
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



5/2009

LA DIVISIÓN DE PODERES

Junta General del Principado de Asturias

POTESTADES NORMATIVAS Y FORMA DE GOBIERNO*

Ramón Punset

SUMARIO

- I. Soberanía nacional y estructura policéntrica del Estado
- II. Las potestades normativas y sus relaciones mutuas en la Constitución
- III. Procedimiento legislativo y dirección de la política: el Gobierno y la adopción de la ley parlamentaria

I. SOBERANÍA NACIONAL Y ESTRUCTURA POLICÉNTRICA DEL ESTADO

I.

El artículo 1.2 de nuestra Constitución proclama, con fórmula tomada de la Constitución francesa de 1958, que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Y puesto que lo que persigue el dogma de la soberanía nacional es la organización plural del poder estatal, debemos preguntarnos si existe alguna forma organizativa concreta que resulte la más acorde con ese dogma. La respuesta ha de tener presentes dos planos: primero, el de las formas de Estado; luego, el de las formas de gobierno.

En lo que concierne al primer plano, no cabe duda de que el principio de la soberanía nacional únicamente encaja en la estructura constitucional del Estado *liberal* de Derecho. Prescindiendo ahora de sus distintas manifestaciones históricas y atendiendo sólo a su dimensión teórica —o sea, reduciendo este tipo fenoménico de Estado a la forma categorial «Estado de Derecho» tal y como hoy la entendemos e identificándolo con ella—, podemos destacar en semejante especie estatal, antes que cualquier otro aspecto, el policentrismo de su organización superior. Ello significa una distribución de las funciones estatales en sentido material (es decir, de las actividades sustancialmente legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales en que cabe dividir el proceso de creación y aplicación del Derecho) entre

* La primera versión de este trabajo, concluida en noviembre de 2008 y titulada, en su traducción al francés, «Le *dominus legis*: pouvoir législatif et forme de gouvernement», se publicó en Pierre Bon (dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, Dalloz, París, 2009, pp. 251-270. Una versión posterior, más amplia, ha aparecido en *Federalismi. it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n.º 12/2009, de 17 de junio, merced a la hospitalidad de Beniamino Caravita. A este segundo texto aún le he añadido aquí algún pequeño matiz. Agradezco a mis colegas Benito Aláez, Ignacio Fernández Sarasola, Miguel Presno y Paloma Requejo su atenta lectura de la segunda versión *in fieri* y las valiosas observaciones que a la sazón me hicieron.

órganos constitucionalmente situados en la cúspide del Estado y dotados de autonomía o de independencia mutuas. Tal distribución, indispensable en sí misma como inmanente a la soberanía de la nación, se efectúa por cada Constitución mediante la configuración (ésta variable y contingente en su articulación concreta) de las funciones estatales en sentido formal, esto es, atribuyendo la producción de los actos del Estado a los diferentes órganos superiores y asignando a dichos actos una eficacia formal (una *fuera*) específica. El reparto tiene lugar sin atender por completo a la naturaleza de los actos (que, de todos modos, resulta el criterio preponderante y orientador); y las funciones, a menudo más numerosas que las de índole material por fraccionamiento de éstas, son susceptibles de conferirse en régimen de exclusividad o de compartición (a su vez de distintos grados). A los órganos que ostentan la titularidad o cotitularidad de una o varias funciones en sentido formal les reservamos la denominación de *órganos constitucionales*. Su carácter básico o fundamental se refleja en su posición de supremacía dentro de la estructura del Estado: en relación a cualquier otro órgano gozan del estatuto de *superiorem non recognoscentes*.

2.

La autonomía o, según el caso, la independencia de los órganos constitucionales únicamente denotan, sin embargo, ausencia de subordinación jerárquica en el desempeño de sus funciones. Se trata, por tanto, de cualidades compatibles con la existencia de un órgano supremo (el llamado a ejercer el poder constituyente bajo las Constituciones que no imponen prohibiciones *materiales* a su reforma), con la designación o elección de los miembros de un órgano por parte de los componentes de otro u otros, con el mayor rango de los actos incardinados en la función legislativa, con la previsión de controles interorgánicos (tanto *vinculados* como *políticos*) y en general, y dentro de determinados límites, con una cierta diversidad de formas de gobierno. En mi opinión, esos límites son, estrictamente, los derivados de la necesidad de mantener diferenciado el ejercicio de las funciones estatales sustantivas, para lo cual resultan imprescindibles las cualidades de autonomía o independencia mencionadas como atributo de los órganos a quienes la Constitución, al formalizar aquellas funciones, confía dicho ejercicio. En efecto, la idea de distribución funcional inherente al principio de soberanía de la nación requiere forzosamente un equilibrio posicional entre los titulares de las funciones del Estado; y, por lo que atañe específicamente a las

relaciones entre los órganos constitucionales más definitorias de las formas de gobierno, un equilibrio entre el Parlamento y el Gabinete. Esto último implica no sólo la presencia de un Gobierno monopolizador de la función ejecutiva —pues la confusión en una Asamblea parlamentaria de tal función y de la función legislativa habría de reputarse de opuesta al principio citado—, sino además la de un Gobierno en igual posición institucional que el Parlamento. Igualdad que se produce de manera clara en las formas de gobierno presidenciales, pero que también se alcanza en las formas parlamentarias gracias, entre otros mecanismos, a dos instrumentos de control puestos a disposición de los Gabinetes: la facultad de disolver las Cámaras y la de plantear la cuestión de confianza.

3.

De otra parte, en un Estado basado en el principio de la soberanía nacional, también los Jueces y Tribunales —todos y cada uno de ellos, en tanto que titulares de la función jurisdiccional— son órganos constitucionales. Su independencia, la exclusividad del ejercicio de su potestad y (frente al modelo diseñado en la Constitución francesa de 1791) hasta el carácter no sólo aplicativo sino a la vez creativo de la misma me parecen exigencias susceptibles de fundarse, entre otros, en semejante principio estructural. Por contra, no resulta precisa desde esta perspectiva la conversión del poder judicial en un elemento de relieve para la forma de gobierno, como necesariamente lo es, sin duda, para la forma estatal, en su vertiente de Estado de Derecho. Esa relevancia la adquieren los órganos judiciales cuando el ordenamiento les habilita para inaplicar las leyes que consideren desacordes con la Constitución; y, por supuesto, la poseen en más alto grado los Tribunales Constitucionales, al poder declarar la nulidad de las disposiciones del legislador o el único significado constitucionalmente legítimo de ellas.¹ Como veremos, no obstante, existen en nuestro ordenamiento supuestos de inaplicación de las leyes por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios, bien cuando aquéllas son anteriores a la Constitución y contradictorias con ella,

¹ Sobre todo esto véase mi trabajo «En el Estado constitucional hay soberano (reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1/1998, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pp. 329-359 (luego recogido en mis *Estudios parlamentarios*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 213-243).

bien cuando las normas con rango de ley resultan antinómicas con tratados internacionales o normas de derecho comunitario europeo.

II. LAS POTESTADES NORMATIVAS Y SUS RELACIONES MUTUAS EN LA CONSTITUCIÓN

I.

Según la Constitución española, las Cortes Generales, que están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, ejercen la *potestad legislativa del Estado* y aprueban sus presupuestos (art. 66.1 y 2). Potestad legislativa no es, sin embargo, expresión equivalente a *función legislativa*, ya que ésta cabe que sea ejercida también por el Gobierno de la nación y por las Asambleas y Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Ello además de que los Presupuestos Generales del Estado revisten igualmente forma de ley (*cf.* art. 134 CE) y de que la potestad legislativa de las Cortes Generales resulta ser, a tenor de la Constitución, la *del Estado*, es decir, la del sector central del aparato estatal, o, por utilizar una expresión introducida por el Tribunal Constitucional, la de los *órganos generales del Estado*.

Mediante el ejercicio de la potestad legislativa las Cortes monopolizan, en el ámbito de tales órganos generales, la aprobación de las leyes formales ordinarias, e incluso la de las normas de reforma constitucional si en la decisión acerca de éstas no interviene el cuerpo electoral nacional, como, según el procedimiento de reforma de que se trate, permite o exige la Constitución (*cf.* arts. 167.3 y 168.3). La Ley Fundamental, además, sólo contempla el referéndum legislativo ordinario en el procedimiento de adopción y reforma de los Estatutos de Autonomía inicialmente de mayor relieve (arts. 151.2 y 152.2). Las Cortes, en cualquier caso, fijan definitivamente el contenido intelectual de todas las leyes formales, es decir, de la gran mayoría de las normas de superior jerarquía en un sistema caracterizado por el principio de legalidad (*cf.* arts. 9.3, 97, 103.1, 106.1 y 117.1 CE).

2.

La atribución del artículo 66.2 CE supone, de otra parte, que las *disposiciones con fuerza de ley* dictadas por el Gobierno de la nación o bien resultan fruto de una «extraordinaria y urgente necesidad» y poseen un carácter provisional, como ocurre con los Decretos-leyes, que precisan la inmediata «convalidación» del Congreso para prolongar su

vigencia (art. 86),² o bien se fundamentan en una preexistente ley formal de delegación, como sucede con los Decretos Legislativos (arts. 82 a 85). Además, las normas gubernamentales con fuerza de ley conocen amplios límites materiales. Unos límites coincidentes, en el caso de los Decretos Legislativos, con los objetos reservados a las leyes orgánicas (art. 82.1). En el supuesto de los Decretos-leyes, el art. 86.1 CE determina que «no podrán afectar 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»: prohibiciones, según se advierte, genéricas y por ello confusas, las cuales han suscitado no pocos problemas hermenéuticos y propiciado, por consiguiente, una importante doctrina jurisprudencial tendente a la precisión y restricción de aquéllas a fin de posibilitar un uso razonable por parte del Gobierno del necesario instrumento del Decreto-ley.³

² Existe abundante jurisprudencia constitucional acerca del denominado *presupuesto circunstancial habilitante* de la adopción de Decretos-leyes. Recogiendo esta jurisprudencia, la STC 68/2007 (FJ 6) recuerda, por lo que aquí importa, que la concurrencia de dicho presupuesto o condición circunstancial ha de dejarse en principio al margen de apreciación puramente política del Gobierno. Ahora bien, dado que el ejercicio de esta «facultad legislativa excepcional» se encuentra en «necesaria conexión» con la existencia del presupuesto habilitante, compete al Tribunal Constitucional asegurar que ese ejercicio se desenvuelve «dentro del marco trazado por la Constitución». Podrá, así, el TC, en los supuestos de uso abusivo o arbitrario de su potestad por el Gobierno, rechazar la definición que éste haga de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley carente del debido presupuesto habilitante «por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución». El fin que justifica la legislación de urgencia —entiende el Tribunal— es el de atender a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales» [sic] que, por razones difíciles de prever, requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el establecido para la tramitación parlamentaria de las leyes por el procedimiento normal o el de urgencia.

Al menos en una ocasión, el TC llegó a insinuar la eventual pérdida de vigencia sobrevenida de un Decreto-ley al desaparecer las circunstancias que lo motivaron. En la STC 6/1983, se habla, en efecto, de «sobrevvenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida» (FJ 7).

³ De obligada cita resultan al respecto las SSTC 113/1983, 29 y 60/1986, 23 y 228/1993, 182/1997 y 189/2005. En esta última sentencia precisamente recuerda el Tribunal Constitucional cómo, a propósito de la interpretación de los límites materiales de los Decretos-leyes, ha venido manteniendo una posición equilibrada, de modo que la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE («no podrán afectar») debe ser entendida de tal forma que ni reduzca a la nada al Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, ni permita que por Decreto-ley se regule el *régimen general* de los derechos, deberes y libertades del Título I de la Ley Fundamental (cfr. FJ 7).

Como es bien sabido, la justificación de la institución constitucional de la delegación legislativa se fundamenta tanto en razones de política legislativa como de tipo técnico.⁴ Es, no obstante, la complejidad de una materia, que la hace poco idónea para el debate parlamentario, lo que principalmente mueve a las Asambleas a encomendar al Gobierno la elaboración, con arreglo a una ley de bases, de un texto articulado de la misma. De otro lado, las razones técnicas se unen a los imperativos del principio de seguridad jurídica (art. 9.3) para promover la codificación por el Gobierno en un solo texto refundido de una pluralidad de normas legales dispersas sobre una determinada materia. El Decreto-ley, en cambio, es una disposición expresiva de la política gubernamental, cuya aprobación responde a una necesidad tal que no permite ni siquiera la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. La naturaleza de los Decretos Legislativos y de los Decretos-leyes ofrece, junto a aspectos comunes (ambos son disposiciones gubernamentales dotadas de fuerza de ley), peculiaridades relevantes: los primeros contienen «legislación delegada» (art. 85), los segundos son «disposiciones legislativas provisionales» (art. 86.1); aquéllos pueden ser controlables por los órganos judiciales ordinarios y por el TC,⁵ los Decretos-leyes sólo

Aparte de lo anterior, es obvio que la enumeración del art. 86.1 no puede tenerse por exhaustiva, quedando igualmente fuera del alcance lícito de los Decretos-leyes —como también de los Decretos legislativos— la reforma constitucional, los Presupuestos Generales del Estado (art. 134.1) o la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial (arts. 74.2 y 158.2). Tampoco cabe utilizar el Decreto-ley con el fin de sustituir la autorización de las Cortes Generales contemplada en el art. 94.1 para la celebración de tratados internacionales. Así lo precisa la STC 155/2005 (FJ 5), que además, y con carácter general, declara que la afectación prohibida en el art. 86.1 «no es... el único límite sustantivo al que la Constitución somete a los decretos-leyes, pues sobre éstos opera también... el conjunto de las reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos» (*ibidem*).

⁴ Según Ignacio de OTTO, la delegación legislativa encuentra su justificación «en la sobrecarga de los órganos legislativos, tanto mayor cuanto más crece el intervencionismo estatal y más extensas son las áreas sujetas a reserva de ley». También observa, empero, que tal justificación obedece igualmente a «la dificultad que supone en ocasiones que una materia técnicamente compleja se someta en todos sus extremos a la deliberación de las Cámaras» (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 182).

⁵ Como era de suponer, la oscura previsión del art. 82.6 CE (complementada por lo dispuesto en el art. 27.2 b) de la LOTC, tampoco excesivamente diáfano) acerca de la justiciabilidad de los Decretos Legislativos ha despertado abundante polémica en la doctrina científica y ha requerido la intervención del Tribunal Constitucional con el objeto de deslindar la competencia al respecto de la jurisdicción ordinaria (y, dentro de ella, no sólo del orden jurisdiccional

por este Tribunal; y, en fin, el control, de valor meramente político y no jurídico, de los Decretos Legislativos en sede parlamentaria forzosamente ha de resultar casi simbólico,⁶ en tanto que el de los Decretos-leyes por el Congreso resulta decisivo en orden a su convalidación o derogación. El control que efectúa el pleno del Congreso (o su Diputación Permanente, si la Asamblea se hallase disuelta o hubiera expirado su mandato: art. 78.2) sobre los Decretos-leyes en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación (art. 86.2) es un control político, no de legalidad. La derogación del Decreto-ley por el Congreso⁷ —supuesto casi nunca producido hasta ahora— debería entenderse, pues, como una manifestación de desconfianza de la Cámara hacia el Gobierno. Sin duda, en una forma de gobierno parlamentaria menos pervertida que la nuestra, cabría esperar entonces que el Gabinete dedujera las oportunas consecuencias políticas, según la trascendencia de la norma derogada y las demás circunstancias concurrentes. Naturalmente, ni el acuerdo de las Cortes declarativo del «uso correcto» de la delegación legislativa por el Gobierno (art. 153 RC), ni la convalidación de un Decreto-ley, ni la sustitución de un Decreto-ley por una ley adoptada mediante el procedimiento de urgencia del art. 86.3 CE (o, posteriormente, a través del procedimiento ordinario) aportan ningún plus de validez a estas disposiciones gubernamentales que las exima de control jurisdiccional. En relación con los Decretos-leyes,

contencioso-administrativo, convendría precisar) y de la jurisdicción constitucional, sobre todo en los supuestos de legislación delegada dictada *ultra vires* de las leyes de delegación. Mi propia opinión al respecto se halla concisamente expuesta en «Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 43, 1995, p. 210 *et passim*. Con posterioridad, el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa declara a ésta competente para conocer «de las pretensiones que se deduzcan en relación con... los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

⁶ Por el hecho de que las decisiones de las Cámaras, aparte de versar sobre una materia de la complejidad técnica aludida, no conllevan, en caso de que la legislación delegada se estime dictada *ultra vires*, la derogación de la misma, cosa que únicamente puede producirse mediante una norma con rango de ley. El control parlamentario de los Decretos Legislativos, además, sólo aparece previsto en el Reglamento del Congreso (arts. 152 y 153), dándose así por sentada la ausencia del Senado en tal procedimiento. De forma que induce a confusión, el art. 153.5 RC determina que «los efectos *jurídicos* del control serán los previstos en la Ley de delegación».

⁷ Que, ciertamente, se efectuaría mediante un *acto con fuerza de ley*, según la terminología empleada por el art. 27.2 b) de la LOTC, como lo sería igualmente el de convalidación, ambos sólo controlables *ex Constitutione* por el Tribunal Constitucional.

ya desde 1983 la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional resulta tajante, manteniéndose inalterada hasta el presente.⁸

3.

Aparte de darse en la Constitución abundancia de reservas materiales de ley (ya de ley ordinaria, ya de ley orgánica), la potestad legislativa conferida a las Cortes comprende también, como efecto de la superioridad jerárquica atribuida a las leyes (*cf.* arts. 9.3, 97, 103.1 y 106.1), la facultad de reserva formal o autorreserva;⁹ de modo que la competencia del Parlamento en orden a la producción de normas con rango de ley es potencialmente de alcance universal. Excepto, claro está, por lo que atañe a las leyes orgánicas, donde, habida cuenta de su rigidez (art. 81.2 CE), no es posible la reserva formal.¹⁰

⁸ Así, en la, por diversos conceptos, importante STC 155/2005 (FJ 2), recuerda el Tribunal cómo ha sostenido siempre que «es algo fuera de duda» que «el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley, siguiendo lo que dispone el art. 86.3», pues el interés constitucional «de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del art. 86.1... no puede considerarse satisfecho por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del art. 86.3», ya que si bien «pudiera... pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación dirigida... al Decreto-ley, ... esto no es así, pues... velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del art. 86.3» (STC 111/1983, FJ 3). En este tipo de supuestos —añade la STC 155/2005—, y aunque la ley haya derogado tácitamente al Decreto-ley, «el enjuiciamiento constitucional de este último es cuestión cuyo interés va más allá de la vigencia de sus preceptos, pues en otro caso sería imposible asegurar la observancia de las condiciones que el art. 86 establece específicamente para la emisión de Decretos-leyes. La Constitución únicamente admite la legislación de urgencia bajo condiciones cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que los efectos derogatorios de la legislación sobrevinida o los convalidantes de la asunción del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados puedan corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insubsanable, pues, en otro caso, los límites del art. 86 CE sólo serían operativos en el tiempo que media entre el Decreto-ley y su convalidación o conversión en ley, esto es, en un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse».

⁹ Como tempranamente afirmó el Tribunal Constitucional, «no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador» (STC 35/1982, FJ 2).

¹⁰ La cual sería, por tanto, inconstitucional. En la STC 5/1981 afirma, en efecto, el Tribunal que «si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (artículo 81.2 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias», y proclama taxativamente la disconformidad con la Constitución de la ley orgánica que invada materias reservadas a la ley ordinaria (FJ 21). Y en la resolución del célebre *caso LOAPA* entiende el TC que «el hecho de que el legislador constituyente haya optado por determinaciones

Tampoco la Ley de presupuestos admite, a criterio del Tribunal Constitucional, preceptos ajenos a la *materia presupuestaria*.¹¹

específicas de reservas de Ley Orgánica y no por una previsión generalizada hace imposible la extensión de esas reservas a otras materias por considerarlas de análoga importancia en materia autonómica», «importancia que sin duda fue ya ponderada por el legislador [constituyente] en el momento de fijar dichas reservas» [STC 76/1983, FJ 2 b)].

Así, cuando una ley ordinaria se promulga como orgánica incurre en inconstitucionalidad por «exceso» de rango, inconstitucionalidad que radica en aquella de sus normas, tácita o explícita, que le confiere ese rango y que, por tanto, pretende otorgarle la eficacia formal específica del mismo, su característica fuerza activa y pasiva. Mas, como parece difícil que el supuesto se dé en estado puro, es en aquellos casos en que una ley orgánica contenga, junto a preceptos propios de semejante tipo de leyes, otros ajenos a tal reserva legal donde se plantea realmente el problema. El Tribunal Constitucional —principalmente en las sentencias citadas en esta nota [FJ 2 I y 5 I d), respectivamente]— ha tratado de resolverlo elaborando una doctrina de las «materias conexas», de la cual importa destacar aquí la obligación del legislador de precisar en la ley orgánica qué preceptos no tienen carácter orgánico y por consiguiente resultan modificables mediante ley ordinaria. Si tal precisión o declaración no existe «o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la Sentencia correspondiente de éste la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad, deba indicar qué preceptos de los contenidos en una Ley orgánica pueden ser modificados por Leyes ordinarias...» [STC 5/1981, FJ 21 c)]. En suma, lo único que en los supuestos contemplados aparece comprometido es la validez de la disposición que atribuye a la ley el rango de ley orgánica y no la validez de sus restantes preceptos. Consecuentemente, esta ley únicamente cabe que sea impugnada a través del recurso y no de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el fallo del juez *a quo* es independiente de la mayor o menor fuerza pasiva de la norma aplicable al caso enjuiciado o del eventual pronunciamiento anulador del precepto que expresamente otorgue a la ley su carácter de orgánica.

¹¹ Se trata, por consiguiente, de un supuesto que guarda bastantes similitudes con el de la *reserva material negativa* de las leyes orgánicas. Según el Alto Tribunal, «para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno. El cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las Leyes de Presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE)» [STC 76/1992, FJ 4 a)].

Con arreglo a esta tesis jurisprudencial, resulta, pues, que existe separación competencial entre Ley de Presupuestos y ley ordinaria y que aquélla, constreñida a no regular otras materias que las específicas de su núcleo privativo (o las conexas), infringe la Constitución

No hay, pues, en nuestro sistema constitucional reserva material reglamentaria a favor del Gobierno, aunque su potestad de adopción de este tipo de disposiciones, instituida por la Constitución misma (art. 97) sin referencia a materia concreta, tampoco necesita habilitación legal previa para su ejercicio, ni siquiera en el supuesto de los reglamentos *secundum legem*, o, menos aún, en los reglamentos *praeter legem*, perfectamente lícitos en el Derecho español.¹² Por consiguiente, si la ley puede regular cualquier materia —y además necesariamente ha de regularse mediante semejante forma normativa aquella materia que le está constitucionalmente atribuida—, al reglamento le cabe, cuando la reserva legal es material, desarrollar la ley en lo que exceda de la materia reservada; sin que, tanto en esos casos cuanto en los de autorreserva o en los de inexistencia de reserva de ninguna clase, el reglamento pueda contradecir lo dispuesto en las leyes. En fin, si el legislador decide *deslegalizar* una materia, o sea, que en el futuro los preceptos legales sean modificados o derogados reglamentariamente (aunque, desde el punto de vista técnico, realmente se trate de una derogación aplazada efectuada por la propia ley deslegalizadora), ello únicamente es posible en ausencia de reserva material de ley.

De resultas de todo esto, queda claro que la potestad reglamentaria del Gobierno no es, meramente, una parte de su función ejecutiva. La Constitución (art. 97) distingue claramente entre ambas al enunciar cada una

si su regulación excede de la reserva negativa que el TC le asigna. Mi opinión contraria a la doctrina del Tribunal la expuse en un breve comentario: «Los límites materiales de las Leyes de Presupuestos: creación jurisprudencial de una reserva legal negativa» (STC 76/1992), *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 5, año 1993, pp. 197-201. Una opinión favorable, en cambio, a dicha doctrina puede encontrarse en I. Torres Muro, «Las peculiaridades de la Ley de Presupuestos en la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 49, 1997, pp. 311-328.

¹² El que el reglamento no requiera en nuestro Derecho habilitación legal caso por caso, por encontrar ya habilitación directa y general en la Constitución, no significa que el Gobierno goce de plena libertad para ejercer su potestad reglamentaria en cualquier momento, incluso en ausencia de ley previa. Como escribe DE OTTO, «cuando la reserva de ley se hace verticalmente, atribuyendo a la ley la normativa básica, ésta ha de constituir el marco de cualquier posible normativa ulterior y por ello la preexistencia de la ley es totalmente necesaria, porque la propia Constitución parte de una diferencia entre lo fundamental y básico y la normativa complementaria o de desarrollo, de modo que esta segunda sólo tendrá objeto si previamente existe la primera. Así, si se entiende que la reserva del art. 25.1 exige que haya una predeterminación legal de las infracciones y sanciones administrativas, es claro que el reglamento habrá de tener ahí una posición subordinada y que no podrá dictarse si no existe previamente la ley que lo condiciona» (*op. cit.*, p. 232).

de modo específico. Por tanto, no es sólo que el Gobierno, al desarrollar mediante reglamento lo establecido en las leyes, realice una opción política propia, sino que tal opción política se evidencia asimismo en todas las formas de ejercicio de la potestad reglamentaria. Ello sucede incluso en los supuestos de *remisión normativa*, allí donde la ley llama expresamente a la colaboración del reglamento, dependiendo la mayor o menor autonomía gubernamental de factores tales como la amplitud de la reserva material constitucionalmente establecida (aspecto objetivo), de la extensión de la regulación legislativa mediante la técnica de la reserva formal y de las directrices del legislador contenidas en las propias cláusulas de remisión (aspectos subjetivos). La libertad del reglamento frente a la ley —cuestión de extrema importancia en el control jurisdiccional de la validez de las normas reglamentarias— tiene, sin embargo, menor trascendencia en el plano de la forma de gobierno, ya que el propio procedimiento legislativo en las Cortes Generales se halla dirigido por el titular de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva, en ejercicio de su función de dirección de la política.

¿Por qué, si a las Cortes les cabe siempre (salvo en materia de ley orgánica) acudir a la reserva formal de ley, resulta tan abundante —hasta incurrir a veces en la exageración— el número de reservas materiales de ley en el texto constitucional? También nos podemos hacer esta otra pregunta, previa lógicamente a la anterior: ¿por qué se han instituido reservas materiales si las Cortes tienen a su libre disposición el recurso a la autorreserva?

En la justificación de esta suma de reservas de distinta especie (materiales y formales) confluyen diversas explicaciones. El constituyente de 1978 tuvo a la vista, en primer lugar, el sistema constitucional franquista, que, en punto a organización de la forma de gobierno, indudablemente se trataba de alterar *in toto*. El creador del régimen había conservado hasta su fallecimiento una potestad legislativa, ordinaria y constituyente, distinta de la de las Cortes. En su evolución normativa última en vida del Caudillo, dicho sistema diseñaba para el sucesor en la Jefatura del Estado una forma de gobierno de rasgos próximos al dualismo monárquico decimonónico —o sea, a la Monarquía limitada, constitucional o moderada—¹³, aunque con

¹³ Sobre las características de esta forma de gobierno, véase DE OTTO, *op. cit.*, pp. 133-135 *et passim*. Acerca del sistema constitucional franquista como una Monarquía limitada de estructura polisinodial, véase FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *La Constitución española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, pp. 52 y ss.

la distorsión del paradigma que suponía el mantenimiento de unas Cortes corporativas y estamentales.¹⁴ La distorsión desapareció con la Ley para la Reforma Política de 1977 y la institución por ella de un Parlamento nacional elegido casi en su totalidad mediante sufragio universal directo, pero los restantes aspectos de la forma de gobierno (y, en particular, la competencia legislativa materialmente limitada de las Cortes)¹⁵ quedaban, en conjunto, indemnes.

En segundo lugar, quiso el constituyente, mediante la profusión de reservas materiales de ley —muy a menudo, además, de reservas reforzadas de ley orgánica—, potenciar la legitimidad parlamentaria de las decisiones que, acertadamente o no, juzgó de mayor trascendencia política, institucional o social. Así, en un sistema de democracia eminentemente representativa, donde incluso cabe constatar el *horror populi* experimentado por los padres de la Constitución,¹⁶ la larga lista de reservas mate-

¹⁴ Véanse la Ley Orgánica del Estado de 1967 [principalmente los arts. 10 b), 13 II, 41, 51, 52 y la disposición transitoria primera] y, en su integridad, la Ley constitutiva de las Cortes de 1942 modificada por la primeramente citada. Sobre el singular carácter representativo de las Cortes de las Leyes Fundamentales antes y después de 1967, v. Joaquín Varela SUANZES-CARPEGNA e Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, «Leyes Fundamentales y democracia orgánica. Aproximación al ordenamiento jurídico-político franquista», en F. FERNÁNDEZ-CREHUET (ed.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 2008, pp. 226-228 *et passim*.

¹⁵ Cfr. arts. 10 y 12 de la Ley constitutiva de las Cortes de 1942.

¹⁶ Los referendos plebiscitarios de la época franquista (1947 y 1966), celebrados en ausencia de pluralismo democrático y destinados —so capa de un supuesto proceso de «institucionalización»— a la simple legitimación del dictador, y la propia doctrina contraria a la representación parlamentaria del pueblo que proclamaba la Ley de Referéndum de 1945 (en cuyo preámbulo se leía que su finalidad era «garantizar a la nación contra el desvío que la historia política de los pueblos viene registrando de que en los asuntos de mayor trascendencia o interés público, la voluntad de la nación pueda ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios») influyeron negativamente en los constituyentes opuestos al régimen de Franco. El uso por el General De Gaulle y sus sucesores del referéndum con idénticos objetivos plebiscitarios, aun dentro del marco de libertades de la Constitución de la V República francesa, les confirmó en tal aprensión, sin que el modelo italiano de democracia directa, con la posibilidad de utilizar el referéndum abrogatorio frente a las leyes «progresistas» aprobadas por las Cámaras parlamentarias, la aliviara de ninguna manera. Así, aunque el Anteproyecto de Constitución preveía en su art. 85 tres tipos de referendos —uno de aprobación de las leyes votadas por las Cortes pero aún no sancionadas, otro sobre las decisiones políticas de especial trascendencia y otro de derogación de leyes en vigor, en el que, siguiendo el precedente de la Constitución de 1931, cabía la iniciativa popular—, tales previsiones se redujeron a sus modestas proporciones definitivas en el curso de su debate en la Comisión Constitucional del Congreso. Ello se debió a la aceptación de una enmienda *in voce* del Diputado comunista Sr. Solé Tura, muy sensibilizado por los ejemplos menciona-

riales de ley evidencia, frente a la organización del sistema constitucional anterior, el firme propósito de parlamentarizar fuertemente el proceso de creación jurídica primaria. Parlamentarización a la cual, precisamente por la reserva material expresamente contenida en la Constitución, se halla sujeto el Parlamento mismo, que no es *dominus*, sino intérprete —y tampoco intérprete supremo, papel atribuido en nuestro Derecho al Tribunal Constitucional— del alcance de las materias reservadas, de las que no se puede desapoderar en beneficio del Gobierno o de las Administraciones Públicas. De esta guisa, dicho proceso abre forzosamente sus ventanas al debate público y plural, a la vez que, fijándose el mandato legislativo exclusivamente por las Cortes, se le aleja de los peligros de la demagogia plebiscitaria que los autores de la Constitución asociaban a los institutos de democracia directa.

En tercer lugar, a pesar de ser perfectamente conscientes de los cambios acaecidos en el parlamentarismo contemporáneo y del respectivo peso que en él poseen el Gobierno y las Asambleas, los constituyentes creyeron sin duda encontrar un importante factor de equilibrio, frente a la función directiva del Gabinete sostenido por la mayoría del Congreso de los Diputados, en la institución de las reservas materiales de ley. Ciertamente, en estrictos términos taxonómicos, no existe forma de gobierno parlamentaria sin un cierto equilibrio entre el Gobierno y la Cámara que le otorga su confianza. Y la Constitución española ha creado diversos mecanismos para alcanzarlo, incluso introduciendo, en el ámbito de las reservas materiales de ley, las reservas de carácter cualificado o reservas procedimentales, como son, sobre todo, las muy abundantes reservas de ley orgánica, disposiciones cuyo procedimiento de aprobación, modificación o derogación exige, al menos, «la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto» (art. 81.2 CE).

Así, pues, a través de las reservas materiales de ley, la Constitución ha seleccionado — y lo ha hecho vinculando al legislador mismo— los objetos de necesaria regulación parlamentaria. En tales materias la función nomotética estatal aparece subjetivizada en las Cortes Generales (o, en su caso, en las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas).

dos. La defensa, bastante calurosa, del texto originario corrió a cargo del representante de Alianza Popular, Sr. Fraga Iribarne, que contraponía democracia a partitocracia (cfr: F. SAINZ MORENO, ed., *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, vol. II, 1980, pp. 1308-1318).

Esta imposición objetual y la exigencia de su tratamiento normativo por un procedimiento legislativo democrático convierten a las reservas materiales en determinación constitucional de «la identidad del legislador entre los poderes del Estado».¹⁷

4.

Tanto las leyes formales como las llamadas por el constituyente «disposiciones normativas con fuerza de ley» integran la categoría de las normas «con rango de ley» (arts. 161.1 a, 163 y 164.1 CE). Naturalmente, la *fuerza* de ley la poseen todas las normas de rango legal, si bien no sólo ellas. La *fuerza activa y pasiva* propia (en diversos grados de intensidad) de las leyes debe atribuirse igualmente a los tratados internacionales y a las normas del derecho derivado de la Unión Europea. Por su parte, los reglamentos parlamentarios, normas expresivas de la autonomía de las Cámaras, tienen fuerza pasiva frente a las leyes.¹⁸ Y, según hemos apuntado ya, el acto mediante el cual el Congreso de los Diputados convalida o deroga un Decreto-ley, que es, según la Constitución, una disposición legislativa provisional, goza de fuerza legal activa en relación con ella.

El acto con fuerza de ley del art. 86.2 CE, como páginas atrás hicimos notar, resulta relevante desde el punto de vista de la forma de gobierno. Entre el Gabinete y el Congreso existe una relación fiduciaria que también repercute en este trámite, y así lo acredita la práctica constante de convalidar sin excepción los Decretos-leyes en dicha sede parlamentaria.¹⁹ Empero, no faltan supuestos en que un Gobierno carente del respaldo de la mayoría absoluta de los diputados deba pactar la convalidación a cambio de la tramitación de la disposición convalidada como proyecto de ley por el proce-

¹⁷ DE OTTO, *op. cit.*, p. 242.

¹⁸ Sobre las relaciones entre las distintas clases de reglamentos parlamentarios y las leyes, véanse mis *Estudios Parlamentarios, op. cit.*, pp. 120-122, 142 y ss. *et passim*.

¹⁹ Sólo en una ocasión acordó el Congreso la derogación de un Decreto-ley *ex art.* 86.2 CE. Lo hizo, ya disuelta la Cámara, su Diputación Permanente, en ejercicio de la facultad que le otorga el art. 78.2 CE, respecto del Real Decreto-ley 1/1979, de 8 de enero, por el que se prorroga por el tiempo indispensable la actuación de la Junta Central de Acuartelamiento. El órgano de continuidad del Congreso entendió, contra el parecer del Gobierno, que resultaba innecesario acudir a la adopción de una norma con fuerza de ley en un asunto para cuya regulación bastaba con un Real Decreto (*cf.* *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, sesión de la Diputación Permanente del 6 de febrero de 1979, pp. 22-33). Este extravagante episodio evidencia tanto la bisoñez de la aplicación institucional de la Constitución cuanto la orfandad parlamentaria de la UCD.

dimiento de urgencia (art. 86.3 CE), lo que supone aceptar la modificación parlamentaria posterior del contenido del Decreto-ley.²⁰

También puede advertirse tal relevancia en clave de forma parlamentaria de gobierno en el supuesto de los tratados. El texto constitucional demanda que los más importantes obtengan la previa autorización de las Cortes mediante dos procedimientos. El primero es el de aprobación de las leyes orgánicas, exigido cuando se hayan de autorizar aquellos tratados «por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93). No es, entiéndase bien, que estos tratados revistan forma de ley orgánica, sino que su celebración debe autorizarse por esa clase de leyes. A continuación (art. 94.1), la Constitución contempla la existencia de un procedimiento paralegislativo²¹ en orden a otorgar la previa autorización de las Cortes para la prestación del consentimiento del Estado a fin de obligarse por medio

²⁰ Véanse ejemplos de tales supuestos en el diario *El País* del 27 de marzo de 2009, p. 24. Debe tenerse en cuenta que la convalidación o derogación por el Congreso de un Decreto-ley ha de efectuarse en bloque, sin posibilidad, por tanto, de alterar el texto del Gobierno (art. 151 RC).

²¹ Que sigue las reglas del *iter legis* común, con algunas singularidades. El Reglamento del Congreso lo incluye fuera del procedimiento legislativo, dentro del Título VII, consagrado al «otorgamiento de autorizaciones y otros actos con eficacia jurídica directa». Por contra, el Reglamento del Senado lo incluye dentro del Título IV, dedicado al procedimiento legislativo, ubicándolo dentro de los procedimientos legislativos especiales. Ello revela la perplejidad de las propias Cámaras acerca de la naturaleza del acto de autorización, fruto del hecho de que no se comprende fácilmente por qué el constituyente no siguió la pauta del art. 93, exigiendo igualmente una ley para autorizar la celebración de estos tratados. A. REMIRO BROTONS, tras recordar que nuestras anteriores Constituciones dispusieron la autorización legislativa de los tratados y evocar el ejemplo en tal sentido de las Constituciones de otros países de nuestro entorno, entiende acertada, sin embargo, la regulación de la Constitución de 1978. «Un distanciamiento del procedimiento legislativo... facilita [escribe] la conciencia de la singularidad del acto requerido de las Cortes, la conveniencia de adaptar su tramitación a su peculiar naturaleza y la libertad para mejor ordenarla. Todo ello sin perjuicio de una remisión residual al procedimiento legislativo por motivos de economía procesal» (cfr. «Artículos 93 y 94. Tratados internacionales», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VII, Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1998, pp. 569-571). Esta tesis refleja, no obstante, una concepción material de la ley que no halla acomodo en el texto constitucional. En cambio, el autor citado se pregunta con razón por qué el constituyente no extendió el régimen de los tratados del art. 93 a alguno de los tipos del art. 94.1. ¿Cómo no advertir, se pregunta, el desajuste entre la exigencia de leyes orgánicas para el desarrollo en el orden interno de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 81.1) o la alteración de los límites provinciales (art. 141.1) y la posibilidad de prescindir de ellas en el tipo de tratados del art. 94.1 c? (cfr. *ibidem*, p. 574).

de tratados o convenios internacionales de la siguiente clase: a) de carácter político; b) de carácter militar; c) los que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I; d) los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; y e) los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. En estos casos, el Gobierno ha de solicitar la autorización de las Cortes Generales empezando por el Congreso. Según el art. 74.2 CE, si no hubiera acuerdo entre las Cámaras, se intentará obtener por una Comisión Mixta paritaria, la cual presentará un texto que se someterá a la aprobación de aquéllas. De persistir el desacuerdo, decidirá el Congreso por mayoría absoluta. Significativamente, nunca ha tenido lugar el desacuerdo inicial y, por tanto, nunca ha sido preciso crear esa Comisión de conciliación. Tal vez el Senado no ha querido interferir en las relaciones entre el Gobierno, que dirige la política exterior (art. 97 CE), y un Congreso que, congruentemente con el respaldo mayoritario que otorga al Gabinete, posee la facultad decisoria en materia tan delicada y de tanto fuste como la autorización de semejantes tratados (o de la denuncia de los mismos: *cf.* art. 160 RC). El procedimiento de los arts. 74.2 y 94.1 CE, de otra parte, no concluye en la aprobación de una ley, como, en cambio, sucede con los tratados a que se refiere el art. 93, sino en la adopción de un acto parlamentario de autorización, cuya naturaleza legislativa creo que no puede tenerse por evidente, al carecer de eficacia formal *ad extra* del proceso de celebración del tratado, al que no aporta fuerza activa. Por último, dispone el art. 94.2 CE que el Congreso y el Senado serán inmediatamente informados —obviamente por el Gobierno (arts. 159 RC y 146 RS)— de la conclusión de los restantes tratados o convenios.²²

Examinemos seguidamente la posición de los tratados en nuestro sistema jurídico-constitucional. La primacía de los tratados internacionales en los casos de antinomia con el derecho interno —incluidas las normas dotadas de

²² Un detenido examen de las distintas clases de tratados contemplados en la Constitución y de su respectiva delimitación material, así como de la posición del Gobierno y de las Cortes en el proceso de su negociación, autorización, celebración y ejecución se contiene en A. REMIRO BROTONS, *ibidem*, pp. 511-591. Véanse igualmente J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. ÁNDREZ SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4.^a ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 244 y ss., y J. Díez-Hochleitner, «Artículo 94», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1584 y ss.

rango de ley— corresponde garantizarla a los órganos judiciales ordinarios. En efecto, el artículo 96 CE reconoce expresamente la fuerza pasiva de los tratados internacionales, cuyas disposiciones «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional»; de manera que una ley posterior a un tratado y contraria a él es indudablemente *inválida*, lo que no significa que haya jerarquía entre tratado y ley, sino entre ésta y la Constitución, que impone un método exclusivo de alteración de los tratados, del que las normas puramente internas se hallan excluidas.²³

²³ No obstante, según DE OTTO, «la relación entre el tratado y las leyes *posteriores* se articula sobre la base de reglas de aplicación. Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero eso no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una peculiar resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior contraria al tratado» (*op. cit.*, p. 126). También J. L. REQUEJO PAGÉS, por su parte, entiende que los efectos de las normas internacionales sobre las leyes posteriores se rigen por el principio de la aplicabilidad y no por el criterio de la validez. La Constitución, observa, no atribuye a los tratados una posición de supremacía jerárquica sobre las leyes, siendo los tratados parámetro de aplicabilidad y no de validez de las futuras leyes. Si bien en el art. 96 CE «se ha querido ver la confirmación constitucional de la supremacía jerárquica de los tratados, tal precepto no hace sino destacar la autonomía de los sistemas interno e internacional en lo que a la validez de sus normas propias se refiere». La clave radica en que las condiciones de validez del tratado «vienen impuestas por el sistema internacional, limitándose el interno a decidir acerca de su aplicabilidad» (*Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 46-47). Sobre las categorías de la validez y de la aplicabilidad, aquella «para resolver eventuales antinomias entre normas pertenecientes a un mismo sistema normativo» y ésta «para los supuestos de contradicción entre normas integradas en sistemas diversos», véase, también de Requejo, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 21 y ss. *et passim*.

Acaso sea una cuestión meramente terminológica, puesto que lo importante es que un órgano judicial no puede aplicar una ley contraria a un tratado preexistente. A pesar de ello, y terciando en el debate conceptual, conviene advertir que la invalidez de una norma no conlleva necesariamente su nulidad, pudiendo conducir únicamente a su inaplicación. Tal sucede, v. g., en el control de constitucionalidad de las leyes propio de la *judicial review*. Así ocurre igualmente en el nuestro cuando la declaración de inconstitucionalidad no puede ir seguida de la declaración de nulidad que, sin embargo, preceptúa el art. 39.1 LOTC (véase al respecto mi trabajo «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 7, 1995, pp. 33-48). A su vez, no es preciso que la inaplicabilidad tenga como presupuesto la invalidez, la cual resulta inexistente, además de en los supuestos de derogación, en aquellos en que, debido a los efectos del principio dispositivo en la configuración del Estado autonómico, una norma estatal sea aplicable en

Esa invalidez, sin embargo, no ha de llevar al juez ordinario a plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad respecto de semejante ley por considerarla judicialmente inmune y, consiguientemente, ajena a su jurisdicción. Primero porque, de acuerdo con lo previsto en el art. 163 CE, únicamente resultan cuestionables las normas con rango de ley que puedan ser contradictorias con la Constitución, no con un tratado o con el derecho comunitario europeo.²⁴ La cuestión de inconstitucionalidad es,

unas Comunidades Autónomas e inaplicable en otras. Con esto queda claro, a mi juicio, que la distinción verdaderamente operativa es la de validez/invalidez y no la de validez/aplicabilidad, que los efectos de la invalidez pueden ser la nulidad o la inaplicación, según proceda, y que, como he dicho, la inaplicabilidad cabe que sea mero producto de la derogación y no de la invalidez. Nótese también que validez y aplicabilidad no son, como pretende Requejo, categorías destinadas, respectivamente, a resolver antinomias dentro de un único sistema normativo o colisiones interesistémicas. En el caso de los tratados internacionales, nos hallamos ante normas que, por mandato de la Constitución, forman parte del ordenamiento interno y cuya peculiar fuerza pasiva se encuentra establecida constitucionalmente (art. 96).

²⁴ La STC 28/1991 (FJ 5) dejó claro que «la supuesta contradicción de los Tratados por las leyes o por otras normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional..., sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan». Lo propio sucede si la antinomia se produce con la normativa comunitaria europea, asunto que «no convierte en litigio constitucional lo que es sólo un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (*ibidem*). Esta posición del TC evidencia que los tratados internacionales, a pesar de que su fuerza pasiva se halla determinada constitucionalmente, no pertenecen al bloque de la constitucionalidad. Y, en efecto, sin que tal dato resulte concluyente, no aparecen enumerados en el art. 28 de la LOTC.

No obstante, la STC 58/2004 precisa que la inaplicación, por los órganos judiciales, de la ley nacional contraria al Derecho comunitario europeo únicamente procede cuando tal contradicción exista sin duda alguna y no haya habido necesidad de resolverla por vía prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El razonamiento del Tribunal Constitucional en este punto puede extractarse (FJ 11 y 12) como sigue: «el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías», tanto más cuanto que, según se decía en la STC 173/2002 (FJ 9), en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular, como declara el Preámbulo de nuestra Constitución, y principio básico del sistema parlamentario vigente en España. Por consiguiente, continúa la STC 58/2004, no corresponde al Tribunal Constitucional decidir si existe o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justifique la inaplicación de aquélla en beneficio de éste sino, única y exclusivamente, si el juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE), o, por el contrario, estaba obligado previamente a plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE en orden a dejar inaplicado el Derecho español. Cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si la ley

así, un mecanismo procesal de depuración de la *legitimidad constitucional* de las leyes exclusivamente, sin que quepa entender que la vulneración de un tratado por una ley suponga a la vez la infracción del art. 96 CE, que fija la posición de los tratados en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, porque la falta de inmunidad judicial de las leyes no se limita a las que contravengan un tratado internacional o una norma europea, sino que, como bien se sabe, comprende también a todas aquellas que, de carácter preconstitucional, pueden ser objeto de inaplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios si las consideran contrarias a la Constitución y, consecuentemente, derogadas por ella (aunque cabe igualmente que los órganos judiciales trasladen la potencial antinomia a la jurisdicción constitucional). En tercer lugar, porque la inaplicación de las leyes en los casos señalados de oposición a tratados internacionales o normas comunitarias no infringe el art. 117.1 CE, como, sin embargo, viene a sostener el Consejo de Estado.²⁵ La proclama-

contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si la ley es contraria al Derecho comunitario y se dan las circunstancias para tal planteamiento, deben convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. «Los Jueces y Tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente que el art. 117.3 CE no faculta al juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE) y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE)».

¿Cabe entender que esta doctrina es aplicable también si la norma interna es de carácter reglamentario? Así es, sin duda, porque, en definitiva, lo que constituye la infracción del artículo 24.1 no es, propiamente, el *exceso de jurisdicción* del órgano judicial que inaplica indebidamente una norma con rango de ley, sino la decisión de aquel que no se sujeta al sistema de fuentes establecido. Ello supone que, por esta vía, la recta interpretación del Derecho comunitario podría tener acceso al recurso de amparo.

²⁵ En su informe de 2006 sobre la reforma de la Constitución, y refiriéndose a la eventual contradicción entre una norma europea y una norma interna de rango legal, observa el Consejo de Estado que «como, de acuerdo con la doctrina *Simmenthal*, el juez “europeo” ha de inaplicar la norma nacional sin cuestionarla previamente ante el Tribunal Constitucional, la sujeción a la ley nacional se transforma en una sujeción de otro género. Sujeción al Derecho, si se quiere, pero no sujeción a la ley formal...» (*El informe del Consejo de Estado*

ción constitucional de que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial se hallan «sometidos únicamente al imperio de la ley», según reza el citado precepto constitucional, no se refiere sólo a la ley formal o, más ampliamente, a las normas de rango legal, sino a *todo el Derecho*, como claramente exige el art. 9.1 CE. Además, aunque no se llegara a tal conclusión, el art. 117.1 no consagra la inmunidad judicial de las leyes, que, en cambio, se deriva de lo dispuesto en el art. 163, a su vez en concordancia con los arts. 161.1 a) y 164.1 del texto constitucional. La sola sumisión a la ley —o, mejor, al ordenamiento en su integridad— significa la independencia de cada órgano judicial, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, frente a todos los poderes estatales, incluidos los órganos judiciales superiores.

En lo que respecta a la fuerza activa de los tratados, el efecto derogatorio de los mismos sobre las leyes anteriores a las que se opongan lo reconoce expresamente la propia Constitución en su art. 94.1 e). Pero no son únicamente los tratados cuya celebración ha sido autorizada conforme a este procedimiento los únicos dotados de eficacia abrogatoria, sino también los tratados autorizados mediante ley orgánica, ya que en ambos supuestos el método democrático de autorización integra la válida incorporación de tales tratados al ordenamiento interno *ex art. 96.1 CE*, incorporación que es la que genera dicha efectividad.²⁶ Por lo mismo, la razón por la que el efecto

sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos, edición a cargo de F. RUBIO LLORENTE y José ÁLVAREZ JUNCO, Madrid, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 92-93). «El deber que nuestros tribunales tienen de asegurar la primacía del Derecho europeo sobre el puramente interno —prosigue el informe— les obliga a inaplicar las normas españolas, cualquiera que sea su rango, cuando estén en contradicción con normas europeas; poder que *prima facie* parece incompatible con su sujeción al imperio de la ley que la Constitución proclama (artículo 117.1). Esa sujeción es absoluta en lo que toca a la Constitución misma y, en lo que respecta a las normas con rango de ley, está atenuada sólo por la facultad de cuestionar su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (artículo 163)». De otra parte, la afirmación de la STC 28/1991 de que la resolución del problema de las relaciones entre normas comunitarias y leyes nacionales corresponde a los órganos judiciales, cree igualmente el Consejo de Estado que «no deja de suponer una alteración en los poderes del juez ordinario frente a los de los Parlamentos nacional y autonómicos que el constituyente español expresamente quiso limitar...» (*ibid.*, pp. 93-94). Véase también *ibidem*, p. 116.

²⁶ La cuestión resulta bastante compleja y doctrinalmente controvertida. DE OTTO, por ejemplo, se limita a afirmar en este punto que «los tratados pueden innovar el ordenamiento jurídico derogando o modificando leyes *sólo cuando han sido aprobados con intervención del poder legislativo*», caso en el que «las relaciones entre el tratado y las leyes anteriores a él se articulan sobre la base de la validez», equiparándose leyes y tratados cuando éstos han sido aprobados con ley orgánica o con autorización de las Cortes y subordinándose el

derogatorio de las leyes anteriores no puede predicarse de los tratados del art. 94.2 CE consiste, pues, en que semejante eficacia formal se encuentra constitucionalmente reservada, en virtud del principio del *contrarius actus*, a los tratados autorizados parlamentariamente, sin que «los restantes tratados o convenios» sean, no obstante, de rango inferior a aquéllos.²⁷ Esa derogación —y la consiguiente inaplicación al caso de la disposición legislativa— corresponde constatarla a los Jueces y Tribunales ordinarios,

tratado a la ley «cuando aquél ha sido aprobado sólo por el Gobierno, supuesto en el que el tratado será nulo (sic) si contradice a la ley» (*op. cit.*, pp. 125-126).

L. M. Díez-PICAZO señala las «dificultades dogmáticas» de la afirmación de que los tratados con intervención parlamentaria pueden derogar leyes. Ante todo, escribe, hay que tener en cuenta que esa intervención «no tiene el significado, ni en el art. 93 ni en el art. 94.1 CE, de un acto de *incorporación* del tratado al Derecho interno. La incorporación, más bien, es automática, según el inciso inicial del art. 96.1 CE. La intervención parlamentaria, bajo cualquiera de sus dos formas, es un acto de *autorización* para la celebración de un tratado internacional y, por tanto, un acto previo al nacimiento mismo de éste...». Así, «el verdadero acto normativo no es la autorización parlamentaria —aunque en el caso del art. 93 CE revista la forma de ley orgánica—, sino el tratado mismo. Todo ello convierte en extraordinariamente difícil sostener que es en la intervención parlamentaria donde radica el acto de derogación: si no hay potestad normativa, no cabe hablar de derogación». Por consiguiente, concluye, la clave se halla necesariamente en el art. 94.1 e) CE, que hace que la derogación se realice por parte del tratado mismo, una vez incorporado al Derecho interno. Esto, por lo demás, «es aplicable *a fortiori* a los tratados previstos en el art. 93 CE. En consecuencia, la derogación de leyes por parte de tratados internacionales se produce a través de un mecanismo especial y por expresa previsión del art. 94.1. e) CE» (*La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 136-137).

²⁷ Como aduce L. I. Sánchez Rodríguez, no es correcto sostener que la Constitución otorga distinto rango normativo a los tratados en el sistema interno de fuentes según el procedimiento empleado para su celebración. Los mecanismos de los arts. 93 y 94 CE sólo gradúan el control parlamentario de la política exterior del Gobierno «en función de la trascendencia política de los tratados incluidos en los respectivos apartados. La prueba es que el art. 96.1 no distingue distintos procedimientos en orden a la derogación, modificación o suspensión de la aplicación de cada uno de ellos, sometiénolos a un régimen jurídico unitario. La solución contraria atentaría contra el concepto mismo de tratado internacional y contra la técnica propia de este particular fenómeno normativo. No cabe tampoco olvidar que cuando nuestro legislador elaboró la LOTC, procedió a interpretar el art. 161. 1 a) de la Constitución en los términos que ahora propugnamos, equiparando los tratados a las “disposiciones normativas con fuerza de ley”, lo que equivale a otorgar a todo tipo de tratados internacionales idéntico rango jurídico. La recepción constitucional del principio *pacta sunt servanda* es difícilmente conciliable con un sistema en el que los tratados tuvieran rangos jerárquicos variables y quedarán sin protección frente a las distintas manifestaciones normativas existentes en ese ordenamiento» [*El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*, International Law Association (sección española), Madrid, 1984, pp. 102-103; v. igualmente la p. 142].

ya que, haciendo uso de la expresión acuñada en la jurisprudencia constitucional, se trata de una típica operación judicial de selección del derecho aplicable. La ley inaplicada por contradicción sobrevenida con un tratado internacional no es, por supuesto, nula y cabe, además, que tenga ultraactividad y rijan las relaciones constituidas a su amparo si razones de seguridad jurídica u otras así lo requiriesen *ex art. 9.3 CE*.

Finalmente, por lo que concierne a la relación entre los reglamentos, de una parte, y los tratados internacionales y las normas comunitarias europeas, de otra, no cabe duda acerca de la subordinación de aquéllos. En cuanto a la fuerza pasiva de los tratados —de todos ellos sin distinción, independientemente del procedimiento constitucionalmente previsto acerca de su celebración—, es absoluta respecto de cualquier tipo de normas, a tenor del art. 96 CE. La Constitución, además, proclama que la Administración Pública actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1) y que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria» (art. 106.1). A su vez, de conformidad con el art. 6 LOPJ, y aunque este precepto no mencione expresamente a los tratados internacionales y al derecho comunitario, los órganos judiciales se encuentran obligados a no aplicar los reglamentos contrarios a ellos y, en su caso, procederán a declarar su nulidad (art. 27 LJCA). La fuerza activa sobre las disposiciones reglamentarias la poseen también los tratados celebrados por el cauce del art. 94.2 CE.²⁸

5.

La potestad legislativa de las Cortes Generales y de las Asambleas de las Comunidades Autónomas se traduce, según el Preámbulo constitucional, en normas expresivas de la voluntad popular. Dada, no obstante, la sujeción a la Constitución del propio poder legislativo (art. 9.1 CE), las leyes formales aprobadas por los representantes del pueblo cabe que sean objeto de una declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad por parte del Tribunal Constitucional (arts. 161.1 a), 163 y 164 CE y 39.1 LOTC). Esta facultad anulatoria del Alto Tribunal es, a pesar de su alcance —por lo demás diverso, a tenor del art. 40.1 LOTC—, de carácter nomofiláctico, no nomotético, puesto que, aunque altera el ordenamiento (y de ahí la conocida conceptualización del órgano titular de la jurisdicción constitucional como

²⁸ Cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. A. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *op. cit.*, p. 344.

legislador negativo, si bien aplicable con mayor exactitud al modelo original austro-kelseniano), no introduce en él el *novum* político, de selección de opciones, propio de la función legislativa. En consecuencia, encaja sin problemas en el Estado democrático de Derecho, forma estatal en la que el Parlamento, lejos de ser el órgano representativo de un *demos* unánime, constituye la expresión máxima del principio pluralista que distingue a nuestra democracia y, por tanto, se halla limitado por la exigencia constitucional de respeto a las minorías, exigencia establecida tanto en las disposiciones orgánico-procedimentales como sustantivas de la Ley Fundamental.

Mayor inquietud suscita la práctica de las denominadas *sentencias interpretativas de rechazo*, en las que el Tribunal Constitucional impone una única inteligencia de los preceptos legales. Estas decisiones pueden considerarse como manifestación de una función nomotética ejercida por un órgano ajeno al Parlamento, función de un *legislador positivo* que no deja de ser una anomalía en el Estado democrático. El problema no radica sobre todo en los abusos que puede conllevar ocasionalmente el ejercicio de estas prácticas (o sea, la manipulación de los textos legales para hacerlos conformes con la Constitución)²⁹, sino, como digo, en su compatibilidad con el principio democrático. Ciertamente, la doctrina más acreditada justifica con base en tal principio esas prácticas, ya que con ellas se trataría de proteger la obra del legislador democrático mediante la no anulación de aquellas leyes que puedan interpretarse de conformidad con la Constitución. Sin embargo, lo relevante no es, a mi juicio, esa perspectiva, sino esta otra: el Tribunal Constitucional, órgano de naturaleza jurisdiccional, impone una opción política determinada a fin de preservar la integridad de la ley parlamentaria, fruto de la decisión del legislador democrático. Lo que es lógico por una parte, resulta absurdo e inquietante por otra.

Tal vez cabría hacer un uso estrictamente nomofiláctico de la técnica de las sentencias interpretativas de rechazo, para lo cual bastaría con efectuar una tarea de mera verificación de la compatibilidad lógica entre el precepto constitucional de que se trate y los distintos significados semánticos posibles de la norma legal enjuiciada. Si uno o varios de tales significados resultasen contrarios a la Constitución, la consecuencia no habría de ser la imposición del que el Tribunal juzgase legítimo, sino el otorgamiento al legislador de

²⁹ Muestras paradigmáticas de semejante retorcimiento pueden encontrarse, v.g., en las SSTC 247/2007 (caso *Nuevo Estatuto valenciano*) y 101/2008 (caso *Reglamento del Senado y designación de Magistrados constitucionales*).

la oportunidad de alterar el texto legislativo concreto, que forma parte de un conjunto normativo mayor en el que adquiere su pleno sentido político. *Un sentido que puede verse seriamente perturbado por la imposición hermenéutica del Tribunal Constitucional.* No siendo esta solución, necesitada de una reforma de la LOTC, posible por ahora, lo que al presente sucede mediante este sofisticado instrumento —a través del cual una sentencia materialmente estimatoria resulta formalmente desestimatoria— es casi una operación de brujería. Si, como dice el escritor británico Arthur Charles Clarke, «cualquier técnica suficientemente avanzada es indistinguible de la magia», el Tribunal Constitucional, en este tipo de pronunciamientos, hace magia: pasa de la nomofilaxis constitucional, que es lo suyo, al ultramundo de la acción legiferante positiva, que no lo es en absoluto. Las compilaciones legales españolas recogen en notas a pie de página la debida y obligatoria exégesis de las disposiciones aprobadas por los representantes del pueblo. Es un *référé législatif* al revés.

Si disponemos de una Constitución cuya reforma puede realizarse *in toto*, la hermenéutica que de ella debe realizar el Tribunal Constitucional ha de distinguirse por la sobriedad y el respeto absoluto al poder constituyente constituido, como absoluto debiera ser igualmente el respeto al legislador. Las sentencias interpretativas de rechazo, sobre todo cuando se apartan abiertamente del tenor literal de la ley enjuiciada, no sólo invaden la competencia del poder legislativo, sino que deterioran la posición del poder de reforma constitucional al restringir sus opciones, ya que, de ser formalmente estimatorios los pronunciamientos del Tribunal, tal vez forzarían al constituyente a plantearse la modificación de la Constitución para dar cabida a una voluntad política suficientemente mayoritaria por responder a amplias corrientes sociales. Tales sentencias generan, pues, un doble efecto patológico. De un lado, preservan a toda costa la constitucionalidad de la ley mediante la alteración de su enunciado normativo y la creación de una norma nueva, lo que puede traicionar la voluntad política del legislador, aunque el fallo desestimatorio salve su prestigio. De otro, disminuyen, en el marco de una Constitución abierta, la capacidad de adaptación evolutiva del texto constitucional por obra del poder de reforma, al eliminar artificiosamente las contradicciones entre la norma suprema y la legislación ordinaria.

No se me oculta que la interpretación constitucional tiene caracteres específicos, debidos a la variada estructura que poseen los preceptos de la Constitución (principios, valores, derechos, procedimientos, institucio-

nes...) y al rango de las disposiciones cuya legitimidad se impugna ante el Tribunal Constitucional. Pero la guía para navegar en tan proceloso piélagos exegético consiste en tener siempre presente que las decisiones políticas fundamentales corresponden en su integridad al pueblo español y a sus representantes en las Cortes Generales. ¿No es el Derecho una ciencia obediente, como a menudo se dice? Lo es: obediente a la norma, que la interpretación estrictamente jurídica ha de proteger y no transformar; y obediente al legislador, que procede directamente de la elección ciudadana.

III. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA: EL GOBIERNO Y LA ADOPCIÓN DE LA LEY PARLAMENTARIA

I.

Comenzando el procedimiento legislativo siempre en el Congreso (con la única excepción señalada en el art. 74.2 CE: tramitación de la ley del Fondo de Compensación Interterritorial), es de advertir que el Gobierno domina plenamente la fase introductoria de dicho procedimiento, predeterminando completamente la agenda legislativa de las Cortes Generales.

Así, aunque la Constitución ha otorgado iniciativa legislativa no sólo al Gobierno, sino también al Congreso, al Senado, a las Asambleas de las Comunidades Autónomas y a un mínimo de 500.000 electores (art. 87), el protagonismo de la iniciativa gubernamental es prácticamente absoluto. En efecto, los proyectos de ley del Gobierno han de tener un tratamiento prioritario en su tramitación respecto a las proposiciones de ley de los demás titulares de la iniciativa legislativa (art. 89.1 CE). Esta prioridad se manifiesta, en primer lugar, en la facultad del Gabinete de promover la inclusión de los proyectos en el orden del día del Congreso (art. 67.3 RC), lo cual se produce sin perjuicio de su participación en la determinación del orden del día en general (como consecuencia de la posibilidad que se le concede de enviar un representante a las reuniones de la Junta de Portavoces: arts. 39.2 y 67.1 RC) y de su facultad de instar la tramitación de un proyecto por el procedimiento de urgencia (arts. 90.3 CE y 93.1 RC);³⁰ y, en segundo lugar, en la presunción de aceptación preliminar de los proyectos por parte de la Cámara, pues sólo se debaten plenariamente *ab initio*, y no luego de su estu-

³⁰ Esta facultad carece de límites temporales, de modo que la urgencia «puede ser percibida por el Gobierno tanto en el momento de depositar el proyecto de ley en el Congreso de los Diputados como en un momento posterior, iniciada ya la tramitación parlamentaria del mismo, como consecuencia de cambios de circunstancias» (STC 234/2000, FJ 11).

dio y dictaminación por la Comisión legislativa correspondiente, cuando se hayan formulado contra ellos, y únicamente por los Grupos Parlamentarios, enmiendas a la totalidad (arts. 110 y 112 RC).

De otro lado, y en relación con las proposiciones de ley, además de hallarse constitucionalmente facultado para oponerse a la tramitación de las que sean contrarias a una delegación legislativa en vigor (arts. 84 CE y 128 RS), el Gobierno puede manifestar su criterio respecto de la *toma en consideración* de las mismas por el pleno del Congreso (art. 126 RC),³¹ sin que hasta ahora se haya dado ningún caso en que la Cámara hubiese aceptado la viabilidad de una iniciativa no gubernamental en contra de la voluntad del Gabinete explícitamente manifestada.³² Si, en el marco de

³¹ Se debe excluir de este régimen a las proposiciones de ley del Senado, que, de forma totalmente incoherente con la posición constitucional de la Alta Cámara, reciben en el Congreso un trato reglamentario similar al de los proyectos de ley (*cf.* arts. 125 y 126.5 RC). Aunque el Senado ocupa un lugar periférico en la forma de gobierno, y su papel en el procedimiento legislativo ordinario resulta de secundaria importancia (*cf.* art. 90 CE), considero que habría de posibilitarse la manifestación del criterio gubernamental antes de la toma en consideración por dicha Asamblea de sus propias proposiciones, modificándose en ese sentido el actual artículo 108 RS, que no contempla esa manifestación. Esta cuestión es, de todos modos, bastante accesoria, habida cuenta, además, de la poca utilización que el Senado ha hecho de su facultad de iniciativa legislativa. Las proposiciones de ley de origen senatorial, en efecto, han sido, durante estos treinta años de régimen constitucional, muy escasas, y mucho más aún las que finalmente se han convertido en leyes. Como escribe P. García-Escudero, que proporciona las oportunas estadísticas, «aun partiendo de que el número de proposiciones de ley en el Derecho parlamentario moderno de todos los países es siempre muy inferior al de proyectos remitidos por el Ejecutivo, y de que tampoco el Congreso de los Diputados utiliza con demasiada frecuencia las facultades que al respecto le atribuye la Constitución, un rápido repaso del número de proposiciones de ley presentadas en el Senado y de su destino final demuestra la escasa voluntad política de que prosperen estas iniciativas, o, dicho en términos realistas, el escaso uso que el grupo mayoritario ha hecho de este instrumento en el Senado, prefiriendo su ejercicio en la Cámara baja» (*El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 148; v. también pp. 479-480).

Por otra parte, no ha sido, en los últimos tiempos, insólito que el Congreso aprobara una enmienda a la totalidad de devolución frente a una proposición del Senado. Tal ha sucedido en la VIII Legislatura (2004-2008), en la que las Cámaras, si bien no por primera vez, poseían mayorías diferentes (v. GARCÍA-ESCUDERO, *ibidem*, pp. 154-155 y 300-301).

³² Ciertamente, en la práctica el Gobierno no suele cumplimentar el trámite de emisión de criterio, dejando que sea la mayoría que le apoya la que gestione la posición gubernamental sobre las proposiciones de ley (*cf.* GARCÍA-ESCUDERO, *op. cit.*, pp. 189-190). De otro lado, el número de éstas tomadas en consideración no sólo resulta porcentualmente insignificante si se lo compara con el de los proyectos de ley, sino que además dichas proposiciones proceden casi totalmente del Grupo Parlamentario que sostiene al Gobierno, dejándose para

una forma parlamentaria de gobierno como es la española, sucediera esa eventualidad, el presidente del Gobierno habría de presentar su dimisión al Jefe del Estado o plantear ante el Congreso la cuestión de confianza, en el supuesto de considerar que la proposición de ley liminarmente aceptada afecta a aspectos esenciales de su programa (art. 112 CE). Un Gabinete que asistiera impasible, como si nada hubiera pasado, a semejante manifestación de desconfianza no sólo se apartaría fraudulentamente del paradigma de tal forma de gobierno —que requiere la total y constante persistencia de la relación fiduciaria entre el Gobierno y el Congreso—, sino que, a causa de su alicorto oportunismo de superviviente a toda costa, vería mermado su prestigio al ofrecer la impresión de carecer de un fuerte respaldo en la Asamblea en que tuvo lugar la investidura de su presidente.

El Gobierno participa igualmente, por descontento, en la decisión sobre la inclusión de las proposiciones de ley en el orden del día de la sesión plenaria en que el Congreso deba resolver acerca de su toma en consideración, y puede asimismo instar su tramitación urgente, por más que esto sería insólito.

2.

La iniciativa legislativa del Gobierno tiene menos límites materiales que las restantes iniciativas. En realidad, únicamente conoce un límite: el concerniente a los proyectos de Estatutos de Autonomía y a la reforma de los Estatutos vigentes.³³ La iniciativa legislativa popular es, por contra —y congruentemente con el *horror populi* que experimentaban los constituyentes—, la más limitada por su objeto, ya que no procede «en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia» (art. 87.3 CE). Tampoco cabe en materia de reforma constitucional (*cf.* art. 166 CE, *a sensu contrario*).³⁴ En cuanto a la iniciativa

los Grupos que colaboran ocasionalmente con él (en las legislaturas en que carece de mayoría absoluta, por tanto), a efectos testimoniales, las restantes.

³³ Puede añadirse, no obstante, que la iniciativa para tramitar los Decretos-leyes convalidados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia corresponde sólo al Congreso, perteneciendo la promoción de la iniciativa a los Grupos Parlamentarios (arts. 86.3 CE y 151.4 y 5 RC).

³⁴ Las limitaciones materiales y procedimentales de la iniciativa legislativa popular han conducido a su rara utilización, siendo muy pocas las proposiciones de tal origen que han alcanzado el trámite de la toma en consideración y sólo una la que, en treinta años, concluyó por convertirse en ley, si bien tras su acumulación con otras proposiciones de origen parla-

de las Asambleas de las Comunidades Autónomas, comparte con las del Congreso y el Senado unos mismos límites materiales (Presupuestos del Estado, planificación económica y proyectos estatutarios), lo que evidencia que la Constitución ha querido otorgar a los entes autonómicos un medio de participación en la determinación de la orientación política nacional.³⁵ Finalmente, si bien los únicos límites materiales de las proposiciones de origen parlamentario son los indicados, resulta fundamental, desde la perspectiva de la forma de gobierno, destacar la reserva de iniciativa atribuida al Gabinete en materia presupuestaria.

En efecto, la iniciativa consistente en la presentación del proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado compete en exclusiva al Gobierno, incumbiendo a las Cámaras su examen, *enmienda* y *aprobación* (art. 134.1 CE). Aprobados los presupuestos, el Gobierno puede presentar proyectos que entrañen aumento del gasto o minoración de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario (art. 134.5 CE), proyectos que las Cortes siempre pueden enmendar a la baja libremente (art. 134.6, *a sensu contrario*) o, desde luego, rechazar. En cambio, toda proposición de ley o

mentario: la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (*cfr.* GARCÍA-ESCUADERO, *op. cit.*, p. 161).

³⁵ El ejercicio de esta clase de iniciativa ha sido variopinto. Algunas Comunidades Autónomas han hecho un uso muy escaso de la facultad de propuesta y además la han restringido a asuntos de su propio interés (así, v.g., Asturias: *cfr.* mi trabajo «El Principado de Asturias y sus relaciones con los demás integrantes del Estado autonómico. Balance y perspectivas», *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 29, 2005, p. 88). Cataluña, en cambio, ha remitido al Congreso diversas proposiciones de ley de interés general en sentido estricto. Otras Comunidades se han cuidado de señalar en los Reglamentos de sus Asambleas la ausencia de límites materiales de semejantes proposiciones (*cfr.* J.J. LAVILLA RUBIRA, «Las proposiciones de ley remitidas por las Comunidades Autónomas al Congreso de los Diputados», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 1990, pp. 23 y ss. y 35 y ss.). Según Lavilla, el porcentaje de proposiciones autonómicas tomadas en consideración resulta muy superior al de los otros tipos de proposiciones de ley, hecho al que, en su opinión, coadyuva la exigencia de mayoría absoluta para el ejercicio de tal iniciativa legislativa en casi todas las Asambleas. «Si tal exigencia, añade, dificulta el ejercicio de la potestad de propuesta —y es causa importante de que el número de proposiciones de ley autonómicas sea relativamente pequeño—, garantiza al tiempo el amplio respaldo de las que logran presentarse y, por ende, su “seriedad” política» (*ibidem*, pp. 37-38 y 67-68). Sin embargo, quince años después García-Escudero estima que el éxito de la toma en consideración depende «sobre todo de la identidad de mayorías en los Parlamentos autonómicos y en el Congreso de los Diputados». Así, en la VI Legislatura (2000-2004) fueron tomadas en consideración 16 proposiciones de ley autonómicas, todas ellas convertidas en ley, y rechazada una, mientras que en la siguiente se presentaron 42, siendo tomadas en consideración 4 y rechazándose 21 (*op. cit.*, p. 156).

enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (obviamente con relación a los presupuestos *vigentes*) requieren la conformidad del Gobierno para su tramitación (art. 134.6). El Reglamento del Congreso ha llevado al extremo la reserva de iniciativa en favor del Gobierno, pues, contra el tenor literal del art. 134.1 CE, que confiere a las Cortes, sin cortapisa de ninguna clase, la facultad de enmienda del proyecto presupuestario, establece que las enmiendas a dicho proyecto «que supongan aumento de créditos en algún concepto únicamente podrán ser admitidas a trámite si... proponen una baja de igual cuantía en la misma Sección»; así como que las que impliquen minoración de ingresos precisan la conformidad gubernamental en orden a su tramitación (art. 133. 3 y 4).³⁶

Por último, la Constitución instituye otra reserva de iniciativa legislativa en beneficio del Gobierno: el Estado, prevé el artículo 131.1, podrá planificar, mediante ley, «la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». Es el Gobierno quien ha de elaborar los proyectos de planificación (art. 131.2), si bien, perteneciendo el fenómeno planificador democrático a la cultura política de otras épocas (esencialmente a la de la década de los 60), nunca se ha abordado tal empeño legislativo durante las tres décadas de vida de la Constitución de 1978.

3.

Queda claro, pues, que la iniciativa legislativa del Gobierno ocupa una posición de preeminencia —si no de monopolio fáctico— sobre las otras clases de iniciativa. Así, no obstante la designación por el constituyente español de cinco titulares de la iniciativa legislativa (sin contar los órganos facultados para proponer la adopción y reforma de los Estatutos de Autonomía), entre ellos no se da una relación de competencia, sino de integración, y, más específicamente, de integración de la iniciativa gubernamental, respecto de la cual las demás operan secundariamente. Tales

³⁶ Esta «restricción de las competencias del poder legislativo» [STC 76/1992, FJ 4 a), a mi juicio indebida (véanse mis trabajos «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español» [1982] y «La fase central del procedimiento legislativo» [1985], ambos recogidos en *Estudios parlamentarios*, *op. cit.*, pp. 327-328 y 349, respectivamente), y también indebida a juicio de la mayor parte de la doctrina (*cf.* GARCÍA-ESCUADERO, *op. cit.*, pp. 285-286), mueve al Tribunal Constitucional a construir su tesis de la reserva negativa en materia presupuestaria (*v. supra*, nota 11).

integración y secundariedad de las iniciativas no gubernamentales resultan factibles gracias al trámite de la toma en consideración que se desarrolla en el Congreso, Cámara que, a causa de la relación fiduciaria que mantiene con el Gobierno, tamiza, mediante ese trámite liminar de aceptabilidad, no sólo las proposiciones ajenas, sino también, y muy principalmente, las propias.³⁷

Todo ello encaja dentro de la forma de gobierno parlamentaria, en la que el Gabinete actúa de director e impulsor del trabajo legislativo de las Asambleas. El Gobierno goza de la confianza del Congreso con base en el programa de su presidente, expuesto en el debate de investidura (arts. 99.2 CE y 171.2 RC) o en el de una moción de censura (art. 177.1 RC) y puesto en juego, en su caso, mediante el planteamiento de una cuestión de confianza (art. 112 CE). Un programa que, en los aspectos de mayor importancia, ha de traducirse en la remisión a la Cámara de proyectos de ley, los cuales son susceptibles de contemplarse al mismo tiempo como manifestación de la función gubernamental de dirección de la política (art. 97 CE) y como expresión de la programación por el Gabinete del objeto de la actividad legislativa. En efecto, el ejercicio de la potestad legislativa que corresponde a las Cortes según el artículo 66.2 CE resulta perfectamente compatible con la preeminencia de la iniciativa del Gobierno. No sólo porque iniciativa legislativa y potestad legislativa son dos cosas diferentes, sino, sobre todo, porque iniciativa legislativa y dirección política guardan entre sí una relación de medio a fin en el seno de nuestra forma de gobierno parlamentaria. Ciertamente, la dirección de la política no se lleva a cabo únicamente a través de la práctica de la iniciativa legislativa. El Gobierno, como hemos visto, dispone de sus propios poderes normativos, unos poderes que le otorga directamente la Constitución y no el legislador. Éste, a su vez, en el

³⁷ Observa a este respecto M. PRESNO que «las Cámaras parlamentarias han renunciado en la práctica al ejercicio de sus facultades de iniciativa legislativa con el propósito evidente, en el caso de la mayoría que respalda al Gobierno, de que sea éste el que exteriorice política e institucionalmente su liderazgo en las acciones de impulso y transformación y de esta manera obtenga el correspondiente rédito político». Curiosamente, de acuerdo con los datos que Presno proporciona, la diferencia en términos porcentuales entre una situación de mayoría absoluta y otra de mayoría relativa no resulta muy significativa: en la VII Legislatura se aprobaron el 98% de las iniciativas gubernamentales frente al 5% de las parlamentarias, mientras que en la VIII la proporción fue de 92 y 8, respectivamente. Lo que sí varía es el número global de las leyes aprobadas: 52 leyes ordinarias y orgánicas en 2006 y 68 en 2007, frente a las 82 de 2003, último año en que hubo mayoría absoluta en el Congreso (*cf.*: «Pluralismo de partidos, no separación de poderes», en este mismo volumen, p. 285).

desenvolvimiento del control de la «acción del Gobierno» que el artículo 66.2 CE le atribuye igualmente, hace uso de una serie de técnicas destinadas precisamente a verificar el ejercicio de la dirección de la política. Lo que las Cortes pretenden a través del control es, en definitiva, o impulsar al Gobierno a hacer uso de la iniciativa legislativa o instarle a utilizar su amplia potestad reglamentaria. El control parlamentario, desde luego, no se agota en esto, sino que comprende asimismo la actividad gubernamental en los campos de la función ejecutiva (a la que pertenece una parte del ejercicio de la potestad reglamentaria), la dirección de la Administración y la dirección de la «defensa del Estado», tareas que, junto con la dirección de la política interior y exterior, confiere al Gobierno el artículo 97 CE.

4.

Este Gobierno que domina de forma tan abrumadora la fase introductoria del procedimiento legislativo es un Gobierno fuertemente estable. Investido su presidente de la confianza del Congreso (para lo que le basta, en segunda votación, con la mayoría simple: art. 99.3 CE), Cámara que en treinta años nunca ha derribado a un Gobierno (la moción de censura es «constructiva» y debe aprobarse por mayoría absoluta: art. 113 CE); en excelentes condiciones para plantear la cuestión de confianza «sobre su programa o sobre una declaración de política general», cuya aprobación sólo requiere la mayoría simple de los Diputados (art. 112 CE), aunque tal instrumento se ha revelado, en las dos únicas ocasiones en que se ha utilizado (1980 y 1990), de discutible eficacia y puede dudarse de su utilidad y de la idoneidad de su perfil;³⁸ y, en fin, armado de la facultad de disolver las Cámaras (incluso

³⁸ El instrumento de la cuestión de confianza resulta de dudosa utilidad por dos motivos: en primer lugar, a causa de su desconexión de la tramitación de un determinado proyecto de ley que resulte esencial para la ejecución del programa gubernamental, desconexión que se aparta del precedente histórico (la denominada «cuestión de Gabinete» se hallaba vinculada a la aprobación de una determinada ley: véase sobre su origen J. TOMÁS VILLARROYA, *El sistema político del Estatuto Real [1834-1836]*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 411 y ss.) y del inmediato de la Transición (véase la Ley 51/1977, de 14 de noviembre, sobre regulación provisional de las relaciones entre las Cortes y el Gobierno a efectos de la moción de censura y la cuestión de confianza); y, en segundo lugar, porque la exigua mayoría requerida en orden al respaldo parlamentario que el Gobierno solicita poco puede aportar al reforzamiento de su posición. Como operación de imagen, la cuestión de confianza es, pues, inútil y, si se quiere recurrir a ella para forzar una mayor cohesión de la mayoría que sostiene al Ejecutivo, resulta mucho menos eficaz que la amenaza de disolución de las Cortes por parte del presidente del Gobierno. A propósito del debate doctrinal sobre

el Senado, que no puede derribarle: art. 115 CE), el Gobierno prolonga su dominio en la fase central o decisoria del procedimiento legislativo si el Grupo Parlamentario en que se sustenta posee la mayoría absoluta de los escaños del Congreso. En tres décadas, ello ha ocurrido durante la mitad del tiempo (PSOE, 1982-1993; PP, 2000-2004).

Ahora bien, si tal circunstancia no se da (al fin y al cabo la fórmula electoral es en los comicios congresuales de tipo proporcional, si bien con correctivos mayoritarios: art. 68 CE), el rol institucional del Congreso, y aun del Senado, se ve reforzado considerablemente. El Gobierno, en efecto, ha de negociar entonces con otros Grupos de la Cámara el apoyo indispensable en orden a la viabilidad de sus proyectos de ley; sobre todo del que contiene los presupuestos, instrumento particularmente importante de la política económica del Gabinete. Ese apoyo en el Congreso resulta todavía más preciso si la oposición posee la mayoría minoritaria en el Senado (cosa infrecuente, pero no imposible, habida cuenta de la fórmula electoral de escrutinio mayoritario mediante la que se designa a los Senadores de elección popular directa [art. 166.1 LOREG], por una parte, y de los cambios en la composición de la Alta Cámara derivados de los distintos comicios autonómicos y del correspondiente signo político de los Senadores designados por las Asambleas de las Comunidades Autónomas *ex art.* 69.5 CE, por otra), lo que puede conducir a la formulación de vetos contra los proyectos esforzadamente

los aciertos y desaciertos del diseño del mecanismo instituido por el constituyente, véase P.J. González-Trevijano, *La cuestión de confianza*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, especialmente pp. 109, 117-119, 123, 127 y ss., 144, 148-150, 159, 163 y ss. y 175-176.

Por lo que respecta a la cuestión de confianza planteada por Adolfo Suárez en septiembre de 1980, tuvo lugar cuatro meses después de haber superado pírricamente una moción de censura y tras una remodelación ministerial posterior destinada a dar entrada en el Gabinete a los *barones* del partido (quejosos del liderazgo personalista de Suárez), triunfando el presidente del Gobierno por 180 votos frente a 164, «sin que ello permitiera dotar al nuevo ejecutivo de la estabilidad que precisaba» (véase Charles POWELL, *España en democracia, 1975-2000*, Barcelona, Plaza y Janés, 2001, pp. 282-283 *et passim*). En cuanto a la cuestión de confianza que planteó Felipe González en abril de 1990, obedeció simplemente al hecho de que, cuando había tenido lugar su investidura como presidente del Gobierno cuatro meses antes, faltaban por cubrir los 17 escaños correspondientes a las circunscripciones en las que, por decisión judicial, hubieron de repetirse los comicios (*cf.* Powell, *ibidem*, p. 506). Si bien la investidura se produjo en primera vuelta al obtener el candidato 167 votos favorables (que suponían exactamente la mayoría absoluta) y 155 en contra, quiso seguramente González, mediante la cuestión de confianza, poner de relieve sus apoyos y evidenciar así una mayor legitimidad, obteniendo el sufragio de 176 diputados a favor y 130 en contra. Para un extracto de la intervención parlamentaria de F. González, véase P.J. González-Trevijano, *op. cit.*, pp. 117 y 140-142.

aprobados en el Congreso.³⁹ Tal sucedió en 2004 y en 2007 y tal volvió a suceder en 2008; y nada menos que contra el proyecto presupuestario. En semejantes coyunturas, la premura en la aprobación de los presupuestos, que ha de tener lugar «antes del primer día del ejercicio económico correspondiente» (art. 134.4 CE), obliga a que el Congreso ratifique el texto inicial por mayoría absoluta (art. 90.2 CE), si el Gobierno la puede conseguir.

Obviamente, la posición de un Gobierno respaldado en el Congreso únicamente por una mayoría relativa se complica en el supuesto de los proyectos de ley orgánica, categoría de leyes a cuya abundancia, trascendencia y rigidez ya me he referido más arriba. Estas leyes potencian el peso específico del Congreso cuando la mayoría gubernamental es minoritaria. Aunque de todos modos el Gobierno gobierna. Si algo han demostrado estos treinta años de régimen constitucional español —en general exitosos—, es la fortaleza del Gobierno en cualquier circunstancia, excepto si existe división en el partido que lo sustenta. Y todas las fuerzas políticas con vocación de liderazgo nacional han aprendido la lección de UCD y las consecuencias de la dimisión de Adolfo Suárez, incapaz en 1981 de mantener unido a su partido, cuyo hundimiento definitivo, ya bajo la dirección de Leopoldo Calvo-Sotelo, condujo a la gran victoria socialista de 1982.

³⁹ O, como ocurrió en 1995, a ralentizar su debate en el Senado inadmitiendo a trámite la declaración de urgencia efectuada por el Gobierno, lo que, sin embargo, fue considerado por el Tribunal Constitucional como lesivo de la atribución que el art. 90.3 CE confiere al Ejecutivo (*cf.* STC 234/2000). Teniendo en cuenta que el Acuerdo inadmisorio de la Mesa del Senado respecto del Proyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo se adoptó el 29 de noviembre de 1995 y que dicho Proyecto caducó como consecuencia de la disolución de las Cámaras en virtud del Real Decreto 1/1996, de 8 de enero, cabe constatar que el *filibustering* senatorial resultó todo un éxito.