su opinión, “nunca ha existido una forma tan perfecta de Estado como la que encontramos en el pueblo de Dios”. Así, los dioses fueron los primeros reyes³²⁷.

Sin embargo, la mayoría de las veces actuaban por medio de intermediarios³²⁸, y “pronto aparecieron los reyes [de carne y hueso], bien por el consentimiento de los pueblos, bien por la fuerza de las armas”³²⁹; pero su única justificación y legitimidad se encontraba en estar consagrados por Dios. En Francia, por ejemplo, “cada nuevo rey era ungido en la catedral de Reims con un bálsamo que, de acuerdo con la leyenda, había sido especialmente enviado por Dios a través de una paloma, que

³²⁴ Spinoza, Baruch, *Tratado teológico-político*. Alianza Editorial. Madrid. 1986. Pág. 158.

³²⁵ Jurídicamente, en España, con un ejemplo nos basta, el del Fuero Real: “Nuestro señor Dios Jesucristo ordenó primeramente la su Corte en el Cielo; y puso asimesmo por cabeza y encomenzamiento de los Archangeles, y de los Angeles, è quiso è mandó que lo amasen, y que lo guardasen, como al comenzamiento è guarda de todo, y despues desto hizo al home à la manera de su Corte, y como asi havia puesto cabeza è comienzo, puso al home la cabeza encima del cuerpo, y en ella puso razon y entendimiento, de cómo se deben guardar los otros miembros, è cómo deben servir è guardar la cabeza mas que asimismos, è de si ordenó la Corte terrenal en esa misma razon, y en aquella manera que era ordenada la suya en el Cielo, è puso al Rey en su lugar por cabeza, è comienzo de todo Pueblo, asi como puso à sí cabeza è comienzo de los Angeles è de los Archangeles” (Fuero Real I, 2) En *Los Código Españoles. Imprenta de la Publicidad*. Madrid. 1847, pp 347-424.

³²⁶ Bossuet, Jacques-Bénigne. *Política sacada de las Sagradas Escrituras*. Tecnos, Madrid, 1974, pág. 44.

³²⁷ Jacobo I de Inglaterra y de Escocia en discurso dirigido al Parlamento el 21 de marzo de 1610 señaló expresamente: “El estado de la monarquía es el supremo bien sobre la tierra; puesto que los reyes no son sólo los lugartenientes de Dios sobre la tierra, y se sientan en el trono de Dios, sino que incluso Dios mismo los considera Dioses...Dios tiene poder para crear o destruir, hacer o deshacer a su antojo, dar vida o enviar la muerte, juzgar a todos y no tener que rendir cuentas a nadie; enaltecer las cosas humildes y rebajar las elevadas a su antojo; dependiendo de Él el alma y el cuerpo. Así pues, los reyes tienen el mismo poder...”. Vide Martínez Rodríguez, Miguel Ángel. *La cuna del liberalismo. Las revoluciones inglesas del siglo XVII*. Ariel. Barcelona. 1999

³²⁸ Moisés, de hecho, lo fue de Yahveh. Y expresamente se quejó de la carga que suponía: “Pero ¿cómo voy a poder yo solo llevar vuestro peso, vuestra carga y vuestros litigios?. Escoged entre vosotros hombres sabios, perspicaces y experimentados”. Deuter. 1. 12-13.

³²⁹ Bossuet, Jacques Bénigne. Op.cit. pág. 46.

había entregado al monasterio de Saint Rémy, ‘la Santa Ampolla’, con ocasión del bautismo del Rey Clovis. Desde entonces todos los de Francia habían sido ungidos con ese bálsamo diluido en aceite”³³⁰. Con el unguimento se convertían en Reyes por la gracia de Dios, de hecho eran capaces de curar enfermedades, la escrófula entre ellas (cómo lo hacían era una cuestión que dejamos a quién lo quiera estudiar, sea o no psicólogo). Se vivía en una teocracia, en un mundo sagrado, que no podía ser tocado, y en el que los reyes habían sido puestos por Dios.

Durante siglos, la ignorancia, la superstición o la fe, sea lo que fuere, pudieron hacer creíble dicha delegación de poderes divinos. Realmente, hasta la Ilustración y la Revolución francesa no fue posible pensar en términos profanos cuando se trataba de organizar la sociedad. A partir de ese momento, Dios dejó solos a los hombres pues en Occidente la gente dejó de creer que la sociedad política debiera organizarse como la corte del cielo. Además, los concretos representantes de la divinidad demostraron de manera bien sangrienta su carácter mortal, ya se tratase de Carlos I de Inglaterra y de Escocia o de Luís XVI; se dice, incluso, que en el caso de este último el pueblo se peleó por tocar su sangre para morbosamente poderlo atestiguar. La Nación, que era susceptible de explicarse de manera cartesiana, triunfó sobre el Monarca, lo que se tradujo en los países en los que el régimen parlamentario adquirió carta de naturaleza en el dogma de la supremacía del Parlamento, que reclamó entonces los mismos privilegios y prerrogativas que tenía el rey personal.

El carácter sacro pasa de Dios al Poder Legislativo, pero en tanto el primero era intocable en su persona, todo él era divino, en el segundo lo que se protege es la palabra de sus miembros, la inteligencia expresada, pues mediante ella se forma su voluntad, que es lo único trascendente. Podríamos decir de manera muy hegeliana que el Espíritu toma especial conciencia de sí en el Parlamento, y lo hace mediante la confrontación intelectual. Antes de decidir, antes de expresar lo que se quiere, es preciso razonar y las Asambleas legislativas lo hacen mediante el debate colectivo, la confrontación de los pareceres de todos y cada uno de los ciudadanos de la comunidad en ellas representados. Una vez analizado el problema, pronuncian la ley, prácticamente la verdad en sentido jurídico. Como indica el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, “la Ley es la expresión libre y soberana de la voluntad general {...} no puede ordenar más que lo que es justo y útil a la sociedad; no puede prohibir más que lo que es dañoso”.

Para los enciclopedistas, las leyes no eran otra cosa que “las reglas precisas y exactas que rigen las relaciones ciudadanas”; pero decía Rousseau que descubrirlas constituía una tarea titánica propia de dioses. Por tanto, sólo al alcance del Parlamento, pues al estar constituido por todas las inteligencias, mediante técnicas de represen-

³³⁰ Vide Blázquez Martín, Diego. *Herejía y traición*. Dykinson. Madrid. 2001, pág.38.

tación, la información que manejaba alcanzaba un carácter divino. Se trataba de una divinidad mecánica que funcionaba a la manera del tic-tac de un reloj; por tanto, para que su compás fuese perfecto sería necesario asegurarse de la corrección de los engranajes, lo que exigía el absoluto contraste de ideas entre sus componentes mediante la garantía de su libertad de expresión. Caso contrario, si las distintas opiniones no pudieran manifestarse, las leyes perderían certeza matemática pues sus cálculos habría sido realizados con datos incompletos o erróneos. Por eso, el artículo 128 de la Constitución de Cádiz de 1812 dirá literalmente: “Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad podrán ser reconvenidos por ellas...”. Como hemos dicho, si la persona del rey era sagrada, ahora la sacralidad se desplaza a la palabra parlamentaria. Una evolución bien significativa, que obligaba a “no tocarla”, que era tanto como decir no reprimirla ni censurarla.

La verdad es que operamos con un modelo ideal de parlamentarismo con independencia de su realidad práctica pues, como dice Rubio Llorente³³¹, “la idea de que la voluntad del Parlamento se forma a través de una discusión a la que sus miembros acuden con la mente abierta, sin prejuicios, dispuestos a ser persuadidos por quienes piensen de otro modo, no se ha correspondido nunca, salvo excepciones, con la realidad de la vida parlamentaria. En contadas ocasiones, y en asuntos de no mucha transcendencia política, es posible que la discusión logre el acuerdo; las más de las veces, si éste se logra, será fruto de negociaciones y acuerdos establecidos fuera del aula. Como regla general, en el pasado como en el presente, los parlamentarios entran en el debate abroquelados frente a los argumentos del adversario político y aferrados a los propios, dispuestos a hacer coincidir su voluntad final con la que inicialmente manifestaron”. De todas maneras, y aunque la observación sea cierta, y probablemente no sólo por razones psicológicas, lo cierto es que los modelos ideológicos cumplen a veces perfectamente su función con independencia de su más o menos exacta correspondencia con lo real.

En cualquier caso, éste es el contexto histórico y el acervo intelectual que determinó la configuración de la prerrogativa de la inviolabilidad. Ciertamente, no cabía olvidar que la expresión de una idea puede afectar a otros bienes jurídicos de singular importancia, como los referidos al honor y a la intimidad de unos particulares que, sin participar acaso en la lucha parlamentaria, pueden ser afectados, y a veces gravemente, por lo que en ella se diga. Sin embargo, había una cuestión elemental: en el caso de la inviolabilidad, la ponderación de bienes a tener en cuenta en cualquier conflicto siempre habría de oscilar a favor del adecuado proceso de formación de la voluntad del Legislativo. Los atentados al honor o a la intimidad de las personas o las amenazas proferidas, por muy graves que pudieran ser, nunca podrían hacernos

³³¹ Rubio Llorente, Francisco, en “Las Cortes Generales”, trabajo incluido en la obra colectiva dirigida por Alzaga Villaamil. Oscar *Comentarios a la Constitución española*. Tomo VI, EDERSA. Madrid. 1998, pág. 60.

olvidar que el individuo concreto no podía situarse por encima de la universalidad de la ciudadanía.

En el fondo, los críticos actuales desconocen u olvidan el esencial papel que desempeñó, y aún desempeña, el instituto de la inviolabilidad. Se trataba de asegurar que todas las opiniones, absolutamente todas, por peligrosas u ofensivas que pudieran parecer, fueran oídas en la Cámara, para poder tomar una decisión.

IV. LA ACTUAL CRISIS DE LA INVOLABILIDAD

Bien, la sacralidad ha pasado del Rey al Parlamento, y esto ha durado más de un siglo. Pero ahora otros actores se la disputan, y ponen en cuestión incluso la propia realidad de lo sagrado. Vivimos un momento apasionante en el que, al menos desde un punto de vista teórico, el proceso de ampliación del poder iniciado con las revoluciones americana y francesa habría concluido: la soberanía ha ido pasando de la nación a sus élites, y de ellas a la totalidad de la población mediante técnicas de representación. Mientras duró, el Estado del Bienestar parecía haber culminado el “mejor de los mundos”. En una sociedad sólida económicamente, izquierda y derecha, progresivamente cercanas, contendían a través de personas con las que se encontraban vinculadas en una relación de confianza, en ocasiones de carácter carismático. Como diría Pitkin, los que estaban ausentes se hacían presentes, es decir, actuaban mediante técnicas de representación.

En un universo ingenuo, podría pensarse que la representación constituía simplemente una técnica, la más adecuada, para hacer efectivo el ejercicio concreto del poder toda vez que la participación directa roussoniana devenía imposible en países de cierta dimensión, en los que era imposible que todos y cada uno de los ciudadanos concurriesen al ejercicio de las funciones gubernamentales. La soberanía residiría teóricamente en la Nación o en el pueblo, efectivamente, pero como el poder no podía ser ejercido, incluso por simples razones de eficacia, por todos y cada uno de los individuos de una comunidad ni por una abstracta entidad, sería preciso delegar en sus elementos más sabios o dinámicos la capacidad de decidir por los demás. Por otra parte, con la representación se hacía efectiva la idea de Constant sobre la “libertad de los modernos”, desinteresados de la vida pública y deseosos de dedicar su tiempo y dinero a la gestión de la vida privada. Lo que, en la práctica, sólo sería posible desde la confianza en esos representantes y la inexistencia de peligros reales que hicieran tambalear el mundo íntimo del señor burgués.

Sin necesidad de acudir a la metodología marxista, pero con cierto grado de desconfianza, sería conveniente advertir que detrás de esta justificación ideológica

podía observarse la realidad de un factor nada desdeñable: la existencia, durante la época histórica de consolidación del parlamentarismo, de inmensos sectores de la sociedad sumidos en la ignorancia e incapaces, por tanto, de controlar realmente su propio destino. Así, en 1791, los constituyentes compartieron las reflexiones de Montesquieu sobre la capacidad del pueblo para designar en su seno a los mejores para representarles y sobre su incapacidad para gobernarse él mismo³³². Podría afirmarse, entonces, que la utilización de la técnica de la representación constituyó una coartada, genial coartada desde luego, de la burguesía para evitar la participación de la inmensa mayoría. Sieyès resuelve la cuestión señalando que “la souveraineté appartient au peuple certes, mais au peuple pris dans son ensemble en tant qu’entité abstraite”. Y en discurso pronunciado el 7 de septiembre de 1789 ante la Asamblea Nacional lo explicó con enorme claridad: “La plupart de nos concitoyens n’ont ni l’instruction, ni les loisirs nécessaires pour vouloir décider eux-mêmes des affaires publiques. Leur avis est donc de nommer des représentants, beaucoup plus capables qu’eux-mêmes de décider”.

Y añadía “nous sommes donc forcés de ne voir dans la plus grand partie des hommes que des machines de travail. Cependant vous ne pouvez pas refuser la qualité de citoyen et les droits du civisme à cette multitude sans instruction qu’un travail forcé absorbe en entier; puisqu’ils doivent obéir à la loi, tout comme vous, ils doivent aussi concourir à la faire...Les citoyens peuvent donner leur confiance à quelques-uns d’entre eux; sans aliéner leurs droits, ils en commettent l’exercice; c’est pour l’utilité commune qu’ils nomment des représentants bien plus capables qu’eux-mêmes de connaître l’intérêt général; et d’interpréter à cet égard leur propre volonté”³³³. Pero esto era posible porque la inmensa mayoría aceptaba la superior capacidad de los representantes del pueblo. Robespierre, Saint Just, Barnave, Brissot etc encarnaban el alma de la Nación. En su tiempo, Jean Jaurès no fue un simple diputado asesinado por sus ideas al comienzo de la Primera Guerra Mundial, era un auténtico mito.

En España, Don Manuel Azaña constituyó el símbolo de la II República, y qué decir con respecto a José María Gil Robles en la derecha cedista o Dolores Ibarruri como portavoz del Partido Comunista en la legislatura iniciada en febrero de 1936. Por su parte, Ortega y Gasset, Marañón y Pérez de Ayala en la Agrupación al Servicio de la República, o los catedráticos Sánchez Román y Jiménez de Asúa, entre otros muchos, hicieron efectiva la idea de que los parlamentarios eran capaces de expresar la voluntad del pueblo, o simplemente, si se quiere en forma menos melodramática, mantenían una especial relación de confianza, respeto, incluso carisma, con sus comitentes. Una relación, por tanto, que debía ser especialmente protegida con el instrumento, entre otros, de las prerrogativas. Todo esto forma parte de un mundo que

³³² Vide Masclet, Jean Claude. *Le rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la Vè République*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979, pág. 8

³³³ Vide Chantebout, Bernard *Droit Constitutionnel et science politique*. Economica, Paris, 1980, pag. 92 y ss

se ha hecho caduco, ha perdido vitalidad y deja de tener sentido desde el momento en que la misma idea de “hombres extraordinarios” se ha convertido en absurda. Cuando la inmensa mayoría de la población está alfabetizada, y en condiciones de opinar en la vida política, ya nadie es más que nadie ni se acepta que unos pocos puedan adoptar las decisiones que afectan al conjunto del pueblo³³⁴. La magia ha desaparecido, pues los brujos han dejado de servir en política.

Nos encontramos en el momento final: cuando a la manera roussoniana se llega a la conclusión de que los mandatarios del pueblo no son otra cosa que usurpadores, y se procede también a eliminarlos. Todos los ciudadanos asumen directamente el poder. Es el final de un largo camino, al que se refirieron los clásicos y de manera bien expresiva:

“Hace ocho siglos, la sociedad estaba dividida en barones y siervos: los barones lo eran todo, los siervos nada. En cada época sucesiva se comprueba que esta desigualdad de condición se debilita un poco; cada siglo ha hecho algo considerable para rebajar al poderoso y elevar al humilde. Cada paso de la civilización, cada victoria del intelecto, cada avance en la riqueza, ha multiplicado los recursos de la mayoría; mientras que las mismas causas a través de su acción indirecta han malgastado la fuerza y reducido la energía de la minoría. Ahora nos encontramos en una sociedad que, comparada con aquella de la que emergemos, podría ser calificada de igualitaria; sin embargo, no sólo siguen aún en funcionamiento las mismas influencias niveladoras, sino que su fuerza se ve ampliamente incrementada por nuevos elementos que el mundo nunca había visto antes. En un primer momento, la capacidad y el hábito de la lectura empezó a penetrar en una masa hasta ahora inerte. La lectura es poder: no sólo por ser conocimiento, sino más bien porque es un medio de comunicación -porque, con su ayuda, no solamente se difunden entre la multitud las opiniones y los sentimientos, sino que todo individuo que las defiende, sabe que son defendidas por la multitud; lo que basta por sí mismo para que se asegure su rápido predominio, si continúan siendo defendidas-. La mayoría ha aprendido hoy, por primera vez, la lección que, una vez aprendida, nunca se olvida: que su fuerza, cuando elige ejercerla, es invencible. Y, por primera vez, ha aprendido a unirse para lograr sus objetivos, sin esperar que se ponga a su frente algún sector de la aristocracia”³³⁵.

³³⁴ Fernández-Viagas B., Plácido. “Transparencia y delación” en *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*. Dirs. Gómez Rivero, M^a del Carmen y Barrero Ortega, Abraham. Tirant lo blanch. Valencia. 2017, pág. 170. El autor ha utilizado esta reflexión también en publicaciones de carácter periodístico. Así, en “Las raíces del populismo” ABC. Sevilla. 10-1-2018

³³⁵ Mill, John Stuart. *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, Espasa-Calpe. Madrid. 1991, págs. 241 y 242.

Efectivamente, la inmensa mayoría conoce ya su fuerza, y se resiste a dejarla en manos de representantes. En las sociedades actuales, y con intensidad en las de más baja calidad democrática e intelectual, como la italiana y española, en otras poco a poco también, los viejos políticos se han convertido en seres sospechosos. La repetida idea de que todo poder corrompe, que operaba abstractamente de manera preventiva, está siendo aceptada sin demasiados matices por la ciudadanía. Ante una situación de esta naturaleza, el papel de los representantes del pueblo quiere ser ejercido ahora directamente por todos y cada uno de los ciudadanos, que utilizarán como instrumento a jueces y medios de comunicación. Los segundos asumen la función de fiscales a la manera de Fouquier-Tinville o Vichinski, es decir, a la de épocas revolucionarias cuando el acusado carecía de garantías y su enjuiciamiento estaba sometido al control de los comisarios políticos. Los jueces, por su parte, se acomodan a las exigencias de los medios. Ha desaparecido su “temor reverencial” a la norma jurídica, pues no puede ser respetable la obra de unos legisladores a los que la opinión pública considera mediocres y corruptos. Razones esencialmente psicológicas, propias de un infantil narcisismo, les lleva además, en ocasiones, a realzar su propia imagen personal como debeladores de todo género de conspiraciones y entuertos³³⁶.

El “ya no nos representan” propio de las movilizaciones políticas de los últimos años expresa una rebelión frente a la vieja política es cierto. Pero hay algo más; en esencia es una manifestación psicológica de rechazo hacia la superioridad ajena. Es una cuestión estrictamente personal: nadie tiene derecho a decidir por mí, que es tanto como decir que nadie es mejor que yo. La diferencia, incluso la de inteligencia, es rechazada, perseguida también. Entrar en la vida pública, y es muy claro en España, se convierte en algo esencialmente peligroso, un porcentaje nada desdeñable de quienes lo hacen terminan en la cárcel o crucificados. Es mejor recluirse en el mundo de lo privado, muy al contrario que en los tiempos clásicos en los que la brillantez debía exhibirse. Si lo haces hoy los medios de comunicación o los tribunales terminarán cortándote la cabeza. Es paradójico que se denuncie la mediocridad de nuestros parlamentarios, cuando ha sido la propia sociedad la que lo ha propiciado, pues se está haciendo realidad la idea de que sólo pretenden acceder a los cargos públicos los que no tienen nada, ni siquiera reputación, que perder.

Lo que ocurre, en supuestos como éstos de rebelión generalizada contra los representantes del pueblo, es que todas sus prerrogativas se convierten, sobre todo desde un punto de vista psicológico y de propaganda, en privilegios. ¿Por qué razón van a gozar de inviolabilidad por sus palabras cuando las más son igual de inteligentes y sabias y no están protegidas? Durante siglos, como hemos dicho, las opiniones de los parlamentarios eran sagradas porque contribuían a la formación de la Ley, pero cuando ésta es vulgar, carece de rigor y prestigio, ¿qué sentido tiene protegerla? La

³³⁶ Fernández-Viagas B., Plácido en “Transparencia y delación”. Op. cit., pág. 172

atribución de sacralidad depende de la psicología de las masas y, de manera genial ya en 1930, Ortega y Gasset decía que “hoy asistimos al triunfo de una hiperdemocracia en que la masa actúa directamente sin ley, por medio de materiales presiones, imponiendo sus aspiraciones y sus gustos [...] La masa presumía que, al fin y al cabo, con todos sus defectos y lacras, las minorías de los políticos entendían un poco más de los problemas públicos que ella. Ahora, en cambio, cree la masa que tiene derecho a imponer y dar vigor de ley a sus tópicos de café. Yo dudo que haya habido otras épocas de la historia en que la muchedumbre llegase a gobernar tan directamente como en nuestro tiempo. Por eso hablo de hiperdemocracia”³³⁷. Y hablaba hace cerca de noventa años...

Luis XVI fue guillotinado en una época en que las masas necesitaban “cazar a hombre singulares”³³⁸. Ahora no es necesario eliminar físicamente a nadie, basta con el desprecio general. Y si los diputados y senadores no son ya tenidos en cuenta, se les considera tan mortales como todos los demás, la inviolabilidad lógicamente pierde su justificación racional. Es necesario señalar, además, que su desaparición no es sólo formal, es esencial, afecta al propio sistema constitucional. En la práctica supone que quien ha sido hasta ahora el soberano ha dejado de serlo ya; lo que siempre implicaba un proceso revolucionario difícil y cruento. Y si nos encontramos ante un proceso de esa índole las garantías jurídicas no sirven para nada. Lo podemos comprobar remontándonos a la Revolución francesa y, si valoramos la estética, al imponente discurso de Robespierre conocido como “Sobre el proceso al Rey”, discurso pronunciado en la Convención el 3 de diciembre de 1792.

[...] Luis no puede, pues, ser juzgado: ya está condenado, o bien la República todavía no ha sido absuelta.

Proponer hacer un proceso a Luis, de cualquier manera que pueda ser hecho, significa retroceder hacia el despotismo regio y constitucional: es una idea contrarrevolucionaria, puesto que significa poner en contradicción la misma Revolución.

En efecto, si Luis puede ser objeto todavía de un proceso, también puede ser absuelto. ¡Puede ocurrir incluso que resulte inocente! ¿Qué digo? Es presunto inocente hasta que no sea juzgado. Pero si Luis es absuelto, si Luis puede ser presunto inocente, ¿en qué se convierte entonces la Revolución?³³⁹... Luis debe morir porque es necesario que la patria viva”

El discurso es apasionante, no sólo desde un punto de vista político, es puro Derecho. Los abogados de Luis XVI señalaban la imposibilidad de someterlo a juicio una

³³⁷ Ortega y Gasset, José. *La rebelión de las masas*. Alianza Editorial. Madrid. 1993, pág. 51

³³⁸ Canetti, Elias. *Masa y poder*. Alianza Editorial. Madrid. 2005, pág. 65

³³⁹ Robespierre. Maximiliano. *La revolución jacobina*. Nexos. Barcelona. 1992, págs.77-87

vez entrada en vigor la Constitución de 1791. Alegaban su inviolabilidad, basada en lo dispuesto por el artículo 2 de la sección primera del capítulo II, título III, de la Constitución de 1791, que establecía que la persona del Rey era inviolable y sagrada. El argumento de Robespierre es genial: efectivamente, no puede ser sometido a juicio; pero no porque sea inviolable. La inviolabilidad del Rey ha desaparecido desde el mismo momento en que la Convención lo ha “tocado”, lo que ocurre es que se trata de un enemigo de la Nación, y es necesario eliminarlo. Un proceso penal implicaría juzgar a un hombre, en consecuencia podría ser absuelto y, entonces, moriría la Revolución. Cuando está en juego la razón de Estado, los argumentos jurídicos se convierten en irrelevantes. Había que decidirse entre la Nación, que pretendía defender la Revolución, o el Rey.”Busco jueces, y no veo más que acusadores”³⁴⁰ se lamentaría, con enorme fuerza estética, la defensa; pero se trataba de una simple cuestión de poder.

La Revolución francesa destruyó este mundo, y desapareció la inviolabilidad real, pues había perdido su carácter sagrado. El Rey se había convertido en el titular sacrilego de un poder que había arrebatado a la Nación; lógicamente la guillotina fue su destino. La sacralidad, como hemos dicho, se atribuyó entonces al Parlamento, la Nación representada. Blackstone lo expresó de manera contundente, “the power of Parliament is absolute and without control”, el poder del Parlamento es absoluto y sin control: “tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier ley...En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo”. La divinidad de las Asambleas Legislativas no era una soberbia pretensión, tenía fundamentos bien sólidos y serios, los mismos que habían servido a la Monarquía, sólo que cambiando el titular.

Las revoluciones en los siglos XIX y XX tuvieron un carácter cruento; y la Monarquía cayó en Francia a sangre y fuego. Los movimientos de carácter fascista o autoritario y los comunistas se enfrentaron expresamente al parlamentarismo, discutieron su legitimidad que pretendieron sustituir por otra: el orden, la raza, la religión o el pueblo...Pero todos ellos tomaron en serio a las Asambleas Legislativas, e intentaron construir una justificación teórica de carácter intelectual que permitiera su arrumbamiento. La crisis actual de las democracias occidentales carece de alternativas ideológicas. Son combatidas desde el desprestigio y el alejamiento. Es verdad que la representación es puesta en cuestión. Pero nadie sostiene con rigor la posibilidad de hacer efectiva la participación directa, con independencia del intento de los partidos por fomentar las denominadas “primarias” y los distintos mecanismos de consulta a las bases, que no dejan de constituir simples anécdotas.

³⁴⁰ “Je cherche des juges, dit-il, et je ne vois que des accusateurs”. Michelet, Jules. *Histoire de la Révolution française*. Éditions Robert Laffont. 1979. t. II, pág. 225

El problema real puede ser psicológico, es un fenómeno de cansancio, incluso, por qué no decirlo, de decadencia. Las sociedades occidentales han estado viviendo bajo el sueño de un progreso indefinido dirigido, como expresamente señalaban los revolucionarios franceses, a la felicidad. Ya el marqués de Condorcet, uno de los más famosos girondinos, se había preguntado: “¿Sería absurdo suponer que el perfeccionamiento de la raza humana se pueda considerar como un progreso indefinido”. Con una visión de esta naturaleza, el hombre estaría a punto de alcanzar las estrellas, es cierto, pero las grandes tragedias de los últimos siglos han sido consecuencia de algo semejante, concretamente de lo que Popper denominó historicismo: “Entiendo por historicismo un punto de vista sobre las ciencias sociales que supone que la predicción histórica es el fin principal de éstas, y que cree que este fin es alcanzable por medio del descubrimiento de los ritmos o los modelos de las leyes o las tendencias que yacen bajo la evolución de la historia”³⁴¹. Se trataba de una utopía, y Aldous Huxley, citando a Nicolás Berdiaeff, nos advirtió contra ellas:

“Las utopías aparecen como más realizables de lo que se pensaba. Y nos encontramos actualmente ante una cuestión bien angustiada: ¿Cómo evitar su realización definitiva...? Las utopías son realizables. La vida marcha hacia ellas. Y quizá un siglo nuevo comience, un siglo donde los intelectuales y la clase cultivada soñarán en los medios de evitar las utopías y de retornar a una sociedad no utópica, menos perfecta y más libre”.

El problema es que la destrucción de las utopías clásicas, conocidas, puede conducir a otras igualmente peligrosas. No existen sistemas políticos perfectos, y como diría Duverger, hay una ley casi biológica que lleva siempre el régimen de asamblea hacia el despotismo. Ya en su momento Burke fue capaz de advertir: “Se dice que veinticuatro millones de personas deberían prevalecer sobre doscientas mil. Esto sería cierto si la constitución de un reino fuera un problema de aritmética...La tiranía de la mayoría no es sino una tiranía multiplicadora”. El Parlamento ha perdido su sacralidad, ha dejado de ser divino es cierto, y en consecuencia nadie cree que necesite una reforzada protección, por eso la inviolabilidad pierde su razón de ser. Lo difícil es pensar que haya desaparecido la necesidad de lo sagrado; a lo mejor es que las masas se la atribuyen a sí mismas. La idea del progreso constituyó una reacción frente al tiempo cíclico del universo pagano. Es posible, sin embargo, que estemos presenciando el retorno de un pueblo escogido por Dios. Volveríamos así al Viejo Testamento.

³⁴¹ Popper Karl. R. *La miseria del historicismo*. Alianza Editorial. Madrid. 1987, pág. 17.

MESA REDONDA TERCERA. RELACIONES ENTRE EL LEGISLATIVO
Y EL PODER JUDICIAL

**INSTRUCCIÓN PENAL, SUPPLICATORIO,
COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN**

Ignacio Carrasco López
Ltrado de la Junta de Andalucía

I. ADVERTENCIAS.

El título de la presente ponencia se refiere a tres cuestiones cuya complejidad jurídica impide un análisis detallado en el tiempo de que disponemos. En cualquiera de los casos, la referencia a dichas cuestiones ha de entenderse en el contexto de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, de modo que debemos realizar una primera aproximación que parta de dichas relaciones para no desbordar el objeto de la presente intervención.

Ha de advertirse, no obstante, que cualquier análisis acerca del proceso penal cuenta con un hándicap insoslayable: nuestra ley procesal tiene más de 130 años, ha sido muchas veces reformada en todo el tiempo que dura su vigencia y dichas reformas, en demasiadas ocasiones, no han guardado el celo necesario para preservar su carácter sistemático.

Algunas de sus reformas, de otro lado, ha sido efectuadas con una discutible técnica, de modo que o han resultado inservibles en la práctica, o han sido interpretadas de modo muy distinto por los diferentes órganos jurisdiccionales, fundamentalmente en aquello que se refiere a la instrucción.

Baste comprobar, a efectos ilustrativos, lo que ha ocurrido con la reciente reforma del artículo 324 LECrim: este precepto ha nacido muerto pues ni se ha aplicado según la literalidad del precepto, ni se ha respetado la intención del legislador, ni el precepto está redactado con buena técnica ni, en fin, ha cumplido el propósito que justificó su reforma.

Finalmente, el análisis de la cuestión, por motivos comprensibles, se va a tratar partiendo de las categorías más comunes desde el punto de vista material, esto es, las siguientes reflexiones se predicán de los procesos que tienen por objeto la instrucción y enjuiciamiento de los delitos que más comúnmente se atribuyen a aquellos a los que afecta la inmunidad parlamentaria y gozan del privilegio del fuero especial: los delitos de prevaricación y malversación.

Idealmente, las personas que gozan del privilegio de la inmunidad pueden ser procesados por cualesquiera de los delitos que contempla nuestro Código Penal, pero la práctica demuestra que tales casos son excepcionales. De ahí la necesidad de centrar el debate en lo general y no en lo excepcional.

Realizadas las anteriores advertencias, ha de anticiparse otra que será posteriormente desarrollada: el respeto al contexto que marca el título de la mesa redonda (las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial) deberá ser necesariamente rebasado como consecuencia de que, en la práctica, el privilegio de la inmunidad parlamentaria se predica respecto de quienes ostentan el cargo de representante parlamentario pero, la mayor parte de las veces, por los actos u omisiones realizados en funciones no representativas.

Me refiero a la circunstancia de que la actividad parlamentaria está sujeta, como se ha expuesto en la anterior intervención, al privilegio de la inviolabilidad. La inviolabilidad se extiende, como se ha dicho, a las opiniones efectuadas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, pero también al voto emitido en el ejercicio de sus cargos.

No se alude a este extremo en el artículo 71.1 CE ni en el Reglamento del Congreso, pero sí en el artículo 21 del Reglamento del Senado, cuando dispone que “Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo”, o en el artículo 21 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, que señala al respecto que “Los diputados gozan de inviolabilidad, incluso después de haber finalizado su mandato, por las opiniones y los votos emitidos durante el ejercicio de sus funciones.”. Y ha sido aceptado con naturalidad por nuestro Tribunal Constitucional en su STC 51/1985, de 10 de abril, cuando en su fundamento jurídico sexto afirma, tras analizar el ámbito delimitado por el artículo 71.1 CE y 21 del Reglamento del Senado que “El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y **decisión parlamentarias**”.

Esta extensión de la inviolabilidad parlamentaria al ejercicio del voto de los parlamentarios es, desde luego, una cuestión de actualidad. En la sesión celebrada en el Parlamento de Cataluña el pasado 27 de octubre, la votación fue secreta. Aunque no

lo hubiese sido, sería interesante debatir acerca de si el voto de los parlamentarios podría ser constitutivo de delito.

Pero, volviendo al tema, la anterior reflexión acerca de la extensión del privilegio de la inviolabilidad es necesaria para contextualizar la presente exposición, porque descartado por los citados preceptos que el voto pueda ser delictivo, las posibilidades de cometer ilícitos penales en el ejercicio de la función parlamentaria quedaría delimitada subjetivamente a los parlamentarios que ostenten cargos orgánicos en el seno de cada Cámara, esto es, que formen parte de la mesa, pues junto funciones propiamente parlamentarias desempeñan otras de carácter administrativo.

Sin embargo, la realidad demuestra que estos casos son excepcionales. A salvo del anteriormente citado caso del Parlamento de Cataluña, en el que por cierto la querrela del Fiscal General del Estado se dirige contra los miembros de la mesa de dicho Parlamento y no contra los diputados que participaron en la votación, ni siquiera de aquellos que mostraron públicamente el sentido de su voto, la aplicación práctica del privilegio de la inmunidad parlamentaria se predica respecto de los actos u omisiones perpetrados por quienes gozan de él en el ejercicio de funciones públicas extraparlamentarias, pues es común que algunos miembros de las Cámaras sean, a su vez, alcaldes y concejales y que los hechos investigados o enjuiciados se hayan cometido en el ejercicio de estos cargos.

II. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA.

Para abordar las relaciones entre la instrucción penal y el suplicatorio debemos hacer una referencia, breve, a la inmunidad parlamentaria.

En España, la inmunidad parlamentaria se encuentra prevista en el artículo 71.2 CE, que dispone que “Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.”

La inmunidad parlamentaria es una prerrogativa que afecta, fundamentalmente, a la posición procesal del parlamentario, añadiendo a las garantías previstas por la ley procesal penal algunas otras que protegen el ejercicio de su función.

Esta garantía no es sólo propia del derecho español; también la encontramos en otros sistemas comparados aunque con formulaciones diversas: artículo 46 de la Constitución alemana, artículo 26 de la Constitución francesa, artículo 68 de la Constitución italiana y artículo 160 de la Constitución portuguesa. El artículo 71 de la Constitución holandesa, por el contrario, prevé la inviolabilidad parlamentaria pero no, sin embargo, la inmunidad.

Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que “La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento” (STC 243/1988).

La inmunidad parlamentaria presenta por tanto las siguientes notas:

A/ es un privilegio que el artículo 71.2 CE reserva para diputados y senadores; no obstante, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de esta prerrogativa para los parlamentarios autonómicos pero siempre y cuando así se recogiese en los respectivos Estatutos de Autonomía y con la extensión que los mismos establezcan. Sobre esta cuestión se volverá en el análisis del suplicatorio;

B/ protege únicamente frente a procesos penales, y no de otra naturaleza;

C/ se proyecta sobre dos actuaciones: la detención, que sólo es posible en caso de flagrante delito (el TC ha considerado que se da en aquella “situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” o visto directamente o percibido de otro modo en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”, STC 341/1993), y la inculpación, pues para que se produzca es necesario contar con la aprobación de la Cámara a la que pertenezca el parlamentario.

La cuestión relativa a la inculpación ha dejado de ser pacífica pues, como veremos, con anterioridad a la reforma de la LECrim de 1988 que introdujo al procedimiento abreviado tal fenómeno se producía con el auto de procesamiento, fase procesal que no se da en el procedimiento abreviado.

Íntimamente relacionado con la inmunidad parlamentaria, y recogida en el artículo 71.3 CE, encontramos el fuero especial, privilegio del parlamentario que afecta al órgano jurisdiccional que conocerá de las causas penales en las que se encuentren investigados los miembros de las Cámaras. Dispone el citado precepto que “En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”.

El empleo por el artículo 71.3 CE de una expresión genérica, “causas”, plantea muchos problemas prácticos, que serán abordados después, acerca del momento en que la “causa” ha de ser elevada al Tribunal Supremo en aquellos casos en que, no existiendo imputación formal de hechos delictivos al parlamentario, es de todo punto evidente que dichos hechos están siendo investigados.

III. INSTRUCCIÓN PENAL.

La instrucción penal responde a una naturaleza jurídica no pacífica y que actualmente está en cuestión. A este respecto, en el seno de la discusión doctrinal existente en torno a la reforma del proceso penal, cuya luz no hemos visto ni parece que vaya a verse a corto plazo, se contraponen las opiniones de quienes consideran que la instrucción debe seguir dirigida por los integrantes del Poder Judicial; y de quienes opinan que la dirección de la fase de investigación de las causas penales ha de quedar en manos del Ministerio Fiscal en régimen de exclusividad, convirtiéndose el Juez de Instrucción en Juez de garantías en orden a decidir acerca de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales de los sujetos investigados.

Ciertamente, son respetables todas las opiniones, pero en un asunto como el que nos ocupa serían inevitables los comentarios que despertaría una instrucción que tuviese por objeto investigar los hechos en los que hubiera participado un parlamentario y que dicha instrucción estuviera dirigida por un miembro del Ministerio Fiscal que, a fin de cuentas, pudiera recibir instrucciones de un Fiscal General del Estado nombrado a propuesta del Gobierno.

Ello no obstante, la instrucción por el Ministerio Fiscal no es una realidad completamente desconocida en nuestra ley procesal. El artículo 773.2 LECrim contempla que “Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y **practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes** para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal **decretará el archivo de las actuaciones** cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. **En otro caso instará del Juez de Instrucción** la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal **podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial**, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.”

Es decir, en nuestro derecho procesal ya el Ministerio Fiscal tiene atribuidas facultades de investigación, al margen del órgano jurisdiccional, que pueden llevar tanto a impartir instrucciones a la Policía Judicial como a citar a su presencia a los presuntos responsables del hecho.

En cualquiera de los casos, y dada la regulación actual de la instrucción penal, desde luego puede afirmarse que, a salvo de la prueba anticipada y la prueba preconstituida, sólo pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, de modo que las diligencias practicadas en la instrucción tienen como fin, únicamente, el declarado por el artículo 299 LECrim, esto es, “preparar el juicio” y “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.”.

No quiere esto decir que las diligencias practicadas en el seno de una instrucción penal carezcan de valor alguno. Lo que quiere decir es que tales diligencias ha de ser practicadas nuevamente como prueba en la fase de plenario, ante el órgano encargado del enjuiciamiento y garantizando la posibilidad de contradicción, además del resto de derechos y garantías procesales del justiciable.

Siendo éste el objeto de la instrucción penal, el acopio de elementos indiciarios de la comisión de un delito para, en su caso, concluir que tales indicios merecen un análisis en el seno del juicio, la intervención en ella de las personas que gozan de los privilegios de la inmunidad parlamentaria y del fuero personal presenta unos particulares perfiles que exigen una especial llamada de atención.

IV. EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN.

Ciertamente, la puesta en conocimiento del órgano instructor de una notitia criminis obliga a éste a actuar. La inmunidad parlamentaria, sin embargo, produce determinados efectos que, por disposición constitucional, legal o por consecuencia de la praxis habitual, no se equiparan a los producidos cuando el hecho investigado se atribuye a una persona que no goza ni de tal privilegio ni del privilegio del fuero especial.

La primera cuestión que surge a este respecto deriva del hecho de que la notitia criminis sea comunicada al Juzgado previa práctica de diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal, pues en tal caso podría plantearse si es constitucionalmente legítimo que puedan desarrollarse por el Ministerio Fiscal actividades de investigación acerca de hechos cuyos autores puedan ser parlamentarios.

Es decir, podría ser objeto de discusión si, al investigar un hecho cometido por un parlamentario, el Ministerio Fiscal puede ordenar la práctica de diligencias a la policía judicial o si puede llamarlo a su presencia a declarar.

El artículo 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el párrafo segundo de su apartado 5 dispone que “Las **autoridades**, funcionarios u organismos o particulares requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en este artículo y en el siguiente **deberán atender inexcusablemente** el requerimiento **dentro de los límites legales. Igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante el Fiscal cuando éste lo disponga.**”.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 5 dispone que “Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales **no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.**”.

A pesar de lo que señala este último precepto, parece evidente que el Ministerio Fiscal no ostenta facultades para ordenar la privación de la libertad deambulatoria de una persona protegida por la inmunidad parlamentaria, pues carece de sentido pensar que lo que no pueda hacer el juez competente, salvo en caso de flagrante delito, pueda hacerlo el Ministerio Fiscal.

Con mayor motivo si cabe, pues si la justificación de la inmunidad parlamentaria es evitar “que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las cámaras” (STC 243/1988), más intensidad tendrá dicha justificación cuando quien ordena la práctica de una medida de privación de la libertad deambulatoria es un miembro del Ministerio Fiscal sometido al principio de dependencia jerárquica y no un miembro del Poder Judicial.

Parece improbable, asimismo, que el Ministerio Fiscal que pueda hacer comparecer a su presencia a un parlamentario, pues éste goza de fuero especial. Sin embargo, nada impide que pueda practicar, por sí o por medio de la policía judicial, cualquier diligencia que no afecte ni al derecho a la libertad ni a la obligación de comparecer a presencia del Ministerio Fiscal.

Por tanto, el alcance de tales diligencias con respecto a las personas protegidas por la inmunidad parlamentaria es un tanto difuso y sus límites habrá que definirlos caso por caso atendiendo a las anteriores limitaciones, pudiendo trazarse un paralelismo, impreciso desde luego, a partir de los actos que pueda realizar en una investigación penal un juez que no desarrolle su función en el órgano jurisdiccional de aforamien-

to, cuestión que deberá ser abordada después. Es decir, si un juez de instrucción no puede realizar determinadas diligencias cuando la instrucción se siga contra una persona que goza de fuero, no parece lógico que sí pueda realizarlas el Ministerio Fiscal en una fase preprocesal.

Ello no obstante, y como después se verá, los límites de la investigación por el instructor ordinario no están demasiado claros y, en ocasiones, la investigación está prácticamente concluida cuando se eleva al órgano judicial competente.

V. COMPETENCIAS PARA LA INSTRUCCIÓN.

Ya hemos señalado que la instrucción puede comenzar como consecuencia de la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, también es posible que pueda ponerse en marcha el proceso penal mediante la presentación de denuncia o querrela por los ciudadanos directamente ante el órgano instructor.

Cuando la denuncia o querrela se dirige contra una persona protegida por la inmunidad parlamentaria y que goza de fuero, la competencia queda atribuida desde el inicio al órgano instructor competente, de tal modo que si se presenta ante un juzgado de instrucción debe éste, previo examen de su competencia, inhibirse en favor del Tribunal Supremo, pues así se desprende tanto del artículo 272 LECrim (“Si el querrellado estuviere sometido por disposición especial de la Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querrela).

Lo mismo se hará cuando fueren varios los querrellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de aquéllos estuviere sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer, por regla general, del delito”), como del artículo 313 LECrim cuando atribuye al instructor la obligación de examinar su competencia.

Ocurre sin embargo que en determinadas ocasiones es el desarrollo de una instrucción penal, seguida ante un juez de instrucción, la que revela la indiciaria participación en los hechos de personas que gozan de inmunidad parlamentaria y privilegio de fuero especial y es en estos casos en los que la inhibición en favor del Tribunal Supremo plantea problemas en un doble ámbito:

A/ en cuanto al momento en que dicha inhibición debe producirse y la afectación que ello provoquese en el derecho a la tutela judicial efectiva; y

B/ en relación con el celo con que el órgano instructor observe en la aplicación del artículo 313 LECrim, pues ello afecta también directamente al derecho a la tutela judicial efectiva.

VI. MOMENTO ADECUADO PARA EL ENVÍO DE LA CAUSA AL TRIBUNAL SUPREMO.

El artículo 71.3 CE dispone que “En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”.

El empleo por este artículo de la Constitución de un término ciertamente genérico, “causa”, plantea ciertos problemas de interpretación que no son fáciles de resolver pues, además, nada aclara la LECrim en el Título I de su Libro IV, dedicado precisamente al procedimiento especial previsto para el caso de que fuera procesado un Diputado o Senador.

Desde luego, el término “causa” comprende el proceso penal en todas sus fases, incluida la instrucción penal, pero la instrucción penal es dinámica y compleja y no siempre está determinada desde su inicio la identidad de todos los participantes en los hechos investigados.

Ciertamente hay casos muy excepcionales en los que, por ejemplo, la condición de Diputado o Senador se ha adquirido, incluso, después de haberse dictado auto de apertura del procedimiento abreviado, de modo que la competencia del Tribunal Supremo ha sido asumida casi directamente para el enjuiciamiento.

Prescindiremos del análisis de estos casos excepcionales para centrar la atención en los casos más habituales, esto es, aquellos en los que la investigación seguida por un juzgado de instrucción viene referida a hechos en los que ha participado una persona que ya tiene la condición de Diputado o Senador.

En tales casos, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse seriamente comprometido. No hay que olvidar que el artículo 118.1 LECrim obliga al órgano jurisdiccional a instruir en sus derechos “**sin demora injustificada**” a toda persona a la que se atribuya un hecho punible para permitir su participación en la instrucción y que el artículo 118 bis ordena proceder del mismo modo cuando “se impute un acto punible contra un Diputado o Senador”.

Así pues, si la elevación de la causa al Tribunal Supremo se produce cuando la investigación está agotada, las posibilidades de practicar diligencias a instancias del parlamentario, y, por tanto, su derecho de defensa, puede verse menoscabado irremediabilmente pues la tutela judicial efectiva también comprende, según el Tribunal

Constitucional, para el querellado, el derecho a ver archivada la instrucción penal cuando se revele la inexistencia de indicios contra el investigado o cuando sea patente que el hecho no sea delictivo.

Pero es que, por otra parte, agotar la investigación de los hechos en los que participa un parlamentario sin dirigir la instrucción contra él y, por tanto, sin elevar la causa al Tribunal Supremo podría suponer también una conculcación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que consagra el artículo 24 CE.

Finalmente, la competencia para la instrucción penal de las causas en las que existan aforados y no aforados plantea problemas en cuanto a la atracción de la investigación seguida en el Tribunal Supremo por razón de conexidad.

Antes de la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, el artículo 300 LECrim (ahora suprimido) disponía que “Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. **Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso.**”.

A pesar de que el artículo 762.6º LECrim señalase que “Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, **podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas** que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.”, la combinación del artículo 300 con los criterios de conexidad que recogía el artículo 17 LECrim, también antes de su reforma, era el caldo de cultivo perfecto para la formación de macrocausas, de modo que, en teoría, la presencia de un parlamentario obligaba al Tribunal Supremo a instruir la macrocausa completa.

Ciertamente ello carecía de sentido y se generó la doctrina de la continencia de la causa, de modo que la vis atractiva de la competencia del Tribunal Supremo sólo actuaba cuando, de lo contrario, se produjese una ruptura de la continencia de la causa, esto es, “cuando los hechos tienen tal grado de inescindibilidad que el enjuiciamiento separado del aforado y el no aforado dificulte de forma sustancial el conocimiento de los hechos y la resolución del proceso.” (ATS de 24 de junio de 2015).

Actualmente, el riesgo se ha disipado considerablemente con la supresión del artículo 300 LECrim y la nueva redacción del artículo 17 LECrim, según el cual “1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes

para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes **salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.**”.

De hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado en su reciente ATS de 7 de julio de 2017 que **“Esa atracción de la competencia respecto a los no aforados, plantea el problema de la acomodación de esa investigación judicial con el derecho constitucional al Juez predeterminado por la ley**, pues si el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional predeterminado por ley para los aforados, no lo es respecto a quienes no ostentan las condiciones especiales que la Constitución, Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas establecen para atribuir la competencia en materia penal a un concreto órgano jurisdiccional en defecto del llamado a conocer por regla general del delito (art. 272 LECrm.) (veanse SS TEDH 2/6/05, caso Claes y otros/Bélgica, y 22/6/2000, caso Coéme/Bélgica).

En consecuencia, la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas, lo que en el caso de autos no sucede, dado que la actuación del aforado puede ser investigada con autonomía y sustantividad propia.”.

Este auto, por otra parte, examinaba el curioso caso de quien adquirió la condición de parlamentario después de dictado el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado.

Por último, debe destacarse que, para aquellos casos en los que el investigado en el Tribunal Supremo pierda la condición de aforado, ha de estarse al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de dos mil catorce que dice que **“En las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado.”.**

VII. CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 313 LECrim Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

La atribución inicial del conocimiento de la causa cuando en los hechos investigados ha participado un parlamentario protegido por la inmunidad y el fuero especial, es una cuestión de esencial importancia que se proyecta igualmente sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Además de lo ya dicho sobre lo dispuesto por el artículo 272 LECrim, el artículo 313 LECrim dispone que **“Desestimaré en la misma forma la querella cuando los hechos**

en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma.

Contra el auto a que se refiere este artículo procederá el recurso de apelación, que será admisible en ambos efectos.”

Este artículo impone dos obligaciones al órgano instructor una vez que tiene conocimiento de la notitia criminis y abre la instrucción. La primera por orden cronológico, aunque el artículo 313 LECrim lo diga en segundo lugar, es el examen de la competencia propia. Por tanto, si la denuncia o querella atribuye la autoría de los hechos a un parlamentario, el juez instructor, si no es el competente por razón del fuero, debe proceder a inhibirse en favor del competente sin practicar diligencia alguna.

La segunda obligación que el artículo 313 LECrim impone al instructor es verificar que los hechos en que su fundan la querella o la denuncia son constitutivos de delito. Esta obligación es esencial y afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, es observada con desigual intensidad según quien sea el órgano que abre la instrucción.

Debemos recordar que la casuística es tan numerosa como delitos hay tipificados en el Código Penal. Sin embargo, tal y como advertíamos al principio, interesa destacar las causas que investigan hechos constitutivos de delitos de prevaricación por ser, de largo, los más comúnmente atribuidos a los cargos públicos protegidos por la inmunidad y el fuero.

Cualquiera que se dedique a la jurisdicción penal observará que, en los delitos de prevaricación, es praxis habitual, ante la presentación de una querella o denuncia, que el juez instructor verifique su competencia y, a continuación, proceda a incoar diligencias previas mediante un auto de contenido formulario, asumiendo acríticamente los postulados de la querella o denuncia salvo que los hechos relatados sean manifiestamente inverosímiles.

Cierto es que sobre los jueces de instrucción pesa una enorme carga de trabajo y que el artículo 212 LECrim dispone que “Cuando se presentare querella, el Juez de instrucción, **después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren**, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, las cuales denegará en resolución motivada.”.

Es cierto también que los jueces de instrucción siguen las pautas marcadas por la doctrina de las Audiencias Provinciales, que revisan la actividad instructora. Es igualmente cierto que dicha doctrina atiende al derecho a la tutela judicial efectiva del querellante para impedir el cierre prematuro de la instrucción si no se han prac-

ticado diligencias. Pero no es menos cierto que dichas diligencias han de practicarse después de admitir la querella “**si fuere procedente**”, esto es, si se dan las condiciones previstas en el artículo 313 LECrim.

Porque no podemos olvidar que el sometimiento del querellado a una instrucción penal, sobre todo en los casos con proyección mediática, provoca en aquél efectos absolutamente devastadores en su honor y reputación (además de en su esfera patrimonial), y que después de desechar la fama del justiciable un auto de sobreseimiento (que suele ser provisional y no libre) no es suficiente para la reparación del daño (entre otras cosas porque la publicidad que se da al auto que llama a una persona como investigado suele ser mayor que la del auto de sobreseimiento).

Sin embargo, cuando la querella o denuncia se presenta ante el Tribunal Supremo y se dirige contra parlamentarios, podemos observar que el Tribunal Supremo es especialmente riguroso en comprobar que el hecho denunciado es, efectivamente, delictivo. Es decir, la praxis habitual cuando se presenta querella ante el Tribunal Supremo contra parlamentarios es que el Tribunal Supremo observe escrupulosamente las prescripciones del artículo 313 LECrim, prescripciones que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva del querellado.

Cuando los hechos atribuidos en la querella son constitutivos de un delito de prevaricación, la observancia del artículo 313 LECrim cobra aún más importancia, porque el juicio sobre la relevancia penal de los hechos es perfectamente realizable por el juez de instrucción, toda vez que comporta un análisis exclusivamente jurídico.

En efecto, el artículo 404 CP castiga “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”. Se trata de un delito doloso cuya comisión es francamente difícil; hay que proponérselo muy seriamente para cometer el delito. Ya sabemos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo exige que la contradicción de la resolución administrativa con el ordenamiento jurídico sea patente y grosera, que no exista en derecho un criterio interpretativo que permita sostener mínimamente la racionalidad de la resolución y que ésta produzca además un resultado materialmente injusto.

Y, precisamente por ello, los hechos relatados en una querella, cuando pudieran ser constitutivos de un delito de prevaricación, permiten al órgano jurisdiccional examinar la resolución a la que se atribuyen los efectos delictivos; analizar su fundamentación; contrastar la norma sustantiva que se considere infringida; y finalmente, realizar un análisis indiciario que descarte la existencia del delito.

Así procede el Tribunal Supremo. Valga como ejemplo el razonamiento contenido en el ATS de 24 de marzo de 2017 cuando afirma que “**la presentación de una querella**

no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su no admisión a trámite sin más.

Tal inadmisión, por otra parte, no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación.”.

Es decir, el rigor en la aplicación del artículo 313 LECrim depende habitualmente de quien sea el órgano receptor de la querrela.

A mi juicio, en esto reside el elemento más importante del privilegio del aforamiento. Y ello afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva del querrellado.

Sabemos que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, como afirma el Tribunal Supremo en el último auto citado, que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos.

Pero el Tribunal Constitucional conoce, generalmente, de los recursos de amparo que interponen los querellantes que ven terminada la instrucción con un auto de sobreseimiento y no de los recursos de los querrellados que se ven sometidos a una instrucción a veces verdaderamente inquisitorial, pues son muchos los obstáculos procesales para acceder al amparo por poder reproducirse las denuncias de nulidad formuladas en el seno de la instrucción en el juicio oral.

Sin embargo, a pesar de ello, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la mayor parte de las veces en declaraciones obiter dicta, en los que se valora precisamente que el derecho a la tutela judicial efectiva del investigado, que también goza de él, comporta el de no verse sometido a una prolongación de la instrucción penal cuando indiciariamente se acredita o la no participación en los hechos o el carácter no delictivo de los hechos imputados.

Normalmente, y partiendo de la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el alcance del artículo 118 LECrim, se acude al argumento de que la llamada al proceso como investigado de una persona es una garantía, porque permite a éste participar en la instrucción y defenderse.

Sin embargo, cuando lo que se investiga es un delito de prevaricación, dicha excusa esconde una terrible perversión cuando la querrela se ha admitido sin observar lo que dispone el artículo 313 LECrim, pues no hay mayor garantía para cualquier persona que no verse involucrado innecesariamente en una instrucción penal.

No estaría de más que, si algún día se adopta la decisión de reformar seriamente el proceso penal, el futuro código procesal regule más exhaustivamente esta cuestión y se evite el envilecimiento indiscriminado e innecesario de las personas que se ven en alguna de las tesituras que se observan cada vez más frecuentemente.

VIII. ESPECIAL AFECTACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR INEXISTENCIA DE DOBLE INSTANCIA.

Una especial incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva de los parlamentarios, y no derivada propiamente de la inmunidad parlamentaria sino del privilegio del fuero, se deriva de la atribución de la competencia para conocer de las causas que les afecten al Tribunal Supremo, pues el enjuiciamiento de tales causas se realiza por la Sala y contra sus resoluciones no cabe recurso alguno. Es decir, los Diputados y Senadores no tienen derecho a la doble instancia penal, que no recoge el artículo 24 CE pero sí el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (si bien, el artículo 2 del Protocolo número 7 del CEDH excluye la doble instancia penal cuando, precisamente, el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal).

Este problema fue abordado por la STC 51/1985 que afirmó que “el art. 14.2 del Pacto Internacional, aunque es derecho interno, **no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes**. Y, en el presente caso, sucede que, contra la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo, no cabe recurso de casación, por prohibirlo explícitamente el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y hay que añadir que si en el presente caso ha ocurrido así, ha sido porque el solicitante del amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que sin duda como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el más alto Tribunal de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia.

Además, es de tener en cuenta que, en supuestos como el que nos ocupa, la necesidad de que en las causas contra Diputados y Senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 de la Constitución), está impuesta por el art. 71.3 de la Constitución. **Determinadas personas gozan, ex Constitutione, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior,**

pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria.”

Ello no obstante, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha pronunciado en varios de sus dictámenes concluyendo la violación por España del artículo 14.5 del PIDCP e instando a España a adoptar las medidas necesarias para solucionar la cuestión (así en los casos Terrón c. España o Capellades c. España). En el caso Pascual Estevill c. España no consideró la violación del derecho a la doble instancia porque siendo dicha persona miembro del CGPJ cuando fue juzgado por hechos cometidos siendo juez de instrucción, fue ella quien optó por ser enjuiciado por el Tribunal Supremo y no por el TSJ de Cataluña.

IX. MEDIDAS CAUTELARES.

En el seno de la instrucción penal pueden adoptarse medidas cautelares de muy distinta naturaleza, alguna de las cuales afectan directamente a la persona del investigado.

Ningún problema plantea la detención policial, cuyos requisitos se encuentran regulados en el artículo 492 LECrim, a cuyo tenor “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

- 1º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
- 2º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
- 3º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.
Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.
- 4º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.”

Ninguna duda plantea por cuanto que el propio artículo 71.2 ya hemos visto como protege la libertad deambulatoria de los parlamentarios salvo en los casos de flagrante delito. Incluso el Reglamento del Senado amplía la prerrogativa a la mera retención (artículo 22).

Esta idea es reiterada por el artículo 751 LECrim al disponer que “Cuando el Senador o Diputado a Cortes fuere delincuente in fraganti, podrá ser **detenido y procesado** sin la autorización a que se refiere el artículo anterior; pero en las veinticuatro horas siguientes a la detención o procesamiento deberá ponerse lo hecho en conocimiento del Cuerpo Colegislador a que corresponda.”.

Este artículo 751 LECrim, sin embargo, va más allá de lo dispuesto en el artículo 71.2 CE en cuanto al procesamiento, pues lo permite sin autorización de la Cámara en caso de flagrante delito estableciendo una excepción que no recoge el artículo 71.2 CE, que afirma que “**No podrán ser inculcados ni procesados** sin la previa autorización de la Cámara respectiva”, sin excepción alguna, lo cual plantea la legitimidad constitucional del artículo al recoger una excepción (el procesamiento sin suplicatorio) no prevista en el citado precepto constitucional.

Cuestión distinta es la medida de prisión provisional que pueda acordarse de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 502 ss LECrim. Por vía de principio puede afirmarse que la prisión provisional sólo puede acordarse excepcionalmente cuando se den determinadas condiciones y cuando “**no existan otras medidas menos gravosas** para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”.

El artículo 503 LECrim recoge los presupuestos objetivos que habilitan para la adopción de la medida de prisión provisional (en cuanto a la atribución de un hecho delictivo a persona determinada y que el delito tenga prevista la pena privativa de libertad de la duración a la que se refiere el precepto) y los fines que persigue dicha medida, cuya existencia en el caso concreto debe ponderar el juez instructor.

“1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.”.

En definitiva, los fines a ponderar son la posible sustracción del investigado a la acción de la justicia, la posible ocultación, alteración o destrucción de prueba y la posible reiteración delictiva.

Ahora bien, si la privación de la libertad deambulatoria de un parlamentario sólo puede producirse en caso de flagrante delito, cabe cuestionarse si es posible constitucionalmente acordar una medida de prisión provisional incluso en los casos de flagrancia, pues lo cierto es que la prisión provisional es una medida de privación absoluta de la libertad durante todo el tiempo que dure la medida que supone, por tanto, una completa desvirtuación de la inmunidad parlamentaria.

Ciertamente, los fines que persigue la prisión provisional son legítimos, pero no menos legítima es la inmunidad parlamentaria, cuya protección tiene rango constitucional.

Lo primero que debe plantearse es, en este caso, si cabe adoptar la medida sin autorización de la Cámara.

El Tribunal Supremo, en su ATS de 31 de enero de 2013, en el seno de una disquisición acerca de cuándo es necesario activar el suplicatorio solicitando autorización a la Cámara a la que pertenezca el parlamentario, afirmaba que “será necesario en todo caso el suplicatorio cuando se lleven a cabo acciones de auténtica inculpación material (**señaladamente un auto de prisión**)”.

En el mismo sentido, la STC 124/2001, de 4 de junio señalaba, como oración subordinada y declaración obiter dicta que “Y ello toda vez que el alcance conferido por dicha interpretación al término inculpado a los efectos del art. 71.2 CE, que **excluye, obviamente, la posibilidad de adoptar medida cautelar alguna contra la persona del Diputado o Senador hasta que se obtenga, en su caso, la autorización de la Cámara respectiva** para su inculpación o procesamiento...”.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la tramitación de un suplicatorio requiere de un procedimiento que se alarga en el tiempo (de acuerdo con los Reglamentos del Congreso y del Senado, hasta 60 días naturales desde su recepción por el Presidente), lo que cabría entonces cuestionar es si la prisión provisional, al cabo de 60 días,

cumpliría en este caso con su legítima función, pues esta medida tiene por objeto salvaguardar desde ya, inmediatamente, los riesgos inminentes a los que alude el artículo 503 LECrim, lo que desvirtúa el diferimiento de la medida.

Queremos decir que si el artículo 503 LECrim regula la prisión provisional, cuando se den las condiciones objetivas para ello (en cuanto a la pena señalada para el delito investigado, etc), para cumplir los fines fundamentales de evitar la fuga del investigado, evitar la destrucción, alteración u ocultación de pruebas o evitar la reiteración delictiva, debemos plantearnos si tiene sentido solicitar autorización a las Cámaras para adoptar una medida que, cuando llegue la autorización, habrá perdido muy probablemente su finalidad.

Podría objetarse que la adopción de una medida de prisión provisional diferida podría justificarse en la evitación del riesgo de la reiteración delictiva, pero en tal caso ello solo sería posible si el investigado estuviese aún en situación de volver a cometer el delito, lo cual no parece probable cuando el hecho imputado se cometió en el ejercicio de funciones públicas distintas a las de parlamentario (es decir, como otro cargo público), si ya no se ostenta dicho cargo.

X. SUPPLICATORIO.

El suplicatorio es una de las manifestaciones de la inmunidad parlamentaria junto con la prohibición de detención del parlamentario cuya regulación se contiene en el artículo 71 CE pero que encuentra referencias, como hemos visto, tanto en los reglamentos de las Cámaras, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como, finalmente, en la Ley de 9 de febrero de 1912.

Nuestro Tribunal Constitucional compendió su doctrina acerca del suplicatorio en su sentencia de 124/2001, de 4 de junio en lo que atañe a las siguientes cuestiones:

- en primer lugar, “la inmunidad parlamentaria **no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas** de Diputados o Senadores, pues la existencia de tal tipo de privilegios pugnaría entre otras cosas, con los valores de ‘justicia’ e ‘igualdad’ que el art. 1.1 reconoce como ‘superiores de nuestro ordenamiento jurídico’. Por tanto, es un privilegio institucional;
- en segundo lugar, “esta protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados y Senadores, sino **frente a la amenaza de tipo político consistente en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada, injus-**

tificada o torticeramente, con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular”. Por tanto, no tiene por objeto procurar la impunidad, sino preservar el buen funcionamiento de la Cámara;

- en tercer lugar, desde la perspectiva procesal, el suplicatorio constituye un requisito de procedibilidad, de modo que sin él no puede llevarse a cabo ni la inculpación, ni el procesamiento, ni pueden adoptarse medidas cautelares contra el parlamentario.

Una vez fijada la competencia del Tribunal Supremo para instruir las causas seguidas contra parlamentarios, la primera actuación es la proceder a la designación de magistrado instructor, pues así lo impone el art. 57.2 LOPJ cuando afirma que “En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.”.

Designado el magistrado instructor, comienzan a realizarse las diligencias de instrucción, incluida la llamada del investigado a declarar. El artículo 71.2 CE afirma que los parlamentarios “No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.”.

Por tanto, lo primero que debemos plantearnos es cuál es el momento en que ha de pedirse el suplicatorio y si, señaladamente, es necesario dicho suplicatorio cuando el investigado es llamado a declarar.

El artículo 118 bis LECrim se remite, para cuando se impute a un parlamentario un hecho punible, al artículo 118 LECrim, que afirma que cuando ello se produzca, “podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar **o se haya acordado su procesamiento...**”.

Ciertamente, ni el artículo 71.2 CE ni el artículo 118 LECrim aclaran nada pues hablan indistintamente de inculpación y procesamiento, y lo cierto es que desde la reforma operada en la LECrim en 1988 con la introducción del procedimiento abreviado, el auto de procesamiento pervive en el procedimiento ordinario pero no en el abreviado.

La falta de una regulación legal clara acerca de cuál es el momento en que debe solicitarse el suplicatorio, ha convertido a esta en una cuestión nada pacífica, y de hecho el Tribunal Constitucional ha puesto ha realizado varios llamamientos “**al legislador sobre la inseguridad jurídica que comporta la situación legal existente en torno a las prerrogativas parlamentarias**” (SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3; 22/1997, de 11 de febrero, FJ 4).

Volviendo a la STC 124/2001, para determinar cuándo es preciso solicitar el suplicatorio, se considera, ante el vacío normativo, que la mera llamada al proceso al investigado no requiere la solicitud de suplicatorio pues “la condición de inculpado, a los efectos del art. 71.2 CE, **no se adquiere con la mera admisión de la querrela, sino que requiere un juicio judicial de inculpación por la existencia de indicios racionales** o sospechas fundadas de su participación en los hechos, de modo que antes de la formalización de ese juicio de inculpación es cuando ha de solicitarse el suplicatorio a la Cámara respectiva.”

Además, añade que “la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria no impide que el Juez pueda investigar pero veda la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado. A lo que cabe añadir que desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio”.

A mi juicio, este criterio del Tribunal Constitucional es algo contradictorio y no resuelve el problema (que, desde luego, debería ser resuelto por el legislador). Y lo es porque si el artículo 118 LECrim, al que se remite el 118 bis, dice que la participación del investigado en la instrucción se producirá desde que “**se atribuya un hecho punible**” pudiendo “**ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia**”, siempre y cuando, claro está, esa atribución del hecho punible supere el control judicial que impone el artículo 313 LECrim, debe concluirse que la llamada de una persona al procedimiento en calidad de investigado ha debido venir precedida necesariamente de un provisional juicio indiciario del órgano jurisdiccional, al menos cuando se acuerda por medio de un auto y no de providencia.

En definitiva, ante el silencio de las normas, parece que el suplicatorio ha de pedirse antes del auto de procesamiento, en el caso del procedimiento ordinario, y antes de dictar el auto de transformación de las diligencias previas, en el caso del procedimiento abreviado.

Y todo ello, sin perjuicio de solicitar el suplicatorio antes de adoptar medidas cautelares.

Del mismo modo, ha de abordarse la cuestión de qué contenido ha de tener el pronunciamiento de las Cámaras ante una petición de suplicatorio, pues lo cierto es que la decisión de las Cámaras al respecto, puede determinar el sobreseimiento en caso de ser denegatoria con lo que ello puede implicar, fundamentalmente en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado por el delito y a la creación de

espacios de irresponsabilidad penal que la Constitución sólo predica respecto del Jefe del Estado.

En primer lugar, ha de considerarse que la autorización se concede previa votación en el Pleno, de modo que podría cuestionarse si dicha decisión es susceptible de control dados los graves efectos que puede acarrear.

Ningún límite o exigencia señala la Constitución en cuanto a que naturaleza tiene el pronunciamiento de las Cámaras ante una petición de autorización por el Tribunal Supremo, ni somete expresamente esa decisión a una posterior revisión jurisdiccional. En principio, podría entenderse que la adopción de tales decisiones es un puro acto de voluntad política, atribuido a dichas Cámaras, y que encierra un juicio, **no sobre la culpabilidad, sino sobre la oportunidad de proceder contra un parlamentario**, de modo que aceptar la posibilidad de revisar dicho juicio desde otra instancia supondría contradecir la misma figura constitucional de la inmunidad.

Sin embargo, desde el principio, el Tribunal Constitucional entendió en su STC 90/1985, de 22 de julio que el hecho de que el artículo 71.2 CE confiera a las Cámaras la facultad de pronunciarse sobre la autorización solicitada **“no supone, sin embargo, que el libre ejercicio de una facultad así atribuida quede exento del principio de sometimiento a la C.E., que, con carácter general, impone su art. 9.1, de la misma a los poderes públicos.”**, por lo que el Tribunal Constitucional puede “revisar, desde la perspectiva constitucional, los actos del Congreso de Diputados o del Senado por los que, en libre ejercicio de la prerrogativa de la inmunidad que les reconoce el art. 71.2 de la C.E., se resuelve acerca de la solicitud para procesar a alguno de sus miembros, y es al TC a quien corresponde, cuando sea requerido para ello, por la vía y con los requisitos del amparo constitucional, llevar a cabo esa revisión mediante el examen del caso concreto.”.

En segundo lugar, debe analizarse en qué términos puede el Tribunal Constitucional examinar la decisión de las Cámaras sobre el suplicatorio. La propia STC 90/1985 señalaba que “El control que a este Tribunal Constitucional corresponde, según hemos indicado antes, acerca de la conformidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la inmunidad respecto al art. 24.1 de la C.E., no puede llevarnos a revisar o a sustituir esa valoración, pero sí a **constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y a ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales**. De la existencia o inexistencia de semejante juicio depende, en efecto, que el ejercicio de esa facultad, potencialmente restrictiva del derecho a la tutela judicial, se haya realizado conforme a su propia finalidad y depende, por consiguiente, en el supuesto de que la decisión parlamentaria sea contraria a permitir dicha tutela, que el derecho fundamental a ésta haya de considerarse o no vulnerado”.

En esta doctrina abundó el Tribunal Constitucional en su STC 206/1992, de 27 de noviembre, cuando exigía, además, que la motivación “**tuviera un sentido predominantemente material**: No se trata tanto de que el Acuerdo adopte una “forma motivada”, cuanto de que exista en, o quepa deducir del Acto parlamentario una **motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria**”. Es decir, se exige de la Cámara la expresión de las razones que aconsejan el no procesamiento del parlamentario de acuerdo con la finalidad misma que debe ser predicable del suplicatorio, lo cual no casa con la previsión de los **artículos 22.5 del Reglamento del Senado y 14.2 del Reglamento del Congreso** que prevén una suerte de **silencio negativo** considerando que el suplicatorio deberá entenderse denegado si no se hubiesen pronunciado las Cámaras en el plazo de 60 días.

Finalmente, una especial consideración ha de hacerse acerca del suplicatorio en el caso de los parlamentarios autonómicos pues el artículo 71.2 CE sólo habla de diputados y senadores como sujetos de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

La STC 36/1981, de 12 de noviembre, estudió la aplicación de dicha prerrogativa a los parlamentarios autonómicos a raíz del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley 2/1981 del Parlamento vasco que extendía la prerrogativa de la inmunidad a aspectos no comprendidos en el Estatuto de Autonomía. En concreto, el Estatuto de Autonomía hacía referencia a la imposibilidad de detención salvo caso de flagrancia delictiva pero no a la autorización del Parlamento para proceder a inculpar o procesar a los parlamentarios, cuestión esta última que se incluía en la ley impugnada.

El Tribunal Constitucional concluyó que la Ley era inconstitucional porque al incluir la prerrogativa del suplicatorio infringía el Estatuto de Autonomía, que no la contemplaba. La sentencia razona que la inmunidad parlamentaria, en el caso de los parlamentos autonómicos, no viene comprendida en el artículo 71 CE y que no es posible su aplicación a los parlamentarios si no es mediante su inclusión en el estatuto de autonomía, descartando incluso que pudiera aplicarse por la vía de considerar como derecho supletorio los reglamentos del Congreso y del Senado.

La sentencia a la que aludimos pone de relieve la circunstancia de que el proyecto de Estatuto de Autonomía del País Vasco preveía la existencia del suplicatorio, pero que en el debate producido en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso quedó suprimida dicha prerrogativa.

Ignoramos el motivo de la supresión, pero lo cierto es que no la incluye ningún estatuto de autonomía.

Así las cosas, y volviendo a las medidas cautelares, cabría preguntarse si, dado que según el Tribunal Constitucional es preciso el suplicatorio para la adopción de la me-

dida de prisión provisional, puede adoptarse tal medida en el seno de la instrucción penal respecto de los parlamentarios autonómicos, cuestión de plena actualidad tras el ingreso en prisión de la presidenta del Parlamento de Cataluña.

Por vía de principio, podría pensarse que no siendo posible la detención (salvo en caso de flagrancia delictiva) no es posible la prisión provisional, que es una medida cautelar de más intensidad y duración que la mera detención.

Ahora bien, los estatutos de autonomía emplean una fórmula para recoger la inmunidad parlamentaria que restringe la interdicción de la detención a aquellos casos en los que el hecho delictivo sea cometido en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, conectando además esta prerrogativa al fuero especial del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), de modo que será competente para conocer de las causas penales contra los parlamentarios autonómicos el TSJ que tenga su sede en la Comunidad de que se trate cuando el hecho se haya cometido en el territorio de la Comunidad Autónoma o el Tribunal Supremo (TS) en los demás casos.

El art. 101.3 EAA contiene una fórmula para describir la extensión de la inmunidad parlamentaria común a la mayoría de los estatutos de autonomía que se formula en los siguientes términos: “Durante su mandato no podrán ser detenidos por los actos delictivos cometidos en el territorio de Andalucía, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Fuera de dicho territorio, la responsabilidad penal será exigible, en los mismos términos, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”

Así las cosas, la inmunidad acompaña al fuero especial del TSJ cuando el hecho se comete en el territorio de la Comunidad Autónoma, pero parece que no cuando se comete fuera. De esta manera, el TS, en principio, cuando conoce de una causa contra un parlamentario autonómico, lo hace porque el hecho se ha cometido fuera del territorio de la Comunidad a la que pertenece y, en tales casos, puede ordenar la detención del parlamentario y, en principio, ordenar su ingreso en prisión provisional sin más requisitos que los contemplados en el artículo 503 LECrim.

Ahora bien, en el Estatuto de Autonomía para Cataluña la fórmula empleada es distinta, pues la inmunidad parlamentaria, en lo que a la detención se refiere, no se contrae a los hechos cometidos en el territorio de Cataluña. El artículo 51.1 del EAC señala que “Los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato **tendrán inmunidad a los efectos concretos de no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito.**”.

Con respecto al privilegio del fuero, el apartado 2 del artículo 57 EAC dispone que “En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. **Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.**”

En consecuencia, atendiendo a la literalidad del precepto, la detención de los miembros del Parlamento de Cataluña parecería no ser posible aún cuando por razón del lugar de comisión del hecho delictivo la competencia correspondiese al Tribunal Supremo (si bien aquí hay que apuntar que el criterio empleado por la querrela del Fiscal General del Estado para atribuir la competencia al Tribunal Supremo no es tanto el lugar de comisión de los hechos cuanto la extensión de sus efectos más allá del territorio de la Comunidad Autónoma).

Si nos preguntásemos, por tanto, si es constitucionalmente legítima la medida de prisión provisional contra los miembros del Parlamento de Cataluña, aún cuando el conocimiento de la causa corresponda al Tribunal Supremo, cabría sostener dos opiniones enfrentadas:

- a) que no es una medida constitucionalmente legítima porque si no cabe la detención, salvo en caso de flagrante delito, cabe aún menos la prisión provisional pues el bien jurídico protegido por la inmunidad se vería más seriamente comprometido por quedar completamente devaluado. De hecho, no existiendo la previsión en ningún estatuto de autonomía de la prerrogativa del suplicatorio en los parlamentos autonómicos, el artículo 501 CP castiga a “La autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales **o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente**”;
- b) que es una medida constitucionalmente legítima porque de sostener otra tesis, los diputados y senadores serían de peor condición que los parlamentarios autonómicos, pues mientras respecto de los primeros sería posible la prisión provisional (suplicatorio mediante), respecto de los segundos no cabría la prisión provisional porque el Estatuto de Autonomía no incluye el suplicatorio en el ámbito de la inmunidad parlamentaria.

Sin duda, un problema complejo que, en el caso presente, se ve agravado por el hecho de que la competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa no viene dada porque el hecho delictivo se haya cometido fuera del territorio de Cataluña sino porque los efectos de los delitos imputados trascienden de dicho ámbito territorial.

XI. COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN.

Las comisiones parlamentarias de investigación constituyen un instrumento de lo que la doctrina ha catalogado como la “inspección parlamentaria”.

La regulación de las comisiones de investigación parte del artículo 76 CE y se completa con las disposiciones contenidas en la LO 5/1984 (de escueta regulación y que sólo tiene cinco artículos, uno de los cuales está derogado) y en los reglamentos del Congreso y del Senado (que regulan cuestiones adjetivas y de procedimiento), además de con las disposiciones que sancionan la conducta de los llamados a comparecer y que se contienen en el Código Penal.

El artículo 76 CE dispone que “1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, **podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público**. Sus conclusiones **no serán vinculantes para los Tribunales**, ni afectarán a las resoluciones judiciales, **sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas**.”

2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. **La ley regulará las sanciones** que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.”.

Ciñéndonos a las comisiones de investigación en el seno de las Cortes Generales (aunque su constitución es posible en los parlamentos autonómicos de acuerdo con lo que establecen los estatutos de autonomía y, sobre todo, los reglamentos de los parlamentos), pueden constituirse en cada una de las Cámaras o conjuntamente en ambas. En cualquiera de los casos, la constitución de las comisiones de investigación deben ser aprobadas por los plenos de las Cámaras, a propuesta del Gobierno, de la mesa de la cámara respectiva, o de 1/5 parte de diputados o de 25 senadores que pertenezcan a dos grupos parlamentarios distintos.

En lo que a la presente exposición importa, la temática de las comisiones parlamentarias de investigación ha de versar sobre “cualquier asunto de interés público”, si bien la realidad demuestra que tales asuntos trascienden muchas de las veces del ámbito parlamentario y son objeto de investigación en sede de la jurisdicción penal.

Ello plantea diversos problemas que no están resueltos ni por el artículo 76 CE ni por su desarrollo normativo ya citado sobre todo desde la perspectiva del compareciente.

Si bien es cierto que la comisión parlamentaria de investigación y el proceso penal tienen objetos distintos (el primero depurar responsabilidades políticas y el segundo depurar responsabilidades penales), las interacciones entre ambas son comunes y, a veces, comprometedoras de ciertos derechos.

En primer lugar, porque no es posible sustraerse a la llamada de una comisión parlamentaria de investigación. Y, en segundo lugar, porque la comparecencia en el seno de una comisión parlamentaria de investigación puede producir indefensión.

Si bien es cierto que ni el artículo 76 CE ni la Ley Orgánica 5/1984 establecen nada al respecto, nuestro Código Penal castiga en su artículo 502.1 a quienes “**dejen de comparecer** ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma” y en el apartado 3 del mismo artículo al que “convocado ante una comisión parlamentaria de investigación **faltare a la verdad en su testimonio**”.

Ninguna sanción, sin embargo, impone el Código Penal a quien incumpla con la obligación enviar a las comisiones parlamentarias de investigación los documentos o informes que se les soliciten, pues el artículo 502. CP, al castigar a “la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del **Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas**, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaran o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación”, no está incluyendo a las comisiones parlamentarias de investigación.

En relación con el deber de comparecencia en las comisiones parlamentarias de investigación, se ha planteado si los miembros del Gobierno de la Nación y los funcionarios de la Administración del Estado tienen dicho deber cuando la petición de comparecencia se formula por un parlamento autonómico. Esta cuestión se suscitó en el ámbito de la comisión de investigación creada en el Parlamento de Galicia acerca de la catástrofe del Prestige, emitiendo el Consejo de Estado un dictamen (34/2003) en el que se negaba al Parlamento de Galicia competencia para citar a autoridades y funcionarios del Estado, toda vez que las competencias del Estado quedan fuera del control de un parlamento autonómico. El asunto no trascendió a la jurisdicción penal, pero resulta desde luego discutible una excepción subjetiva de este tipo que no contempla el artículo 502.CP.

Sin embargo, este es el criterio que parece mantener el Tribunal Supremo en su auto de 7 de julio de 2016, ante la incomparecencia del titular de una cartera ministerial y de un consejero del Tribunal de Cuentas ante una comisión constituida en el Parlamento de Andalucía.

Más delicada es la cuestión que atañe al contenido de la declaración en una comparecencia parlamentaria de investigación, pues, a diferencia del proceso penal, en el que el estatuto del compareciente puede ser el de investigado o testigo, con las diferencias que ello plantea desde la perspectiva del contenido de la declaración, en el seno de las comisiones parlamentarias de investigación todos los comparecientes

comparte el mismo estatus y todos tienen la obligación de comparecer y, si declaran, de no faltar a la verdad.

Es cierto que el apartado dos del artículo primero de la LO 5/1984 señala que “Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de Investigación queden **salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.**”. Pero no es menos cierto que el artículo 502.3 CP sanciona a quien en el seno de una comisión parlamentaria “faltare a la verdad”.

Lo primero que debe advertirse es que, si bien hay normas que obligan a comparecer y a no faltar a la verdad y sancionan la infracción de dichos comportamientos, no hay normas que impongan el deber de declarar y sancionen la omisión de dicha conducta por más que la consecuencia lógica de la comparecencia sea la declaración.

Pero lo cierto es que cuando coexisten en el tiempo un proceso penal y una comisión parlamentaria de investigación, la llamada a comparecer en esta última puede comprometer gravemente los derechos reconocidos en el artículo 24 CE, singularmente el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo.

Hay quien opina que, en tales casos, la conducta consistente en guardar silencio o no declarar contra sí mismo (en el caso de que exista la obligación de declarar) no caerían en el ámbito típico del artículo 502 CP, pues la obligación de decir la verdad queda bloqueada por el derecho de defensa. Hay quienes, por el contrario, consideran que en tales casos sí que se da la conducta típica pero en la que concurre una causa de justificación que deja sin punición la conducta.

En cualquiera de los casos, lo cierto es que no se conoce ningún caso en el que el contenido de una declaración en el ámbito de una comisión parlamentaria de investigación haya acabado siendo objeto de un proceso penal en el que se castigue el incumplimiento del deber de declarar la verdad.

No obstante, y a modo de conclusión, lo deseable es que las comisiones parlamentarias de investigación nunca interfieran en los procesos penales. Ciertamente es que ello resulta difícil, tanto por el uso partidista que se hace de las comisiones de investigación cuanto por la dificultad que entrañaría, para dar virtualidad al normal ejercicio de las funciones parlamentarias, la apertura de las comisiones de investigación una vez que los posibles delitos que constituyesen los hechos a investigar hubiesen prescrito. Sin embargo, no estaría de más que el legislador previera estas posibles interferencias regulando la suspensión de las comisiones de investigación, o impidiendo su constitución, cuando los hechos estuviesen siendo objeto de examen en la jurisdicción penal, tal y como ocurre en algunos países de nuestro entorno.

III

FACTORES EXTERNOS

MESA REDONDA CUARTA. FACTORES EXTERNOS

**RELACIONES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-TRIBUNAL SUPREMO****Manuel Aragón Reyes***Catedrático de Derecho Constitucional**Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional*

SUMARIO: I. EL MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL. II. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO. III. CONCLUSIÓN: UNAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BASADAS EN EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SUS RESPECTIVAS FUNCIONES.

**I. EL MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

Para examinar adecuadamente las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo es necesario partir de las características del modelo actual de justicia constitucional en el que el nuestro se inscribe.

A diferencia del originario modelo kelseniano (sólo sustentado en la teoría, pues ni siquiera en la práctica austriaca fue así, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1929) basado en la existencia de dos jurisdicciones separadas, una, la constitucional, que aplica en exclusiva la constitución y controla, en exclusiva, la ley y, otra, la ordinaria, que no aplica la constitución, sino la ley, a la que no puede controlar, el modelo europeo de justicia constitucional, aun conservando la estructura kelseniana orgánica (un Tribunal especial que ejerce el “monopolio de rechazo” de la ley) fue decantándose (primero en los años treinta del pasado siglo con el ejemplo, efímero, del control de constitucionalidad puesto en marcha en la Segunda República española y, después, sobre todo, con los ejemplos de tribunales constitucionales italiano y alemán instituidos en la segunda postguerra mundial) hasta convertirse en un sistema, no de separación, sino de interconexión entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Esa interconexión, como es sabido, no fue más que la consecuencia del concepto de constitución (próximo al norteamericano) que acabará aceptándose en Europa en el siglo XX: una constitución normativa que (abandonando la concepción meramente política de constitución imperante en Europa en el siglo XIX y distanciándose del concepto kelseniano, en el que la constitución sí era Derecho, pero sólo imponía obligaciones jurídicas al legislador) vincula a todos los poderes públicos (incluido, claro está, el poder judicial), que están obligados, por ello, a aplicarla. En la labor de aplicación de la constitución confluirán, pues, la totalidad de los órganos jurisdiccionales.

De ahí que en el modelo europeo haya que distinguir la justicia constitucional de la jurisdicción constitucional. Entendida la justicia constitucional como la aplicación judicial de la constitución, esa justicia, por lo que se ha dicho, es ejercida por ambas jurisdicciones, esto es, tanto por la constitucional como por la ordinaria: ambas aplican (y por ello interpretan) la constitución, ambas deben interpretar constitucionalmente las leyes y ambas pueden enjuiciar la conformidad a la constitución de los actos sometidos a su control jurisdiccional. Desde el punto de vista procesal es cierto que una y otra conoce, en exclusividad, de los procesos que les están atribuidos, pero, desde el punto de vista material (ejercicio de la justicia constitucional) confluyen en su actividad, con dos salvedades: la jurisdicción constitucional es la suprema en esa materia y la única, además, que puede invalidar las leyes por inconstitucionales (monopolio de rechazo).

Ese monopolio de rechazo de la ley es hoy la única diferencia sustancial entre el modelo europeo de jurisdicción constitucional concentrada (tribunales constitucionales) y el modelo norteamericano de jurisdicción constitucional difusa (encomendada a todos los jueces y tribunales), modelos muy aproximados en todo lo demás. Así, tanto en el europeo como en el norteamericano, no hay una jurisdicción que ejerza en exclusiva el juicio de legalidad y otra que ejerza en exclusiva el juicio de constitucionalidad. Allí la misma jurisdicción aplica la constitución y la ley; aquí la jurisdicción ordinaria también aplica la constitución; y la jurisdicción constitucional también aplica la ley, no sólo en el supuesto de las llamadas “leyes interpuestas”, que integran el canon o parámetro de la constitucionalidad, sino en el de las demás leyes, pues en todos los procesos constitucionales en los que medie la ley (por ser objeto de control o por ser aplicable al caso) la jurisdicción constitucional está obligada a realizar, sobre la misma, una interpretación constitucionalmente adecuada.

Ese es, pues, a grandes rasgos, el actual modelo europeo de justicia constitucional, muy alejado, por lo que se ha visto, de la originaria construcción kelseniana de dos jurisdicciones separadas. En resumen, la interpretación de la constitución, y su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Por ello, el tribunal constitucional (órgano que en el modelo europeo ejerce la jurisdicción constitucional) no es, en cumplimiento de aquella tarea, el único intérprete, aunque sí el supremo intérprete.

El actual sistema español de justicia constitucional, regulado por la Constitución (en adelante, CE) y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), pertenece a ese modelo europeo y por ello en él se dan, en consecuencia, las características antes señaladas, acentuadas, además, por el hecho, muy relevante, de que nuestro Tribunal Constitucional (como el alemán y, en cierta medida, el austriaco) también tiene atribuido el recurso de amparo. El carácter subsidiario del amparo, exigido por nuestro sistema, pues la Constitución encomienda primariamente a la jurisdicción ordinaria (arts. 24.1, 53.1 y 53.2 CE) la tutela de los derechos fundamentales, origina, necesariamente, que en esa función de amparo el Tribunal Constitucional no sólo disfrute de la supremacía interpretativa que le es propia, sino, además, de una auténtica supremacía orgánica, en cuanto que puede anular decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.

Es claro, pues, que en España la jurisdicción ordinaria participa en el ejercicio de la justicia constitucional. De un lado, en cuanto al control de la constitucionalidad de la ley (y de las normas con fuerza de ley, incluyendo aquí también a los tratados internacionales), los jueces y tribunales pueden constatar la derogación por la Constitución de leyes anteriores (según ha reconocido, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional), y asimismo controlar, no la inconstitucionalidad de la ley, pero sí su constitucionalidad, atribuyéndole a aquélla una interpretación constitucionalmente adecuada (art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ); lo único que les está vedado es anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le está reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. De ahí, dicho sea de paso, la incorrección, a mi juicio, de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca de la prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho autonómico, que vienen a apoderar (de manera prácticamente incondicionada, y esa es la principal crítica que cabe hacer) a la jurisdicción ordinaria para inaplicar leyes autonómicas que contradigan la legislación básica estatal.

En nuestro sistema, los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la ley (art.117.1 CE), por lo que no pueden inaplicar (y menos aún anular) una ley por contraria a la Constitución, pero también están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE), por lo que no deben aplicar una ley que la vulnere, de donde se deriva que, en tales casos, precisamente por esa doble vinculación, deben procederé a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE); de suerte que si un órgano judicial inaplicase una ley, por considerarla inconstitucional, sin plantear la cuestión, no sólo estaría incumpliendo el deber que le impone el art. 117.1 CE e invadiendo la competencia del Tribunal Constitucional establecida en los arts. 161.1.a) y 163 CE, sino también vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE (que exige que las resoluciones judiciales estén dictadas conforme a Derecho, lo que significa, entre otras condiciones, ateniéndose al sistema de fuentes establecido), como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional (SSTC 173/2002 y 58/2004, entre otras).

De otro lado, en cuanto a los conflictos entre órganos constitucionales, atribuidos, procesalmente, sólo al Tribunal Constitucional, no cabe descartar que la jurisdicción ordinaria, en vía contencioso-administrativa, pueda entender de algún supuesto de conflicto que entre el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial. Y en cuanto a los conflictos territoriales de competencia, sin perjuicio de la exclusividad procesal del Tribunal Constitucional, es claro que puede haber confluencia material de ambas jurisdicciones, puesto que, por la vía contencioso-administrativa, la jurisdicción ordinaria tiene capacidad para anular actos y reglamentos que incurran en vicio de incompetencia derivado de la distribución territorial del poder (como de hecho ha ocurrido). Otro tanto puede suceder con las impugnaciones que, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 161.2 CE, ha previsto el Título V LOTC, pues aquí el acceso al Tribunal Constitucional, que es el único remedio cuando se impugnen actos parlamentarios de las cámaras autonómicas, no es, en cambio, la única vía para recurrir actos materialmente administrativos de esas cámaras o reglamentos y resoluciones de los ejecutivos autonómicos, ya que puede acudir al proceso contencioso-administrativo, siendo en estos casos el acceso directo al Tribunal Constitucional sólo una vía alternativa y privilegiada.

Y por último, en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales frente a sus vulneraciones producidas por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley, la confluencia entre ambas jurisdicciones es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria, un ámbito material más amplio incluso que el propio Tribunal Constitucional, en cuanto que éste ve reducido su control a la tutela de los derechos aludidos en el art. 53.2 CE, mientras que los jueces y tribunales amplían su ámbito de protección a todos los derechos fundamentales. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino sólo el último, remedio de las vulneraciones producidas respecto de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una sentencia de amparo se anula una sentencia judicial es porque ésta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho.

No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la “constitucionalidad” y otra de la “legalidad”, sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): *La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al “plano de la constitucionalidad” y la jurisdicción ordinaria al de la “simple legalidad”, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción consti-*

tucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le esté encomendada (STC 50/1984, FJ 3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea necesario para determinar si se ha vulnerado cualquiera otra prescripción constitucional.

II. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. La supremacía jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el ejercicio de la justicia constitucional. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución

De entrada debe señalarse que la supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo resulta clara en materia de tutela de los derechos fundamentales y que ello no plantea ningún problema de carácter dogmático (otra cosa es la práctica, si se aleja de las previsiones que el Derecho tiene establecidas), puesto que, según la CE y la LOTC, como acaba de recordarse más atrás, mediante el recurso de amparo pueden remediarse las vulneraciones de los derechos fundamentales determinados en el art. 53.2 CE producidas por cualquiera de los poderes públicos (incluido el poder judicial). De ese modo, tanto por la vía del art. 43 como del art. 44, ambos de la LOTC, el Tribunal Constitucional tiene potestad para anular sentencias de los jueces y tribunales (y por lo mismo del Tribunal Supremo), con retroacción, o sin retroacción, de actuaciones cuando así lo exija el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho (art. 55.1 LOTC).

Aquí la capacidad revisora del Tribunal Constitucional respecto de las decisiones de los órganos de la jurisdicción ordinaria (incluido el Tribunal Supremo) es indudable, con la única salvedad de que deberá abstenerse de conocer los hechos (pero no, claro está, la aplicación a los mismos del Derecho) que dieron lugar al proceso judicial [art. 44.1.b) LOTC] y de efectuar cualquier consideración sobre la actuación de los órganos judiciales que no sea la de concretar si se ha vulnerado el derecho y la de preservarlo o restablecerlo, lo que quiere decir que debe atenerse al examen de “constitucionalidad” (que es lo que le corresponde) de la hipotética infracción. El recurso de amparo es, pues, el último recurso y, por ello, el Tribunal Constitucional la última instancia en la materia. Cuestión distinta es que el recurso de amparo se hubiera convertido en la práctica (como así fue) en una especie de recurso ordinario (con la consiguiente carga excesiva de trabajo para el Tribunal Constitucional). Afortunadamente, la reforma de la LOTC introducida por la L.O. 6/2007 de 24 de mayo ha remediado aquella situación, reduciendo la admisión de los amparos a los casos de “especial trascendencia constitucional”, convirtiéndolo sí, más que en un

recurso extraordinario, en un recurso excepcional. De todos modos, aunque ahora mejor regulado, el recurso de amparo (salvo en el caso previsto por el art. 42 LOC) sigue siendo, sustancialmente, lo que no puede dejar de ser mientras exista (y sólo una imprudente reforma constitucional podría hacerlo desaparecer): un control de la aplicación de los derechos fundamentales por los órganos judiciales.

Dicho lo anterior, esto es, constatado que en lo que se refiere concretamente al amparo de determinados derechos fundamentales la supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo es patente (incluso podría decirse que “natural”, por utilizar un término no estrictamente jurídico pero sí muy explicativo), la cuestión de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo debe plantearse de manera más general, enmarcada en la tarea de interpretación-aplicación de la Constitución y de interpretación-aplicación de ley. Para ello, lo expuesto más atrás, en la primera parte de esta ponencia, sobre el modelo europeo de justicia constitucional, supone, como se señaló, el presupuesto necesario para enfocar correctamente el análisis de aquellas relaciones.

En principio, parecería que dichas relaciones sólo pueden darse en la materia en que ambos órganos jurisdiccionales participan, esto es, en la justicia constitucional, pero no en lo que podría denominarse justicia no constitucional, ya que esa actividad es ajena al Tribunal Constitucional español y respecto de ella no puede haber relación alguna entre ambos órganos. Siguiendo con ese esquema de análisis cabría decir que en el ejercicio de la justicia “legal” (aplicación de la ley sin necesidad de aplicación de la Constitución) el Tribunal superior en ese orden es, sin duda, el Tribunal Supremo, como dispone el art. 123.1 CE. Aquí ambos órganos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, no estarían relacionados, sino separados. En cambio, en el ejercicio de la justicia “constitucional” (materia en la que actúan ambos órganos) el Tribunal superior, en ese ejercicio, es el Tribunal Constitucional, como exige el modelo de justicia constitucional al que España pertenece y como dispone, en negativo, el mismo art. 123.1 CE, de cuyo tenor se desprende, sin duda alguna, que el Tribunal Constitucional es el tribunal superior en materia de “garantías constitucionales”, es decir, y no puede ser interpretado de otro modo, en materia de garantía (interpretación-aplicación) de la Constitución (precisamente el Tribunal Constitucional de nuestra 2ª República se llamaba “Tribunal de Garantías Constitucionales” y de ahí, de esa denominación que le atribuía la Constitución de 1931, se ha tomado, creo, el término utilizado por el art. 123.1 CE).

Ahora bien, este primer planteamiento resulta muy poco operativo, pues sin descartar los supuestos en que pueda realizarse por el Tribunal Supremo (o en general por la jurisdicción ordinaria) justicia meramente legal, en la mayoría de las ocasiones la aplicación judicial de las leyes y los reglamentos será, al mismo tiempo, aplicación de la Constitución, es decir, justicia constitucional, porque la Constitución (la nuestra especialmente, por su carácter muy principialista y su vocación omnicomprendiva) impregna la totalidad del ordenamiento jurídico. Por ella, como se ha dicho gráficamente, “pasan todos los hilos

del Derecho”. No se dará, en tales casos, una aplicación directa de la Constitución, pero sí una aplicación indirecta o interpretativa de la misma, que no es, por cierto, una mera facultad de los órganos judiciales, sino una auténtica obligación.

Esta obligación de los órganos judiciales de interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad con la Constitución (lo que en Alemania se llama *die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* y en los Estados Unidos interpretación *in harmony with the Constitution*, por citar dos ejemplos) es algo universalmente aceptado e impuesto, además, en nuestro Derecho por el art. 5.1 LOPJ. En esa “interpretación conforme”, los jueces y tribunales han de atenerse a la doctrina del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1. LOTC), tal como reconoce el propio art. 5.1. LOPJ ya citado, cuyo tenor es suficientemente expresivo: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicará las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforma a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

En la actividad, pues, de aplicación (directa o indirecta-interpretativa) de la Constitución realizada por los jueces y tribunales y, a su cabeza, por el Tribunal Supremo, actividad, en consecuencia, de justicia constitucional, está claro, por tanto, que el Tribunal superior, en todos los órdenes, es el Tribunal Constitucional, cuya doctrina vincula a todos los órganos judiciales, tanto cuando aplican directamente la Constitución anulando actos o reglamentos, como cuando la aplican indirectamente interpretando las normas infraconstitucionales. En esa materia la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no puede ser otra que la de supremacía de aquél sobre éste.

2. ¿Quién es el supremo intérprete de la ley?

Conectada con las anteriores, pero perfectamente distinguible, hay otra cuestión, que ha suscitado, por cierto, en el pasado, algunas protestas del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional. Ya no se trata de la posición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de los preceptos constitucionales, asunto claro y pacífico, como no podría ser de otra forma por lo que acaba de decirse más atrás, sino de la posición del Tribunal Supremo como intérprete de la ley.

Para adentrarse en el análisis de esa cuestión, lo primero que habría que decir es que, pese a que algunos lo han entendido así, la idea, sustentada en los años ochenta y noventa del pasado siglo al menos por un sector de la doctrina y manifestada por el propio Tribunal Supremo en aquellas protestas ya aludidas, de que al Tribunal Supremo le corresponde “la suprema interpretación de la ley”, no se deriva expresamente de lo previsto en el art. 123.1 CE, que sólo dispone que el Tribunal Supremo

es superior en todos los órdenes salvo en materia de garantías constitucionales, sino de una concepción de lo que era el Tribunal Supremo en España antes de que existieran la Constitución y el Tribunal Constitucional (esto es, cuando no había “constitucionalidad”, sino sólo “legalidad”), concepción que se arrastraba por inercia, pese a que hubiera cambiado radicalmente el supuesto que la soportaba. Se trata, pues, de un malentendido que hay que despejar.

De ahí la necesidad, a continuación, de efectuar algunas consideraciones teórico-dogmáticas. Ante todo, debe diferenciarse la interpretación de la Constitución de la interpretación constitucional de la ley, pues ésta, incluyendo a aquélla, la sobrepasa. La primera tiene por objeto los propios preceptos de la Constitución; la segunda tiene por objeto, además de los preceptos constitucionales, los preceptos legales (y reglamentarios), que han de interpretarse de conformidad con la Constitución misma. De manera que, como es bien sabido, la interpretación constitucional consiste, por un lado, en la interpretación de la Constitución y, por otro, en la interpretación constitucional de la ley (y las demás normas jurídicas infraconstitucionales). Ambas dimensiones están estrechamente enlazadas y, por ello, son difícilmente dissociables. No sólo porque para interpretar constitucionalmente la ley primero hay que interpretar la Constitución, sino, sobre todo, porque las dos dimensiones las practican, necesariamente, tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria.

El Tribunal Constitucional, cuando ha de enjuiciar una ley, primero, obviamente, ha de interpretarla y, a veces, no la expulsa del ordenamiento precisamente por entender que la interpretación “constitucionalmente adecuada” que él le otorga evita su inconstitucionalidad. Ello no ocurre solamente en los procesos de control de la ley, sino también en todos los procesos constitucionales (incluido el de amparo) en los que la ley regule actos o disposiciones sometidos a control, de tal manera que, al mediar en ellos la ley, el Tribunal tiene también que enjuiciarla, pues si es inconstitucional ha de plantearse la autocuestión, si se trata de un recurso de amparo, o transformar el proceso en recurso de inconstitucionalidad, si se trata de un conflicto. En esos casos el Tribunal puede salvar la invalidez de la ley atribuyéndole (si cabe) una interpretación constitucionalmente adecuada. Por esta sencilla e incuestionable razón sería un error, injustificable, sostener que, en el ordenamiento español, la interpretación de la ley (o la última interpretación de la ley) le corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional tiene facultad (e incluso obligación) de realizar, pues, interpretación constitucional de la ley en todos los procesos que le están atribuidos. ¿Lo convierte ello en el supremo intérprete de la ley? La respuesta es clara: sí, en la medida en que toda ley ha de ser interpretada “constitucionalmente” (o lo que es igual, en cuanto que ninguna ley puede ser interpretada “inconstitucionalmente”). Ahora bien ¿su supremacía interpretativa convierte a sus decisiones sobre la interpretación constitucional de la ley en absolutamente vinculantes para la jurisdicción ordinaria (incluido el Tribunal

Supremo)? Esta segunda pregunta ya no es de respuesta simple, sino compleja: según el alcance de la interpretación que ha otorgado a la ley el Tribunal Constitucional.

Así, cuando el Tribunal ha establecido una interpretación de la ley como la única constitucionalmente posible (sentencias interpretativas que podrían llamarse unidireccionales), los órganos judiciales (y por ello el Tribunal Supremo) no pueden apartarse de ella; en cambio, cuando el Tribunal Constitucional ha rechazado, por inconstitucional, una determinada interpretación de la ley pero no ha impuesto otra como única posible (sentencias interpretativas que podrían llamarse pluridireccionales), los órganos judiciales, no pudiendo aplicar la interpretación rechazada, tienen, no obstante, libertad para buscar otra. En tales condiciones y con esos límites no cabe negar que, aunque el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la interpretación “legal” de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación “constitucional” de la ley. Y en cuanto que todas las leyes han de recibir, por parte de todos los órganos jurisdiccionales, una interpretación constitucional (pues los planos de la “legalidad” y la “constitucionalidad” no cabe entenderlos como *mundos distintos e incommunicables*, en expresión del Tribunal Constitucional antes citada), ha de concluirse en que la última palabra sobre la interpretación de las leyes corresponde decir la al Tribunal Constitucional.

Estas consideraciones teórico-dogmáticas resultan confirmadas por las disposiciones de nuestro propio ordenamiento. En primer lugar, por el art. 164 CE, que otorga efectos *erga omnes* a todas las sentencias del Tribunal Constitucional (estimatorias o desestimatorias) dictadas en todos los procesos de los que entiende, con excepción de aquellos que *se limiten a la estimación subjetiva de un derecho*, lo que únicamente afecta a sentencias de amparo, aunque no a todas ellas, sino sólo a las que, en ese proceso, no anulen reglamentos o no realicen interpretaciones de leyes o reglamentos, pues si lo hicieran (y sentencias interpretativas de leyes y reglamentos por supuesto que las hay) despliegan también efectos generales. Además, del propio art. 164 CE se deriva, como no podría ser de otra manera, que los efectos de las sentencias constitucionales no se circunscriben al fallo sino que se extienden a su fundamentación jurídica (que es donde se realiza la labor interpretativa).

En segundo lugar, la aludida confirmación se encuentra en el art. 40.2 LOTC, que dispone que *en todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales*. Lo que significa que la jurisprudencia que “complementa” nuestro ordenamiento jurídico (pese a lo que dice el art. 1.6 del Código Civil en redacción dada cuando carecíamos de Constitución) no es sólo la derivada de la doctrina establecida por Tribunal Supremo, sino, por encima de esa doctrina, de la derivada de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

III. CONCLUSIÓN: UNAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BASADAS EN EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SUS RESPECTIVAS FUNCIONES.

De acuerdo con nuestro modelo de justicia constitucional, el Tribunal Supremo (y todos los demás órganos judiciales) cooperan con el Tribunal Constitucional en la tarea de aplicar la Constitución, no sólo haciéndola valer frente a reglamentos o actos que la vulneren, sino también interpretando constitucionalmente todas las normas infraconstitucionales y dándole ocasión al Tribunal de depurar las leyes contrarias a la Constitución mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí que las buenas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sean un requisito para el funcionamiento adecuado de aquel modelo.

No ha lugar, pues, por lo que se ha venido explicando, a que el Tribunal Supremo pueda sentirse invadido en sus competencias porque el Tribunal Constitucional, aplicando (como es su deber y su función) la Constitución, rectifique, por exigencia de la Constitución misma, una determinada interpretación de la ley que hubiese venido realizando el Tribunal Supremo.

Ahora bien, dicho ello, ha de subrayarse que esa leal colaboración exige el cumplimiento de unas obligaciones mutuas. De un lado, el Tribunal Supremo ni puede revisar las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional (lo que está prohibido, además, por el art. 4 LOTC) ni puede desvincularse de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, ni mucho menos inaplicar leyes inconstitucionales sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad (esto, a mi juicio, debe de ser así, pese a la reciente y criticable doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la prevalencia, a la que antes me referí). De otro lado, el Tribunal Constitucional no debe revisar la interpretación de la ley realizada por el Tribunal Supremo, salvo en supuestos de clara e indudable inconstitucionalidad de dicha interpretación.

Siempre he sostenido que para nuestro Tribunal Constitucional (para cualquier tribunal constitucional) debe regir una doble máxima: en su actividad de control de la emanación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del legislador; y en su actividad de control de la aplicación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del poder judicial y, por supuesto, de su órgano superior: el Tribunal Supremo. Si tales obligaciones recíprocas se cumplen lealmente, no tiene por qué darse ninguna fricción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

MESA REDONDA CUARTA. FACTORES EXTERNOS

**LOS PODERES EN LA DEFENSA DEL ESTADO DE
DERECHO**

Eusebio Pérez Torres

Jefe de la Abogacía del Estado en Andalucía

SUMARIO: I. PRIMER APUNTE: LA SOBERANÍA COMO CUESTIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. II. SEGUNDO APUNTE. DEFENSA POLÍTICA Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO DE DERECHO. III. LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

No he sido yo quien ha elegido el título de mi intervención en este acto, encargo que asumo muy agradecido y honrado. La amplitud y vaguedad del título que se me ha asignado, así como la brevedad que exige el tiempo de exposición, me han hecho optar por ofrecer algunas reflexiones puntuales sobre el rol de los distintos Poderes del Estado en la defensa del Estado de Derecho, descartando toda intención, por lo demás fuera de mi alcance, de ofrecerles una visión sistemática o completa de todo lo que pueda entenderse incluido en tan enigmático epígrafe.

Siguiendo esa pauta, en los siguientes apuntes me propongo compartir con ustedes algunas inquietudes que me surgen al contemplar las zonas a veces oscuras donde se ensamblan los pilares estructurales de nuestro sistema jurídico-político, avanzando sugerencias que deben ser tomadas como meras hipótesis de trabajo, cuando no como simples puntos de vista que intentan modestamente aportar algo para iluminar esas relaciones.

**I. PRIMER APUNTE: LA SOBERANÍA COMO CUESTIÓN JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL**

En general, todas las constituciones -en la Historia y en el Derecho comparado vigente- parten del principio de unidad indisoluble de la nación, o, como se decía en

la Constitución de 1931, el carácter irreductible del territorio de España. Esta proclamación se asienta en una exigencia lógica ineludible. La constitución expresa el ser de un Estado, sus preceptos constituyen el predicado de una oración en la que el sujeto es el territorio en donde van a regir esas normas, y sería absurdo que un ser- el Estado- comenzara su autodefinición declarando el carácter prescindible de algunas de sus partes. No se puede ser y no ser al mismo tiempo, en términos de lógica formal.

Ahora bien, desde el punto de vista histórico y jurídico-constitucional, el carácter indivisible de la Patria puede tener además otra explicación. A lo largo de la Historia, la soberanía era una cuestión que se decidía por la fuerza de las armas o, en todo caso, ante la amenaza de usarlas. Entendiendo por soberano aquel sujeto cuya voluntad es la que rige sobre un determinado territorio, esta condición venía dada por la capacidad para imponerse sobre un determinado espacio y para defenderlo. De ahí aquellas primitivas concepciones del mar territorial (zona de agua a la que se prolonga la soberanía), que fijaban su límite hasta donde alcanzara una bala de cañón lanzada desde la costa: no se puede ser soberano sobre lo que no se puede dominar o defender.

Desde el punto de vista constitucional, esto confiere al territorio la naturaleza de presupuesto de la Constitución, de elemento ajeno a las decisiones del constituyente, pues le vienen dados desde fuera, desde el resultado territorial al que han conducido las relaciones de fuerza entre los pueblos en un momento determinado. Si el Derecho constituye un sistema de regulación de las relaciones humanas y de arreglo de controversias que excluya la violencia y la fuerza, la soberanía -y, con ella, la integridad del territorio- era cuestión extramuros del sistema jurídico, una de las bases de su existencia nacida fuera de la Constitución. El territorio soberano es el creador de la constitución, pero no forma parte de la obra creada. Obsérvese que el artículo 2 de la Constitución establece que ésta “se fundamenta” en la indisoluble unidad de la Nación española.

Esta naturaleza ajena a lo jurídico de la indisoluble unidad de la Nación posee una enorme inercia en la conciencia de los pueblos, que muchas veces impide o enturbia la visión de las consecuencias que en este terreno debe tener el vigente Derecho internacional e interno y los ideales que lo sustenta.

La inmensa mayoría de las guerras se producen por disputas territoriales o de soberanía, y en los dos últimos siglos, al menos, por pulsiones nacionalistas, desde las dos guerras mundiales hasta -por ceñirnos a Europa- la última acaecida en el Viejo Continente, la de Yugoslavia, si no computamos como guerra la situación de violencia que asuela el este de Ucrania. Ante eso, prescindiendo de antecedentes más lejanos, el vigente Derecho Internacional se asienta sobre el principio de renuncia al uso de

la fuerza en las relaciones entre los países y los pueblos. Ése es su gran objetivo y su pilar esencial, como anuncia desde su primera frase el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas

Resueltos

A preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, ...”

Este principio se consagra normativamente en todo el articulado de la Carta, subrayándose entre los Propósitos y Principios que recoge el capítulo I: *“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”*. (artículo 2.4). No se trata aquí de examinar el valor jurídico de este precepto, cuyo genuino ámbito de aplicación son las relaciones internacionales, a las tensiones territoriales que se dan en el seno de un Estado, sino de subrayar cómo la Humanidad cree actualmente que las cuestiones sobre la soberanía no pueden resolverse mediante la violencia y el uso de la fuerza.

En cambio, en el Derecho interno la situación sigue siendo la misma que aquella propia de los tiempos en que las cuestiones de soberanía pertenecían al campo del poder y de las relaciones de fuerza, no sólo por el carácter indisoluble de la Nación española que proclama el artículo 2 de la Constitución, sino, sobre todo, por lo dispuesto en el artículo 8, que atribuye a las Fuerzas Armadas la misión de *“garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”*. La soberanía y la integridad territorial se defienden por la fuerza, porque uno es soberano en la medida en que puede permitírsele, en que tiene fuerza o poder para ello.

Dejo a un lado la cuestión de hasta dónde podría ser legítimo el uso de la fuerza para resolver un ataque interno a la integridad territorial, en relación con las obligaciones internacionales asumidas por España en los tratados internacionales firmados por ella, o en la propia interpretación que pueda hacerse del conjunto de nuestro texto constitucional. Aun aceptando que pudiera legitimar la represión militar de cualquier ataque a la unidad territorial, habremos de aceptar que ello no sería más que una posibilidad permitida por la Constitución, nunca una forma inexorable de acometer estos problemas. Nótese que no me refiero a una situación de ataques a la soberanía o a la integridad territorial realizado fuera de los cauces legales, sino a la formulación teórica de la cuestión, y, por tanto, a cómo debe abordarse una pretensión correctamente planteada de deshacer la integridad del territorio y, en definitiva, el Estado.

La otra posibilidad es la única alternativa que la Humanidad ha inventado para resolver sus controversias sin acudir al uso de la Fuerza: el Derecho, es decir, unas reglas basadas en criterios de razón. Así, decidir que la integridad territorial es indiscutible y está militarmente protegida significa mantener esta cuestión en el terreno de las relaciones de fuerza, fuera del Derecho, por más que pudiera considerarse una respuesta constitucionalmente posible y políticamente legítima.

Ahora bien, en la hipótesis, jurificar la soberanía plantea una enorme dificultad conceptual. El Derecho actúa a partir de la exteriorización de los comportamientos, pero no en la conformación interna de las decisiones, que pertenecen al dominio de la voluntad. El Derecho regula el matrimonio minuciosamente, pero no decide con quién se casa cada cual. Las guerras representan en realidad la manifestación extrema del choque de voluntades. Su eliminación como forma de resolución de conflictos nos deja sin criterio para tomar decisiones sobre cuestiones que siempre han pertenecido al terreno de lo volitivo. ¿Cómo se decide a quién pertenece un territorio? Históricamente, a quien ha podido conquistarlo, dominarlo y defenderlo. Cartagineses, romanos, visigodos y árabes conquistaron la península ibérica sin cumplir ninguna legislación de extranjería y estos últimos no fueron expulsados porque los cristianos demostraran ante algún tribunal que esa tierra les pertenecía por derecho, sino derrotándolos militarmente.

En términos jurídicos, la Humanidad no ha respetado nunca la adquisición de la soberanía por ocupación, es decir, por haberse instalado primero en determinada porción de la superficie terrestre. El derecho a ello lo daba la fuerza para defender ese territorio. En cierto sentido, eso convertía toda la Tierra en *res nullius* permanente, o, si se prefiere, en la negación de que un pueblo tenga derecho a adueñarse de una parte del territorio, apropiándose de los recursos naturales de su espacio, del derecho a decidir quién puede entrar allí, cómo y durante cuánto tiempo, etc. Jurificar estas materias -esto es, someter a razón terrenos propios de la voluntad- es lo que ha motivado las construcciones teóricas llevadas a cabo por la comunidad internacional y los tribunales supranacionales sobre el derecho a la autodeterminación, la legitimación para el uso de la fuerza en conflictos internacionales, la legitimidad de la adquisición de la soberanía, etc.

En el Derecho interno, la cuestión está por desarrollar. Como hemos visto, la integridad territorial es indisoluble, cualidad que se sitúa bajo la protección de las Fuerzas Armadas. Ahora bien, dado que la propia Constitución prevé su reforma, estos preceptos estarían sometidos a la posibilidad de cambio, lo cual matiza completamente -como en todo el articulado de la Ley Fundamental, claro- aquel carácter indisoluble, que pasa a serlo sólo en tanto en cuanto no decidamos cambiarlo.

Éste es el envite jurídico-constitucional que a España -y a otros muchos países- se le plantea en estos momentos, decidir si la integridad territorial es una cuestión que

sigue perteneciendo sin más al dominio de la voluntad preponderante de todos los españoles o si sometemos ese carácter a reglas racionales que habría que diseñar. Naturalmente, todos sabemos que la Constitución se puede reformar y, en ese sentido formal, podría decirse que ya hemos decidido que es posible revisarlo todo, también el artículo 2. Pero en términos sustanciales nada cambia desde el punto de vista constitucional si seguimos considerando que es un mero problema de la nuda voluntad, y, por tanto, de la mera preponderancia de la mayoría.

En efecto, admitido que respecto de los habitantes de un territorio integrado desde hace tiempo en un estado no cabe predicar ningún derecho de autodeterminación, podríamos definir el problema como la búsqueda de la fórmula en que los habitantes de un territorio podrían solicitar la emancipación de la nación a la que pertenecen.

La decisión sobre en qué ámbito debe computarse esa mayoría (quiénes tendrían derecho a votar, qué quorum se requeriría, etc.) también quedarían iluminadas por la voluntad de unos y otros, al no descansar en términos de ideas o razones sino del puro querer. El primer recodo de este problema consiste meramente en conceder si esa fórmula existe o no, implicando una respuesta negativa el reconocimiento de que no cabe respuesta jurídica a este problema. Dentro de ello, una simple remisión formal al artículo 168 de la Constitución nos remite a la voluntad del soberano, es decir, del pueblo español, manifestada además en la compleja articulación de sucesivas mayorías parlamentarias reforzadas y de la población en referéndum.

Pero ahí no radica el núcleo del asunto, sino sólo su punto de partida, pues lo verdaderamente importante es si la voluntad del soberano puede transformarse en reglas de derecho o si sólo se trata de explorar sus deseos. Dicho de otro modo, si el sujeto soberano quiere someter su voluntad sobre la materia a lo que entienda que es justo admitir sobre estas decisiones, pues sólo así se produciría una articulación del juego entre mayorías y minorías que supere la pura relación de fuerzas entre ambas. Por supuesto que la voluntad es determinante en estas cuestiones, porque la vida está antes que el Derecho. No se pretende desconocer su rol decisivo, sin explorar la posibilidad de que esa voluntad se conforme internamente de acuerdo a reglas que representen lo que pueda considerarse justo en esta materia, y no sólo los puros deseos del constituyente, lo cual constituye un cambio de paradigma respecto de la tradicional manera de desenvolverse los anhelos sobre la soberanía.

Hay que ser conscientes de que, como ha quedado dicho, esta decisión comporta un esfuerzo innovador, porque exigiría analizar y sopesar un sinfín de variables relevantes para la vida en común que habrán de ser pasadas por el tamiz de los criterios que se construyan partiendo de los valores que se asuma. Otros países han abordado estas reflexiones (Canadá, Alemania) con mayor o menor intensidad e incluso en algún caso parece que al descifrar lo que significan factores como la cohesión del Estado,

los deberes históricamente asumidos, los condicionantes de las relaciones internacionales, la titularidad de los derechos colectivos, etc. ha descendido el número de partidarios de movimientos secesionistas.

Debo aclarar que estas líneas son sólo una pequeña reflexión que, si viene suscitada por la cuestión catalana, no pretende en modo alguno ser una solución a la misma. Desde luego no a un movimiento secesionista que discurre fuera de la Constitución, de la Ley y de cualquier rasgo que caracterice al Estado de Derecho. Pero tampoco a ningún problema territorial concreto, sino al de la integridad territorial en relación con el Estado de Derecho, es decir, si éste debe jugar algún rol en este asunto o debe entenderse decidido fuera de él.

Se quiera o no, los distintos poderes del Estado, cada uno en su función, se enfrentan al problema jurídico constitucional de cómo tratar las cuestiones atinentes a la soberanía hacia el interior de nuestro territorio, pues solo decidir que es cuestión ya resuelta respecto de la que nada cabría plantear no sería sino una toma de postura frente a un problema real: su carácter ajurídico. Tanto el ejecutivo, en su función de dirección de la tarea de gobierno, como el legislativo, en todas sus competencias, pero muy significativamente en la de activar, en su caso, la intervención del poder constituyente, tienen planteado este reto, que no es sino decidir, cada uno en su ámbito de responsabilidad, si sujetar o no a reglas de Derecho las controversias sobre la integridad del territorio.

Este Derecho que habría que construir no es meramente el regulado en el artículo 168 de la Constitución para la reforma total o sustancial de la Constitución. Éste sería el cauce para dar entrada a las modificaciones que pudieran afectar al artículo 2, pero no necesariamente los requisitos que allí se recogen podrían bastar para reformas que afecten al sustento territorial del Estado, pudiendo establecerse los que se convinieran, probablemente más exigentes. Si lo que se discute es la integridad del territorio, lo que debe hacerse es valorar qué significa esa idea hoy en día y cuáles serían los parámetros bajo los que podría cuestionarse y eventualmente modificarse. Ese debate podría aflorar las poderosas razones que existen para mantener la unidad, que se convierten en dificultades para modificar estados de vida secular.

Por ejemplo, que baste un referéndum para modificar una unión de siglos significa dejar en manos de una generación la decisión de mantener o no lo construido por muchas anteriormente, lo cual, cuando menos, no es evidente. Tampoco lo es el análisis de los posibles titulares del derecho a separarse y de consentir la separación, cuando éstos no han tenido existencia previa como colectivo político independiente. La propia fuerza de la historia y los lazos que ha creado, de los que no parece legítimo -al menos no es indiscutible- desentenderse sin más, a despecho del daño que pueda ocasionarse, En fin, resulta imposible plantear hoy día un cambio en la soberanía de un Estado sin

tener muy en cuenta la opinión de la comunidad internacional, al punto de que nada podrá hacerse sin contar con su beneplácito. No sólo es que la independencia ha de ser reconocida internacionalmente para que signifique algo, sino que en ella van implícitas muchas cuestiones sobre el orden internacional, señaladamente la relatividad actual del propio concepto de soberanía entendido de forma aislada.

En suma, se trate de decidir si el Estado de Derecho lo es también para una cuestión tan central como la propia existencia de ese Estado y, en caso de respuesta afirmativa, tener la capacidad de generar las reglas que constituyeran el modo racional de acometer estas cuestiones, tradicionalmente resueltas de forma violenta.

Entre los problemas que la construcción de esa voluntad razonable tropezaría podemos identificar algunos:

- Los sujetos. Cabe plantear quién se constituye como titular de un derecho a solicitar la separación. Admitido que el actual soberano tiene necesariamente que acceder a una eventual secesión, ¿a quién se le podría reconocer ese derecho? ¿Cómo se constituye un sujeto que nunca ha existido? ¿Qué ocurre con las partes de un determinado territorio que quieran seguir perteneciendo al Estado?
- El quorum. Habrá también que cifrar qué grado de consentimiento debe encontrarse en los distintos sujetos colectivos que han de intervenir en la decisión, algo en lo que debe analizarse cómo se calibran unas voluntades colectivas cuyo desarrollo y permanencia afecta a varias generaciones de personas.
- La Historia. Cabe plantear la existencia de compromisos y vínculos históricos que han podido generar obligaciones colectivas cuya disolución no quepa admitir por su nudo desconocimiento por uno de los sujetos que en su día no sólo las asumieron, sino que participaron en la conformación de las mismas. En algún caso puede ser fácil posponer estas cuestiones a la fase de ejecución de un acuerdo previo; en otras, no tanto. Y siempre habrá que establecer la manera de resolver esos lazos.
- La comunidad internacional. Una eventual separación supone la creación de un nuevo sujeto de Derecho Internacional y la mutación de uno de los que ya existían, algo que es imposible realizar sin contar con la comunidad internacional. En realidad, siempre ha sido así, pues los estados entraban en guerra por conflictos dinásticos o territoriales de otros países cuando pensaban que les iba a afectar, demostrando la perenne legitimación de los demás estados para intervenir en cuestiones que afectan al orden internacional.

Etcétera. Y al fondo del problema late un asunto de honda envergadura, que antes anticipamos. Plantearse en términos de razón -que es el escenario alternativo a

las soluciones violentas- quién tiene derecho a proclamarse soberano sobre un territorio supone abandonar definitivamente esa implícita naturaleza de **res nullius** que la Tierra tuvo en las épocas en que la guerra y la fuerza decidían quienes se adueñaban de un territorio. Lo siguiente es plantearse en dónde se fundamenta el derecho a la soberanía en clave internacional, algo muy delicado en el entorno del mayúsculo problema migratorio que tiene planteado la Humanidad. Remover el statu quo de las fronteras actuales implica poner en cuestión todo el orden internacional en que se basan, y hasta el propio derecho de quien lo postula. Una reclamación de soberanía de una parte del territorio español no lo sería, por tanto, sólo frente a España, sino frente a todos los seres humanos, porque la propia soberanía de España se cimenta en ese histórico orden internacional, cuya remoción sería lo contrario al desenvolvimiento razonable de la evolución de la Humanidad que el Derecho aspira a procurar.

II. SEGUNDO APUNTE: DEFENSA POLÍTICA Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO DE DERECHO

Mientras escribo estas líneas, el Presidente del Gobierno ha dirigido al Presidente de la Generalitat de Cataluña el requerimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución, sin que haya vencido el plazo concedido para contestarlo, desconociéndose en este momento cómo se desarrollarán los acontecimientos. Mucho se ha discutido en los días previos si era pertinente la puesta en marcha de este mecanismo constitucional, en ausencia del cual la defensa del Estado de Derecho frente a actuaciones de las autoridades catalanas deliberadamente contrarias a sus funciones constitucionales ha pivotado sobre las actuaciones judiciales: recursos del Gobierno ante el Tribunal Constitucional y resoluciones de éste, actuaciones de la Fiscalía del TSJ de Cataluña y de los Juzgados de Instrucción de Barcelona, acompañadas de las tareas policiales de ejecución de dichas resoluciones.

Obviamente, no pretendo evaluar las decisiones políticas adoptadas ni pronunciar me en este sentido, sino realizar una pequeña reflexión sobre los roles de los distintos poderes en la defensa del estado de derecho. Así, el mecanismo del artículo 155 de la Constitución es una medida de carácter político adoptada por el órgano que tiene la función constitucional de dirigir la política interior y exterior y la defensa del Estado (artículo 97 CE), con el refrendo de la cámara de representación territorial. El Gobierno actúa en función de una encomienda plasmada por el poder constituyente en la ley fundamental para que defienda el orden constitucional eventualmente desconocido por uno de los poderes territoriales constituidos, para lo cual debe estar autorizado por el Senado como cámara de representación territorial.

Sin duda deben cumplirse los presupuestos previstos en dicho artículo para legitimar la medida, pero esto no desdice el carácter político de la decisión. No considero de utilidad aquí discutir el alcance del posible control jurídico de los requisitos para adoptarla, es decir, hasta dónde podría enjuiciarse el grado de incumplimiento de sus obligaciones por una Comunidad Autónoma o la gravedad de la afección al interés general de España o en qué medida goza el Gobierno de discrecionalidad para adoptarla y con qué intensidad. El carácter excepcional de este procedimiento hace que el control político de su utilización sea, de hecho, más fuerte que el judicial, como lo prueba lo inusitado de su empleo. Por otra parte, la hipótesis que interesa analizar es la de su utilización irreprochable desde el punto de vista de la normativa constitucional, que es también, en mi opinión, el escenario que tenemos planteado, sin perjuicio de la opinión que se tenga sobre su conveniencia política, aspecto que queda fuera de esta reflexión.

Pues bien, ciertamente, el artículo 155 CE contiene unos presupuestos de aplicación y, a su vez, el Gobierno tiene encomendada la función constitucional de defender al Estado, que es precisamente el agredido en las circunstancias contempladas en aquel precepto, lo cual legitima su aplicación. Pero esta corrección jurídica y legitimidad constitucional no desembocan en una decisión jurídica más o menos discrecional, sino en una opción política desenvuelta en los márgenes que permite la Constitución. Es el Gobierno de España, con la anuencia del Senado, el que resuelve la necesidad de intervenir directamente el Gobierno de una Comunidad Autónoma, en defensa del interés general.

En cambio, la forma de afrontar las actuaciones de la Generalitat de Cataluña hasta la declaración de su presidente del pasado día 9 de octubre ha consistido en emplear los cauces del Estado de Derecho para la represión de los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico: se han recurrido al Tribunal Constitucional las decisiones de las instituciones catalanas contrarias a la Constitución, adoptándose por aquél las medidas cautelares pertinentes, para la salvaguarda del cumplimiento de dichas resoluciones; han desplegado sus funciones la Fiscalía del TSJ de Cataluña, los Juzgados de Barcelona y también la Audiencia Nacional; el Ministerio de Hacienda ha tomado decisiones en el ámbito de su competencia e incluso empresas estatales han adoptado medidas en orden a respetar lo ordenado por el TC, que a todos obliga, y se ha acudido al auxilio de la fuerza pública para garantizar el cumplimiento de sus resoluciones. Es decir, se han desplegado los procedimientos previstos en la legislación ordinaria para conseguir la efectividad en el cumplimiento de las normas.

La delicadeza de los terrenos que piso me obliga a repetir que no se pretende aquí evaluar ni mostrar voluntades políticas, sino la naturaleza constitucional de ambas estrategias. La puesta en marcha del artículo 155 representa una actuación gubernamental -a la que no se discute su indudable legitimidad- frente a las autoridades

de una Comunidad Autónoma; las actuaciones de jueces y fiscales suponen el despliegue de los mecanismos jurídicos para preservar el cumplimiento de las leyes y sancionar sus incumplimientos. Esta diferencia, por ejemplo, es la que permitió a la prensa española refutar la visión de los acontecimientos por parte de cierta prensa extranjera, para la que, verbigracia, “el gobierno de Madrid había ordenado registros en dependencias de la Generalitat de Cataluña”. No había sido el Gobierno, sino las autoridades judiciales o la fiscalía, es decir, el poder judicial, no el poder político del Estado; no era una lucha entre España y Cataluña, sino entre el Estado de Derecho y las autoridades catalanas.

La diferencia entre una y otra intervención en el problema no se agota en la distinción ontológica entre el poder ejecutivo -con el refrendo de una de las cámaras legislativas- y el judicial, sino que alcanzan a las posibilidades de uno y otro, y, en consecuencia, a las situaciones para que cada cual resulta más idóneo en la salvaguarda del estado de derecho.

La intervención del Poder Judicial en las situaciones de incumplimiento de la ley es indiscutible, más aún cuando se trata de conductas presuntamente delictivas. Ahora bien, por su propia naturaleza, el Poder Judicial está diseñado para hacer frente a agresiones puntuales al ordenamiento jurídico, por gruesas que sean, pero su eficacia encuentra severas limitaciones cuando se trata de un desconocimiento generalizado del sistema jurídico, es decir, cuando lo que se ataca son las bases mismas del Estado de Derecho, lo cual ocurre no cuando meramente se incumple la ley, sino cuando se niega el valor mismo de lo que la ley representa por parte de un sector relevante cuantitativa y/o cualitativamente de la población.

No es, en absoluto, un problema de medios humanos o materiales de la Administración de Justicia, sino de la propia naturaleza de la función judicial, no apta por sus propios fundamentos para situaciones que exigen acción política. La justicia y las potestades jurisdiccionales representan la ley en sentido estático, es decir, la que ya se ha promulgado y está vigente, y que debe restablecerse cuando se transgrede, estando su capacidad preventiva restringida al ámbito de las medidas cautelares. Por amplias que éstas puedan ser, siempre habrán de respetar garantías y procedimientos imprescindibles en el enjuiciamiento de comportamientos individuales o, a lo más, de algunos grupos de transgresores, pero ontológicamente inapropiados para afrontar acciones colectivamente organizadas contra el estado de derecho.

Cuando la agresión al estado de derecho es frontal y multitudinaria, su defensa exige una iniciativa y acción coordinada que son incompatibles con la función judicial, la cual debe estar servida por jueces independientes, únicamente sometidos al imperio de la ley, por tanto, no susceptibles de formar parte de una organización de acción conjunta. La defensa del estado de derecho exige en estos casos algo más que el

cumplimiento de la ley, la voluntad de defenderla activamente, no sólo la reacción frente a sus incumplimientos. Se necesita acción política y ejecutiva, para la que no debe ni puede servir la administración de justicia. No cabe parar una revolución o un golpe de estado con procedimientos judiciales.

Desde otro punto de vista, obsérvese que en los casos de mayor agresión al estado de derecho, los que pueden llevar a la declaración de los estados de excepción o sitio, una de las medidas que puede adoptarse es paradójicamente la suspensión de algunos de los derechos en que consiste el estado de derecho. En absoluto sostengo que la acción en defensa de la ley consista en enervar precisamente sus mandatos siquiera sea temporalmente, ni menos aún insinuar que la ley se defiende mejor con procedimientos extralegales, sino que una cosa es el funcionamiento del estado de derecho y otra el anclaje real de ese sistema en la comunidad política, y cuando lo que está en entredicho no es sólo el funcionamiento sino el asiento mismo del sistema jurídico, no basta la defensa interna del propio sistema, la que procura el poder judicial, sino que es preciso el apoyo externo, es decir, la acción política de la comunidad y sus gobernantes en defensa de ese sistema. En estas situaciones no basta juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ni siquiera desplegando una eficaz justicia cautelar y un fuerte mecanismo para llevar a cabo la ejecución forzosa, sino que se hace necesario sujetar desde fuera el propio edificio jurídico con medidas de otros órdenes, entre las sobresalen las que permite adoptar el artículo 155 CE, que también es Derecho, un derecho extraordinario o para situaciones extraordinarias. Apreciar cuando se dan éstas es ya una valoración política.

Podemos contemplar el problema desde otra perspectiva. Ante la constitución de una comisión especial en el parlamento catalán sobre la violación de los derechos fundamentales en Cataluña, han protestado todas las asociaciones de jueces y fiscales de España, y el Consejo General del Poder Judicial ha solicitado a la Abogacía del Estado que impugne el acuerdo por el que se constituye aquélla, afirmando que supone una inadmisibile intromisión en las competencias del poder judicial. Nuevamente, no toca aquí analizar las opiniones o decisiones de los actores en este asunto, sino utilizar el problema como material para un intento de análisis de los roles que desempeñan los poderes del Estado. En este sentido, parece obvio que si el objetivo es examinar si hubo o no vulneración de derechos fundamentales en determinadas actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eso es una cuestión que pertenece al funcionamiento del estado de derecho, que corresponde al poder judicial, cuya actividad no puede quedar bajo la supervisión de un parlamento. Esto constituye un ataque a la esencia misma del estado de derecho, que se basa en que los derechos de las personas están bajo la salvaguarda de los Tribunales de justicia, no del poder legislativo o ejecutivo.

Por tanto, la intervención del poder político en la defensa del estado de derecho no es redundante respecto de la del poder judicial ni tampoco representa una interferencia

en la actividad de ésta. Tampoco es propiamente un refuerzo de su actividad ni una actuación en paralelo o por medios extralegales. Atienden a dos tipos de problemas y situaciones distintas en su fundamento. Los jueces están para aplicar las leyes; el gobierno ha de actuar no cuando se incumplen éstas, sino que se pone gravemente en cuestión que haya que respetarlas. De los jueces depende el funcionamiento del estado de derecho, de la comunidad política -cuya actividad dirige el gobierno- depende que exista.

En general esta teórica línea divisoria está en la esencia de ambos poderes, por lo que estas ideas pueden extrapolarse a situaciones más cotidianas. La aplicación generalizada del estado de derecho en la sociedad incumbe procurarla al Poder Ejecutivo; la garantía de su individualización a cada ciudadano es competencia del Poder Judicial. Es el Poder Ejecutivo el que debe garantizar que las leyes van a cumplirse sistemáticamente. La seguridad vial en las carreteras o en la física en las vías públicas, el cumplimiento generalizado de las ordenanzas que rigen la vida en común, etc., en definitiva, la implantación global del Estado de Derecho es responsabilidad del poder ejecutivo, que ante una situación masiva de incumplimiento no debe abdicar de esta responsabilidad convirtiendo un conflicto general en una miríada de conflictos singulares que se derivan al ámbito judicial. Y viceversa, no debería ser la justicia la encargada de impulsar y cuidar ese funcionamiento general. Cuando, por razones que no son del caso analizar, se confunden los roles, el sistema presenta notables disfunciones.

Y, al cabo, ambos poderes necesitan la fuerza ejecutiva para, una vez decidido cuál es el derecho aplicable, hacer que sea efectivo. Esto es una evidencia, pues una norma jurídica lo es en la medida en que su cumplimiento es obligatorio y puede exigirse coactivamente; en otro caso podríamos hablar de obligaciones naturales o morales, pero no jurídicas. Aunque esta es una idea manida, conviene recordarla a propósito de la respetable opinión que considera inadecuada la ejecución forzosa de resoluciones, apelando al “diálogo” o a las “soluciones políticas”. Si de una obligación no puede exigirse coactivamente su cumplimiento, entonces hemos sacado esa obligación del mundo del Derecho. Simplemente deja de ser un deber jurídico, o, lo que es lo mismo, el Derecho no regula esos comportamientos, efecto que no siempre se entiende comprendido en aquella opinión por sus valedores.

Estas situaciones son frecuentes cuando se trata de incumplimientos llevados a cabo por colectivos de personas, tanto más problemático cuanto mayor sea el colectivo. Por supuesto, es desagradable e indeseable observar cómo se obliga al cumplimiento de las normas a colectivos de personas, pero si se afirma que en situaciones en que la norma obliga a un comportamiento personal o a su abstención no puede llegarse a la compulsión personal, entonces para esos colectivos el cumplimiento se habrá convertido en voluntario o, al menos, en la elección entre cumplir o aceptar la san-

ción que se imponga, que nunca será el deber in natura establecido en la norma. Reconociendo la dificultad del problema, no cabe duda que hemos de afrontar cómo se imponen ejecutivamente las obligaciones que han de ser cumplidas por colectivos de personas, pues si no hubiera posibilidad alguna de hacerlo, se habría llegado a la *desjuridificación* de las relaciones entre sujetos colectivos, con las graves consecuencias a que ello nos puede abocar.

III. LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como es sabido, la defensa de la legalidad en las actuaciones de las Administraciones públicas se actúa en la jurisdicción contencioso-administrativa de manera ordinaria. Al margen de la legitimación concedida a los particulares para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, o los llamados intereses difusos, interesa aquí referirse al rol que juegan las Administraciones en la garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Ninguna norma especial existe en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 153 CE, que prevé un control de la actividad de las administraciones autonómicas por los órganos y procedimientos habituales (tribunal constitucional, jurisdicción contencioso-administrativa, tribunal de cuentas), no pudiendo considerarse un control excepcional el que realiza el Gobierno en los supuestos de competencias delegadas por la vía del artículo 150.2 CE, pues es lo normal en casos de delegación. No existe un deber de vigilancia de la legalidad de las actuaciones de una administración por la otra, suponiéndose bastante su desenvolvimiento a través de los cauces ordinarios, de forma que la única norma especial son las especialidades procedimentales que regula el artículo 44 LJCA para los litigios entre administraciones públicas.

Sí existe, en cambio, una normativa específica para las relaciones con las entidades locales, respecto a las cuales se establecen disposiciones específicas en la Ley de Bases de Régimen Local: el artículo 66, que legitima a las administraciones territoriales mayores (Estado y Comunidad autónoma) para impugnar las actuaciones municipales que afecten a sus propias competencias, idea que entronca con el concepto general de legitimación en el orden contencioso-administrativo; el artículo 65, que contiene un apoderamiento específico, en cuanto crea el deber para aquellas administraciones de vigilar la legalidad de las actuaciones locales que afecten a sus respectivas competencias, sin necesidad de que sean lesionadas o interferidas sino por reputarse contrarios a derecho, razón por la cual no deriva -al menos, no directamente- del concepto legal de legitimación anclado en la defensa de derechos

e intereses legítimos propios del accionante; y la medida excepcional del artículo 67, que permite al Delegado del Gobierno suspender acuerdos de las corporaciones locales que atenten gravemente contra el interés general de España, con la carga de recurrirles seguidamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que habrá de ratificar o no la medida.

Esto significa que, en nuestro sistema, se considera conveniente que la legalidad de la actuación de la Administración local sea vigilada por las Administraciones territoriales superiores, si bien, en aras del respeto a la autonomía local, esa vigilancia se encarna en la legitimación para que la actuación supuestamente ilegal sea revisada por los tribunales de lo contencioso-administrativo. Este esquema equilibra la autonomía local, al confiar a la jurisdicción la decisión sobre la legalidad de la actuación de los entes locales, con el necesario control jurídico de una actividad administrativa autónoma tan dispersa, legitimando a las Administraciones territoriales superiores, en el ámbito de sus respectivas competencias, para instar la revisión de las actuaciones de aquellos. Pero, más allá de la aceptación de este planteamiento general, la forma de desarrollarlo se limita a una entera remisión al proceso contencioso-administrativo ordinario, sin apenas particularidades relevantes. Y este recurso está construido para encauzar un litigio entre un particular y una Administración Pública, por lo que no siempre encaja adecuadamente ese ropaje procesal a una discusión entablada entre dos Administraciones Públicas territoriales que actúan en calidad de tales.

Ese automatismo en la remisión al proceso contencioso-administrativo no es, a mi juicio, dogmáticamente inevitable. Una cosa es que este control de legalidad se realice por la jurisdicción contencioso-administrativa y otra distinta que el procedimiento a través del cual se haga y los principios que lo iluminan hayan de ser idénticos que el pensado para dilucidar la relación administración-administrado. Lo segundo no se sigue necesariamente de lo primero, y puede que algunas disfunciones que se observan en la práctica deriven de no tener acomodado el proceso contencioso a las particularidades que ofrecen los pleitos entre Administraciones Públicas.

Observémoslo al hilo de tres casos concretos, que nos ayuden a hacer más llevadera estas disgresiones.

1. La cláusula antialgarrobico.

Vaya por delante que no pretendo describirles el conocido “caso Algarrobico”, procesalmente complicado y sobre cuyo definitivo esclarecimiento me remito a lo que decidan los tribunales de justicia. Pero de un modo otro, esta playa almeriense sirvió de epónimo para la definición de un problema, sin que interese aquí qué ocurrió en realidad, sino qué supuesto quiere describirse con ese nombre: las agresiones al dominio público marítimo terrestre realizadas con amparo en licencias administrativas

en vigor, cuando se entienda por el titular de ese demanio que éstas son contrarias a derecho. No hay caso cuando la actuación dañosa no se ampara en licencia válida, pues aquí la solución jurídica pasa por poner en marcha la policía administrativa correspondiente a la legalidad infringida (urbanística, medioambiental, de costas, etc.). Es decir, se buscaba una técnica legal que impidiera que en el futuro ocurrieran cosas como las que, en la hipótesis, había sucedido en el Algarrobico: que se realizaran actos perjudiciales al dominio público marítimo terrestre amparados en licencias que no habrían respetado la legalidad en materia de costas.

Pues bien, lo que se difundió y conoció como cláusula antialgarrobico fue introducir el actual artículo 19.2 de la Ley de Costas por ley 2/2013, de 13 de mayo, de Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas. Conforme a este precepto, el Delegado del Gobierno, a instancias del Ministerio competente, podrá suspender los actos o acuerdos de las entidades locales que afecten a la integridad del dominio público marítimo terrestre o a la servidumbre de protección por el cauce del artículo 67 LBRL.

Como vimos, este procedimiento, previsto para los acuerdos locales que atenten gravemente al interés general de España, permite adoptar tal decisión por la autoridad gubernativa, a condición de impugnarlo a continuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que habrá de ratificar o alzar la suspensión. Por tanto, la protección que este precepto añade a la ya existente es la diferencia temporal que existe entre que sea el Delegado del Gobierno el que acuerde esa suspensión o que deba esperarse a que se adopte la medida cautelarísima a petición de la Abogacía del Estado, que habría recurrido a instancias del Delegado del Gobierno. Esa diferencia temporal puede oscilar normalmente entre unas pocos minutos u horas hasta unos pocos días, no más, de manera que lo que la llamada “cláusula antialgarrobico” proporciona es exclusivamente adelantar en a lo sumo tres o cuatro días la suspensión de la actuación, tiempo en el cual no se construye un hotel.

Dicho de otro modo, calificar de cláusula antialgarrobico este precepto significa entender que lo ocurrido fue posible por la lentitud del procedimiento judicial para detener la actuación supuestamente ilegal, de suerte que la solución pasa por habilitar excepcionalmente a la Administración del Estado para que adelante esa medida por sí misma, sin perjuicio de la ratificación judicial. En mi opinión, la disposición adoptada en nada sirve para afrontar el problema descrito, pues en su génesis no está el tiempo que se tarda en obtener la suspensión de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo, sino otras variables probablemente mucho más intrincadas y de más difícil solución. No voy a detenerme en ellas porque no interesa al tema que hoy nos trae, sino en qué medida representan una visión del papel de los distintos poderes del Estado, en particular, de la justicia y de las Administraciones territoriales superiores respecto de la legalidad de las actuaciones de la Administración local.

En el caso, hemos visto que la solución ofrecida por la reforma legal apenas representa nada para atajar el problema; es más, sin salir del terreno procesal deja sin resolver otros mucho más importantes. Así, por ejemplo, no es infrecuente que el acto o acuerdo local sea firme cuando se detecta su verdadera dimensión y su posible carácter ilegal, porque fue comunicado por el ayuntamiento al Estado y a la comunidad autónoma hace más de dos meses. Por más que se suspenda, de poco servirá, pues el recurso será declarado inadmisibile más pronto que tarde.

¿Es razonable que los plazos de caducidad de los recursos jueguen igual cuando se trata de un particular en defensa de sus derechos o intereses que cuando es una acción en pura defensa de la legalidad en beneficio de todos? Si, por hipótesis, el acto fuera nulo de pleno derecho, por puro mimetismo se exige a las Administraciones territoriales instar primero de la local que inicie la revisión de oficio, y luego acudir a la jurisdicción contenciosa, algo que tiene una justificación conceptual dudosa. En general los presupuestos procesales que se basan en la potestad de autotutela tienen su campo propio de actuación en la relación Administración-interesado, pero son difíciles de sostener cuando se enfrentan dos entes provistos de idéntica potestad y estatus jurídico.

Sospecho que este mimetismo con el régimen general es consecuencia de la ausencia de un desarrollo de las diferencias que comportan los pleitos contencioso-administrativos entre Administraciones Públicas. En este sentido, supuestos como el comentado suponen desperdiciar la ocasión para analizar en qué medida es preciso y constitucionalmente posible situar en el seno de las Administraciones territoriales superiores unas potestades de tutela inmediata de las competencias a ellas asignadas, qué significa eso y qué alcance pudiera dársele. Cabe sostener que esa tutela inmediata debiera permitirse cuando la urgencia en la protección de un interés general superior lo exigiera, lo cual implica poner el acento en el factor temporal y, en cambio, admitir que baste un daño grave a un interés general de mayor espectro, sin necesidad de que sea el interés general de España.

2. La estelada andaluza.

El pasado 26 de septiembre, la abogacía del Estado, a instancias de la Delegación del Gobierno, recurrió la colocación de una estelada en la fachada principal de un ayuntamiento de la provincia, solicitando la medida cautelarísima de retirada inmediata de la enseña, lo que se acordó por auto de la misma fecha, cumpliéndose esa misma tarde. Dos días después, el alcalde declara en prensa que volverá a colocar la bandera independentista catalana para que presida el ayuntamiento el día 1 de octubre, a despecho de que pueda considerarse delito de desobediencia, según manifestaciones aparecidas en los medios.

A la mañana siguiente, viernes 29, la Abogacía del Estado presenta escrito solicitando al Juez que, si la bandera fuera recolocada, autorice a que sea retirada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en ejecución del mencionado auto y para que el mismo pueda ser cumplido in integrum, integridad que en este caso viene exigida por el derecho tutelado, que no admite una restitución a posteriori, pues el momento temporal es esencial. Aunque las manifestaciones reproducidas por la prensa carecen de relevancia procesal, pueden ser tomadas como un riesgo de incumplir lo resuelto, no impidiendo ninguna norma que se complete la medida cautelar con la autorización que solicitamos. El Juzgado, en la misma mañana, dicta providencia no accediendo a lo solicitado, sin perjuicio de que si concurren las circunstancias que determinen la ejecución forzosa pueda interesarse en legal forma.

Naturalmente, no voy a criticar aquí esta resolución. En primer lugar, porque sería poco elegante por mi parte, sin la intervención de su autor. En segundo lugar, porque la respuesta del Juez fue rápida y perfectamente admisible en Derecho y, según muchos a los que respeto, absolutamente correcta. Siendo así, y además, pronunciándose en el mismo día en que se interesó-lo que demuestra una gran sensibilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional- sólo puede objetivamente celebrarse una actuación judicial tan diligente y bien fundada, por más que uno pensara que pudiera haber sido diferente. En tercer lugar, porque yo estoy claramente contaminado en este asunto, al haber intervenido en él desde el punto de vista actor.

Lo interesante del caso es, nuevamente, observar el rol de las administraciones mayores y del poder judicial en esta materia, o, si se quiere, la forma en que está organizado el control de legalidad de las entidades locales. Que se trate de un asunto de pequeña envergadura acrecienta su utilidad como ejemplo, pues lo despoja de otras complicaciones ajenas a nuestro tema. Parece claro que el objetivo de la actividad suspendida era que ondeara la bandera no cualquier día, sino el domingo 1 de octubre, por lo que para el derecho cuya tutela se impetra el momento temporal es esencial. A estas alturas nadie puede negar el valor de las imágenes en un momento determinado o incluso de actuaciones concretas en un señalado día.

Desconozco si la bandera llegó a colocarse o no aquel día. No es relevante ahora, como tampoco lo que hayamos opinado los intervinientes en el mismo, sino los problemas que nos abre y sobre los que estas palabras sólo pretenden ser una invitación a la reflexión. Desde el punto de vista de los distintos roles, cabe preguntarse si el poder judicial tiene la agilidad necesaria para afrontar todas las situaciones con la inmediatez requerida, y no me refiero, de nuevo, a una coyuntural falta de medios, sino a la mayor agilidad que se supone siempre a la Administración, en cuyo ADN sí debe estar siempre la capacidad de actuación inmediata. Desde el punto de vista del propio proceso contencioso-administrativo, la no limitación de las medidas cautelares que orgullosamente inauguró la ley 29/1998 podría bastar para establecer me-

canismos que eviten un daño antes de que se produzca, incluso con la colaboración en la ejecución de una de las partes en el proceso, cuando ésta tenga el carácter de Poder Público.

Si en los procesos penales por delitos contra la Hacienda Pública se permite que la ejecución económica de la sentencia penal se lleve a cabo por la AEAT, no parece que hubieran de existir obstáculos conceptuales para que estos los litigios la Administración Pública que obtenga una resolución judicial favorable pueda colaborar en su ejecución.

3. Prohibido girar.

Hace unos años, a finales de agosto, el ayuntamiento de la Línea de la Concepción, decidió colocar una señal de tráfico por la que se prohibía girar hacia Gibraltar desde las rondas de circunvalación del municipio. De esta forma, todo el tráfico dirigido hacia el Peñón debía discurrir por el centro de la localidad, que se convirtió en un colapso permanente, con atascos circulatorios de muchas horas de espera bajo el calor del agosto andaluz. El asunto llegó a preocupar gravemente al Ministerio de Fomento, pues, entre otros riesgos, muchos camiones cargados de sustancias inflamables quedaban parados al sol largo tiempo, situación que se consideraba potencialmente peligrosa.

Un sábado de agosto por la tarde se llega a la conclusión por las autoridades ministeriales de que la situación es difícil de sostener y se consulta las posibilidades jurídicas de afrontarlas. Se descartó la utilización del artículo 67 LBRL porque, aunque la situación pudiera considerarse un poco alarmante, no parece que alcanzara a atentar gravemente al interés general de España, no al menos con las pruebas disponibles. La otra alternativa era recurrir con solicitud de medidas cautelares, planteándonos qué posibilidades existían de que el Juzgado proveyera el mismo domingo siguiente. Finalmente, el escrito se presentó el lunes, acordándose inmediatamente la medida cautelar de suspensión, con retirada de la señal de tráfico.

En este caso vemos dos potestades enfrentadas que tienen muy distinto signo, y dos bienes protegidos de diferente naturaleza. Por un lado, el municipio -bien o mal, eso no interesa- se mueve por lo que considera más beneficioso para sus habitantes, el Estado ve comprometida la seguridad de la circulación desde el territorio de España al de otro Estado, reconocido o no. De un lado, una competencia estatal, de otro, una municipal; allí, la seguridad y las relaciones internacionales como materias afectadas, aquí los intereses económicos y sociales de los linenses. Todas estas situaciones han de ser sopesadas, incluso en la tutela cautelar, con las mismas reglas que sirven a un litigio entre un particular y la Administración, siendo así que aquí no entra en conflicto el interés particular y el general, sino dos intereses generales de distinto alcance.

Por otro lado, el asunto también nos interroga sobre la necesidad, en ocasiones, de adoptar decisiones inmediatas. Las medidas cautelarísimas vienen acordándose con bastante rapidez en la jurisdicción contencioso-administrativa, como en los casos que he citado como ejemplos, sin ir más lejos. Pero, aun así, existen circunstancias que exigen repuestas lo más pronto posible, algo para lo que la maquinaria administrativa debe estar siempre preparada, en tanto que a los tribunales contencioso-administrativos -incluso en una situación ideal de medios y funcionamiento- no tiene sentido exigirles que permanezcan de guardia las 24 horas de los 365 días del año por si ocurre alguna emergencia administrativa.

En definitiva, como les anuncié, no pretendo sentar ninguna doctrina, sino invitar a reflexionar sobre el funcionamiento del sistema de control de legalidad de actuaciones locales. Aceptando, como no puede ser de otro modo, las bases generales de nuestro sistema -control judicial y respeto a la autonomía municipal-, tal vez haya espacios de la regulación que pudieran mejorarse o, al menos, suscitan interrogantes. Dejemos meramente enunciados algunos.

Como decíamos, el proceso contencioso administrativo está estructurado, en general, para dilucidar los conflictos entre un particular y la Administración, entre el interés particular y el interés público. Esta dialéctica no es la que preside un litigio entre Administraciones públicas, cuando éstas actúan en el ámbito de sus respectivas potestades. Sin embargo, esto no tiene traslación significativa alguna en nuestro ordenamiento.

De entrada, la Administración no posee en puridad intereses legítimos, sino que ejerce las potestades atribuidas legalmente. A la Administración recurrente no le cumple el rol de interesado que procesalmente se ve obligada a desempeñar, porque lo que se está accionando no es un derecho o interés sino una potestad de control de legalidad, construida sobre la base del reconocimiento de legitimación para impugnar por motivos de legalidad.

Así, a lo sumo y no sin cierto esfuerzo, podría equipararse el rol procesal del Estado o la Comunidad Autónoma al del recurrente particular en el supuesto del artículo 66 LBRL, en el que esa competencia afectada por el acuerdo local puede funcionar como el interés legítimo del particular que acciona. Pero donde la comparación resulta imposible es en el caso de las competencias del artículo 65. Aquí la Administración recurrente no impugna para obtener una ventaja o eliminar un daño propio, siguiendo la doctrina clásica sobre la legitimación asentada en el interés, ya que ni siquiera es necesario que se haya producido un menoscabo o interferencia de sus competencias, bastando que el acuerdo o actuación local sea contrario a derecho. Es una potestad conferida por el ordenamiento para procurar el respeto a la ley en la actuación de los entes locales.

Esto puede hacernos reflexionar sobre si el plazo que se considere adecuado para recurrir ha de ser el mismo para quien reacciona frente a la agresión a un derecho o interés legítimo, que para quien actúa un puro control de legalidad. También influye en la consideración de las posibles medidas cautelares a adoptar, porque al actuar ambas Administraciones en defensa de un interés público y en el ámbito de sus competencias no tiene sentido partir de la presunción de legalidad del acto recurrido, pues la misma presunción abona la actuación de la Administración recurrente, sin que a priori pueda determinarse cuál debe prevalecer. Tampoco resulta satisfactorio el criterio del daño emergente o de la finalidad legítima del recurso porque el recurrente no está actuando para defender un derecho o interés propio, sino la pura legalidad, cuyo beneficiario es el conjunto de la ciudadanía.

Es curiosa la situación de los actos contradictorios de diferentes administraciones públicas sobre una misma cuestión, supuestos en que, con pleito o sin él, el conflicto se encarna en dos decisiones idénticamente ejecutivas pero de signo contrario e incompatibles, situación para la que nuestro Derecho no ofrece respuesta. Tal vez haya que preponderar criterios como el *fumus boni iuris* o el interés general prevalente, es decir, no meramente el que puede padecer más con la decisión de adoptar o no la medida cautelar, sino el que se considera más digno de una protección preliminar o inmediata.

También en este terreno de la ejecutividad podría aclararse cuál es el ámbito de la autotutela ejecutiva cuando dos Administraciones públicas litigan ante los tribunales, incluso cuando, como vimos más arriba, se trata de garantizar el cumplimiento in natura de resoluciones judiciales, casos en que ningún inconveniente doctrinal se alcanza que obste al apoderamiento por el juez a una Administración Pública para que lleve a efecto las decisiones que procesalmente le favorezcan derivadas de sus resoluciones, de la misma forma que la titularidad de la competencia para ejecutar las sentencias corresponde a los jueces y tribunales y ello no empece la obligación administrativa de ejecutarlas por sí bajo el control, de aquéllos.

En fin, el reconocimiento a la Administración del Estado de la potestad de suspender por sí actos de las corporaciones locales está reservado para los acuerdos que afecten gravemente al interés general de España, y algún caso particular en donde no parece vaya a ser de gran utilidad. Sin duda, es una potestad que debe reconocerse como excepcional frente al respeto a la autonomía local, pero considero que no está adecuadamente concebida. Es difícil que una actuación local afecte de manera importante a todo el Estado, pero sin llegar a ese extremo sí puede ser potencialmente perniciosa para su entorno, y, al mismo tiempo, ser necesario suspenderla de inmediato. Téngase en cuenta lo dicho sobre la mayor agilidad de la Administración -al menos, la que le es exigible-, así como sus obligaciones de preservar el interés general, que le pueden permitir formarse una opinión sobre las consecuencias de la Administración local de forma más rápida que quien se acerca por vez primera al problema.

Naturalmente, no se trata de subvertir el sistema, que debe seguir sustentado en el control judicial y el respeto a la autonomía local, sino en mejorar alguna de sus disfunciones, una de las cuales podría ser, en la hipótesis, la de suspender con la mayor celeridad posible una actuación local considerada por una Administración de ámbito territorial superior gravemente dañosa para el interés general (no necesariamente de España), cuya protección exija una suspensión inmediata, a condición de presentar el recurso con solicitud de suspensión en el mismo día o el inmediato hábil siguiente. No creo que esto contraría el principio de autonomía municipal en los términos formulados por la doctrina constitucional. En realidad, sólo supone desplazar la presunción de legalidad hacia la Administración recurrente, en actuaciones en que, por definición, ambas tienen competencias sobre la materia, prefiriéndose considerar provisionalmente la de la Administración territorial superior en el estricto plazo que va desde que se detecte el problema hasta que un juez se pronuncie.

Como decía al principio, en mi modesta participación en esta mesa redonda he preferido apuntar problemas y sugerir algunas formas de afrontarlos, antes que presentar un estudio sobre ninguno de ellos. Tengo mucho respeto por nuestras instituciones jurídicas, pero también soy consciente de que precisan siempre, por así decirlo, de una actividad de mantenimiento, para despojarlas de adherencias que el tiempo le ha depositado espuriamente o volver a examinar su primigenio sentido a la luz de circunstancias nuevas.

ISBN: 978-84-8333-710-3



9 788483 337103