



ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS EN TORNO  
A LA ACTIVIDAD DE DIRECCION POLITICA  
DE LOS EJECUTIVOS DE LAS COMUNIDADES  
AUTONOMAS.

COMUNICACION PRESENTADA POR:  
CARLES VIVER PI-SUNYER,  
PROFESOR TITULAR DE TEORIA  
DEL ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL.  
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS.  
UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS EN TORNO A LA ACTIVIDAD DE DIRECCION POLITICA DE LOS EJECUTIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

Una buena parte de los Estatutos de autonomía y la practica totalidad de las leyes autonómicas que regulan los órganos superiores de las respectivas Comunidades configuran a los órganos ejecutivos como "órganos de gobierno" de la Comunidad; les atribuyen, con diferentes fórmulas, la facultad genérica de "dirigir la política regional", de "dirigir la acción política de la Comunidad Autónoma"...; y, por último, ~~les~~ les otorgan competencias concretas para "fijar las directrices de la acción de gobierno", para presentar programas políticos, para emanar directrices, etc.

En suma, en lo que parece un paso más en el largo proceso de racionalización o juridificación de la política, los ordenamientos autonómicos atribuyen a los gobiernos la facultad de determinar los objetivos unitarios de la política de la Comunidad, la facultad de fijar los fines que deben guiar a todos los poderes públicos en su actuación y la de escoger los medios y procedimientos adecuados para alcanzarlos.

Como tendremos ocasión de comprobar, esta actividad de dirección la llevan a cabo los ejecutivos a través de una pluralidad de actos, no encuadrables en ninguna de las tres funciones jurídicas clásicas del Estado. Por ello, dicha actividad y estas funciones, en principio, podrían constituir categorías excluyentes, aunque, por otra parte, es bien cierto, que la falta de homogeneidad procedimental, formal y de eficacia jurídica de estos actos de dirección impide su consideración como cuarta función estatal.

Sin embargo, en esta breve comunicación no pretendo entrar en la polémica acerca de la existencia o no, en el plano de la teoría general, de una función de dirección política (4). Mucho más modestamente me propongo tan solo analizar el significado de unas normas contenida en los ordenamientos autonómicos que atribuyen la titularidad de una genérica actividad direccional y del ejercicio de ciertos actos de dirección. Concretamente, pretendo plantear, más que resolver, alguno interrogantes acerca de :

Primero, la fuerza normativa de las mencionadas disposiciones habilitadoras.

Segundo, la eficacia de los actos de dirección dictados en ejercicio de las mismas.

Así, pues, centraré mi atención en la que, según algunos autores, constituye la primera fase (teleológica) de una más amplia actividad de Gobierno o de dirección política (1). Primera fase que, como señalara Crisafulli, "es lógicamente esencial y siempre aislable en vía de análisis" y sobre cuya importancia creo que no es preciso insistir. Baste recordar:

Primero, que, como observa Giannini, la autonomía política de los entes territoriales se refleja más en la libertad de fijar sus propias directrices políticas que en la misma capacidad de dictar normas primarias.

Y, segundo, que esta actividad es, sin duda, la de mayor relieve de cuantas ejerce el Gobierno. Es la que históricamente lo transforma de órgano de ejecución en órgano de gobierno, situándolo en su actual posición constitucional.

Posiblemente sea esta importancia lo que se explique los ya prolongados intentos de juridificar ciertos aspectos de esta actividad (2). Y es que, en efecto, si el derecho, si el Derecho constitucional nada puede decir acerca de esta actividad de dirección política, deberemos convenir que escapa al control jurídico la parte más relevante de la acción de uno de los más importantes órganos estatales y, por ende, escapa a la formalización jurídica un sector vital del poder político (cosa que puede ser perfectamente explicable y aún justificable, no entro ahora en valoraciones sobre este hecho).

No obstante, a pesar de la indudable importancia de este tema, es forzoso aceptar que todo intento -como el que ahora comenzamos a analizar- de normar estas esferas de la vida política plantea numerosas dificultades. Nos movemos en una zona límite entre el derecho y la política que hace muy limitada y problemática la labor de la dogmática jurídica. De ahí el deliberado carácter problemático de esta comunicación en la que incluso aquello que pueda parecer afirmaciones deben tomarse como simples interrogantes.

## II.- ACTOS DE DIRECCION POLITICA DE LOS EJECUTIVOS DE LAS C.C.A.A.

Como hemos apuntado anteriormente, los ejecutivos fijan las directrices políticas a través de actos de muy diversa índole. No existe una categoría unitaria de actos con homogeneidad procedimental, formal y de eficacia jurídica. Pueden determinar la orientación política, tanto mediante actos formalmente previstos y regulados en el ordenamiento jurídico (presentación del programa ante el Parlamento, circulares, instrucciones, comunicaciones...), como mediante

actos no formales, incluso orales (declaraciones...).

Segun los sujetos a quienes se dirigen de forma inmediata pueden distinguirse:

Primero, actos dirigidos al Parlamento. Suelen ser los regulados de forma más completa por los ordenamientos jurídicos. Con estos actos se pretende asegurar la relación entre los Gobiernos y los Parlamentos en torno a la actividad de dirección política. Entre este tipo de actos destacan : la presentación de programa de gobierno previa a la investidura, la presentación de la orientación política o de programas políticos previa a la petición de una votación de confianza o las directrices manifestadas a lo largo de lo que suele denominarse debates generales sobre la acción política y de gobierno, que pueden suscitarse a instancias del Gobierno, del Parlamento e incluso, en algunos ordenamientos, por mandato legal cada año.

Segundo, actos internos, dirigidos a los restantes órganos del Gobierno o a la Administración.

Tercero, actos informales dirigidos a la "opinión pública" en general.

¿Cuál es la naturaleza de éstos actos?, ¿Cuáles són sus efectos? ¿vinculan jurídicamente?.

La cuestión del valor normativo de las directrices políticas ha sido largamente debatida por la doctrina, especialmente por la alemana y la italiana (4). En nuestro caso, creo que podrían avanzarse, con la cautela a la que antes aludía, las siguientes hipótesis:

En primer lugar debería afirmarse que ninguno de estos actos (ni los dirigidos a la opinión pública) vinculan a los ciudadanos. Ninguno de ellos altera de forma inmediata su esfera jurídica, haciendo nacer derechos u obligaciones, en tanto no se hayan convertido en actos jurídicos propios de las funciones jurídicas clásicas del Estado (especialmente actos normativos y administrativos).

Sin embargo, esta constatación no supone negarles de entrada toda eficacia obligatoria. Al igual que sucede, por ejemplo, con las disposiciones programáticas de la Constitución, pueden vincular a los poderes públicos aunque requieran la integración por parte de éstos para afectar a la esfera jurídica de los ciudadanos.

La cuestión a resolver es, pues, la de determinar si estos actos de dirección vinculan a los distintos órganos autonómicos y, en especial, al Parlamento, a los órganos del Gobierno y a la Administración.

Los problemas más graves se plantean respecto del Parlamento. En

puridad, podría pensarse que los ordenamientos autonómicos, al afirmar que corresponde a los Gobiernos fijar la política de la Comunidad, les atribuyen esta competencia en régimen de monopolio y que, por tanto, están facultados para dictar unilateralmente las directrices políticas que vinculan a todos los órganos, incluido el Parlamento.

No obstante, al analizar detenidamente la posición jurídica y las competencias otorgadas a las Cámaras resulta claro que éstas participan, junto al Gobierno, en la definición de la política general de la Comunidad: aprueban sus programas (el de investidura, el que somete al voto de confianza...), dictan resoluciones al final de los debates generales sobre la acción de gobierno.... En definitiva, en los ordenamientos autonómicos la actividad de dirección política está compartida por el Gobierno y el Parlamento, entre quienes no existe una relación de dirección en sentido estricto. Dicho de otra forma, en los ordenamientos autonómicos no puede considerarse al Parlamento vinculado por las directrices políticas fijadas de forma unilateral por el Gobierno.

Pero, ¿qué sucede con las directrices del Gobierno aprobadas por el Parlamento (las contenidas en los programas aprobados en la votación de investidura, en la votación de confianza e incluso las respuestas en los debates generales que para algunos autores podrían considerarse tacitamente aceptadas por el Parlamento en tanto no se aprueben resoluciones en su contra)?, ¿vinculan al Parlamento (y al Gobierno)?.

El principio de autonomía de estos órganos constitucionales o supremos podría inducir a oponerse a esta vinculación. Empero, la aplicación del principio interpretativo de economía, que lleva a no considerar como simplemente retóricas determinadas disposiciones (en este caso las que atribuyen la facultad de dirección política) y, sobre todo, la tendencia "monista" actualmente vigente en la mayoría de las formas de gobierno parlamentaria parecen propiciar la tesis de la vinculatoriedad.

En efecto, frente al esquema clásico basado en el principio "dualista" de imputación del poder "soberano", o, si se prefiere, basado en la existencia de dos órganos, de dos centros de dirección política independientes ("soberanos") y aún antagónicos (el monarca y su gobierno, de un lado, y el Parlamento, de otro, reflejo ambos de dos instancias sociales claramente diferenciadas) hoy se impone la tesis de la necesidad de una dirección política unitaria compar-

tida por el Gobierno y el Parlamento (la mayoría parlamentaria) capaz de asegurar un funcionamiento coordinado, sistemático y, en suma, eficaz del Estado, precisamente, correspondería a la actividad de dirección política esta tarea unificante (5).

Estas premisas llevan habitualmente a predicar el carácter vinculante del programa y de las demás directrices políticas fijadas por el Gobierno y el Parlamento : ambos órganos deben acomodar toda su actividad a los fines programáticos diseñados de consuno. O, mejor su actuación debe respetar esos objetivos genéricos concretándolos, adaptándolos a las cambiantes circunstancias sociales. La autonomía de los dos órganos no se suprime pero sí se condiciona o, si se quiere se autocondiciona.

De este carácter vinculante deriva, entre otras, la obligación de que las modificaciones, las siempre necesarias adaptaciones de la orientación política, cuando afecten a lo que Manzella denomina el "núcleo cualificante" del programa o de las directrices políticas, se lleven a cabo de forma bilateral, con la intervención de ambos órganos (aunque según algún autor, la adhesión a la nueva orientación política formulada por uno de los órganos de dirección podría ser implícita (6).

En principio, pues, partiendo de la necesidad de atribuir un significado jurídico a las disposiciones que comentamos, y, sobre todo, partiendo de las tendencias actuales del parlamentarismo, parece de recibo las tesis que sostiene que tanto el Gobierno como el Parlamento quedan vinculados en su actuación a las directrices políticas por ellos previamente fijadas. Sin embargo, surge de inmediato el problema de precisar el grado de vinculatoriedad de las mismas.

A mi juicio, se trata de una vinculación que debe calificarse de débil en la medida en que no está garantizada jurisdiccionalmente. Para asegurar la sujeción a las directrices políticas no existen controles jurisdiccionales sobre los actos del Gobierno o del Parlamento (una de las pocas posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento sería la de convertir al programa político en parámetro de un juicio basado en el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad que, como tal, vincula a todos los poderes públicos. Sin embargo, a pesar de la indeterminación de este concepto, parece demasiado arriesgada una interpretación tan extensiva del mismo que lleve a considerar como arbitrario los actos que se desvíen de la orientación política previamente fijada).

El control se ejerce, pues, no sobre los actos sino sobre los

órganos, sobre sus titulares, a través esencialmente de la moción de censura y de la disolución parlamentaria. Sin querer entrar en la compleja polémica doctrinal sobre los conceptos y tipos de responsabilidad, de vinculación y de control, quizá podría apuntarse la idea de que estamos en este caso ante un tertium genus (frecuente en el derecho constitucional) entre la vinculación jurídica respaldada jurisdiccionalmente y la responsabilidad política que opera libre de parámetros objetivamente predeterminados por el derecho. Y esto porque las directrices políticas pueden convertirse en parámetro jurídicamente predeterminado del control sobre los órganos.

No obstante, debe advertirse que la ambigüedad(o la apertura) del modelo de forma de gobierno adoptado en los ordenamientos autonómicos añade nuevas perplejidades a las ya polémicas conclusiones que acabamos de apuntar. Estas perplejidades supletorias derivan esencialmente del hecho de no haber consagrado claramente los principios "monistas" del actual parlamentarismo a los que antes aludíamos. Así, por ejemplo, dentro del marco jurídicamente delimitado cabe perfectamente la existencia de gobiernos minoritarios, no conexionados con la mayoría parlamentaria. Ello supone que, en principio, podrían existir políticas diferentes y aún opuestas entre el Gobierno y el Parlamento. Pero lo más significativo es que a esto debe unirse el hecho de que los órganos ejecutivos autonómicos (salvo en el caso del País Vasco) carecen de algunos de los instrumentos más eficaces en orden a asegurar su protagonismo en la actividad de dirección política y, en consecuencia, en orden a conseguir una orientación política unitaria con el Parlamento. Me refiero, obviamente, no solo a la <sup>in</sup>existencia de la figura del "estado de excepción legislativo" propia del sistema alemán o a la posibilidad de encadenar la confianza parlamentaria a un proyecto de ley, como sucede por ejemplo en Francia, sino a la imposibilidad de recurrir a la legislación de urgencia y, especialmente a la disolución parlamentaria.

Sin embargo, junto a estos principios, los ordenamientos autonómicos, huyendo de planteamientos asamblearios, prevén la existencia de una dirección política unitaria, cuya titularidad atribuyen al Gobierno (aunque el Parlamento participa también en su ejercicio) e incluso establecen mecanismos a través de los cuales los ejecutivos pueden asegurar su protagonismo en la fijación de las directrices políticas y garantizar su actuación concreta (iniciativa legislativa, posibilidad de rechazar ciertas enmiendas y proposiciones de ley, intervención en el procedimiento legislativo, etc...).

En suma, si queremos atribuir algún valor normativo propio a las disposiciones que otorgan al Gobierno la facultad de fijar las directrices políticas de las respectivas C.C.A.A. (con el acuerdo y el impulso de los Parlamentos) debemos convenir que existen estas directrices unitarias y que no son meras declaraciones de intención, sino declaraciones prescriptivas de voluntad con valor vinculante. Aunque es bien cierto que las garantías de esa vinculación son especialmente débiles puesto que a la ya apuntada falta de garantías jurisdiccionales sobre los actos, se añade un menor control sobre los órganos.

En cuanto a los órganos de la Administración autónoma, dado el carácter de organización subalterna, su relación de dirección o de tendencia jerárquica respecto del Gobierno y su poder meramente discrecional, parece menos problemática la aceptación de un carácter vinculante estricto de las directrices políticas fijadas por el Gobierno y el Parlamento. Estas, como veremos, deben ser suficientemente genéricas como para no anular la autonomía requerida por la Administración en su actuación, pero, aceptada esta generalidad, las directrices pueden convertirse en parámetro de validez de la actuación administrativa en base al principio de interdicción de la arbitrariedad o al de desviación de poder (aunque a nadie pueden ocultársele las dificultades prácticas que pueden surgir al aplicar esta técnica de control -problemas de prueba,...-).

¿Qué sucede con las directrices fijadas unilateralmente por el órgano del Gobierno titular de la facultad de dirección política?, ¿vinculan a los demás órganos del Gobierno y a la Administración?.

En principio la respuesta parece que debe ser afirmativa. La atribución de la facultad de dirección política al Presidente o al Consejo de Gobierno (según las C.C.A.A.) sitúa a estos órganos en una posición de dirección respecto de los demás órganos del Gobierno y de la Administración y confiere a sus actos un carácter vinculante. Si el legislador no perseguía esta finalidad, si quería dejar totalmente abierta esta cuestión (y razones existen para justificar esta solución) debía haber obviado toda regulación. El legislador debe saber que las normas no son el mejor lugar para hacer declaraciones retóricas y que la voluntad de la ley es independiente de su propia voluntad.

Sin embargo, la afirmación del carácter vinculante de estas directrices debe matizarse en varios sentidos (aunque sea con toda la precaución que impone la sorprendente falta de elaboración doctri-



nal de estas figuras (directrices, relaciones de dirección, etc.) cada vez más aplicadas en todos los ámbitos del Derecho -Económico, Internacional...-). Concretamente es de advertir que :

Primero, parece evidente que un elemental principio de seguridad jurídica exige que estas directrices, para ser vinculantes, deben manifestarse a través de actos que posean una mínima formalización capaz de asegurar un conocimiento cierto de su contenido.

Segundo, que las directrices deben ser suficientemente genéricas como para no anular la autonomía de los demás órganos, incluidos los órganos de la Administración. Para algunos autores sería esta mayor libertad de valoración de los órganos a quienes van dirigidas las directrices lo que diferenciaría a éstas de las órdenes, instrumentos ambos de la relación de dirección (7)

Tercero, que, ciertamente, el concepto de directriz política es un concepto indeterminado, de contenido elástico, que resulta difícil de diferenciar de otros actos como, por ejemplo, los de dirección de la acción del Gobierno que a menudo se atribuye a los Presidentes. Esta incertidumbre, esta elasticidad, conlleva entre otras, una pérdida en la capacidad de vinculación de las normas que atribuyen la competencia de dirección política a un órgano de gobierno y no a otro, en la medida en que tan sólo discrimina casos extremos, cabiendo en sus márgenes muy diversos actos. Empero, perder capacidad vinculatoria no equivale a carecer totalmente de ella.

Cuarto, que la garantía de estas directrices y de las normas que atribuyen la titularidad del ejercicio de la actividad de dirección resulta difícil de asegurar jurisdiccionalmente: respecto a los órganos de la Administración podría pensarse también en este caso en una posible técnica de control sobre sus actos en base a criterios de desviación de poder o de arbitrariedad teniendo como parámetro a las directrices políticas. Pero, en cambio, no existe recurso jurídico alguno contra los actos del Presidente que contravengan las directrices del Consejo o invada las competencias directivas del mismo o viceversa. Ni al nivel de los órganos generales del Estado resulta factible una interpretación extensiva del artículo 59 de la LOTC (que regula los conflictos de competencia entre los órganos del Estado) incluyendo entre los conflictos el que pueda suscitarse entre el Presidente y el Consejo de Ministros. La garantía pasa, de momento, por el cese de los ministros o la dimisión de los miembros del Consejo.

Por último, lo que también parece innegable es la función inter-

pretadora e integradora que puede corresponder a las directrices políticas respecto de las normas que les dan actuación (2).

### III.- TRES MODELOS DE ATRIBUCION DE LA ACTIVIDAD DE DIRECCION POLITICA EN EL SENO DEL GOBIERNO.

Hasta el momento al hablar del órgano de dirección política nos hemos referido, salvo esporádicas alusiones, al Gobierno como un todo. Sin embargo, como es bien conocido, el Gobierno es un órgano complejo y, por tanto, debe precisarse a cual de los órganos que lo componen se atribuye la titularidad de la actividad que venimos analizando.

Atendiendo al tenor literal de las disposiciones en las que se otorga la competencia de fijar las directrices políticas pueden identificarse en los ordenamientos autonómicos tres grandes modelos.

El primero, adoptado en Galicia y Castilla La Mancha, podríamos calificarlo de "modelo colegiado".

Concretamente, la Ley reguladora de la Xunta y de su Presidente (1/1983 de 22 de febrero) establece claramente que es la Xunta, como "órgano colegiado de gobierno de Galicia", quien "dirige la política... de la Comunidad Autónoma" (art.primer) y, en su virtud, le corresponde "establecer las directrices y desarrollar el programa de gobierno". Al Presidente le compete únicamente "la dirección y la coordinación de la acción de la Xunta o Gobierno" (art.10). En términos muy parecidos se pronuncia el Decreto 46/1983 de 25 de enero regulador del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha.

Esta fórmula (atribución de la determinación de la política al órgano colegiado y dirección de la acción del Gobierno al Presidente del colegio) es empleada en numerosos ordenamientos jurídicos actuales. Tales son los casos, por ejemplo, de Francia y, parcialmente, Italia y España. Pues bien, en los dos primeros esta fórmula suele ser interpretada por la doctrina, de forma casi unánime, en el sentido de considerar atribuida la competencia para fijar las directrices políticas al Consejo de Ministros (que las adopta mediante el procedimiento a través del cual este órgano toma sus decisiones), correspondiéndole al Presidente una función de dirección interna del colegio.

Ello no impide que el Presidente, en su calidad de director de la acción del Gobierno (órgano colegiado imperfecto) pueda ejercer una muy notable influencia sobre la actividad de dirección del mismo,

y esto no solo expost (en la aplicación de la política adoptada por el Consejo de Ministros: coordinando, controlando la acción de sus miembros), sino también exante, en la determinación de la misma. No en vano él es el responsable de poner al Consejo en situación de fijar esta política. Por ejemplo, le corresponde convocar las reuniones del Consejo, fijar el orden del día..., lo que es más relevante, le corresponde nombrar y cesar libremente a los miembros del Consejo, con lo que, en definitiva, él es quien configura al órgano colegial.

Sin embargo, la decisión respecto a las directrices políticas corresponde y se imputa únicamente al Consejo de Gobierno como órgano colegiado y el Presidente debe actuar dentro de ellas: constituyen el límite material de la función presidencial.

No obstante, este modelo, que guarda una notable semejanza con el establecido por la Constitución española respecto al Gobierno central<sup>(9)</sup>, al igual que sucede en este caso, parece distorsionarse gravemente al comprobar el especial protagonismo atribuido al Presidente en los actos de dirección política que implican relación con el Parlamento, actos que, como sabemos, son precisamente los actos formales de mayor relieve.

Así, es el Presidente quien presenta "su" programa de gobierno antes de la constitución del Consejo, quien plantea la cuestión de confianza -previa deliberación del Gobierno-, quien solicita al Parlamento la celebración de debates generales. En definitiva, la relación fiduciaria entre el Gobierno y el Parlamento surge en torno al programa del Presidente y se mantiene y cesa con especial protagonismo del mismo.

¿Cómo deben interpretarse estos actos?, ¿cuál es la situación en la que se hallan el Presidente y el Consejo en su realización?. A mi entender, es precisamente en la respuesta a este tipo de interrogantes donde juegan un papel de mayor transcendencia los artículos que, como los que estamos analizando, atribuyen una actividad materialmente definida a un determinado órgano, contribuyendo a señalar su posición constitucional.

En efecto, estas fórmulas genéricas son la base de toda la parte orgánica del derecho constitucional y tienen una voluntad reguladora muy fuerte, al extremo de que todas las competencias otorgadas a los distintos órganos deben interpretarse a partir de las normas que precisan su posición constitucional<sup>(10)</sup> (aunque, a su vez, el contenido de estas normas, por ejemplo, la que atribuye la facultad de deter-

minar la política general, debe redimensionarse atendiendo sistemáticamente tanto a la posición de los demás órganos como a las competencias concretas mediante las que puede hacerse efectivo su ejercicio).

Partiendo de estos presupuestos puede afirmarse:

Primero, que en un primer momento, antes de la Constitución del Consejo de Gobierno, corresponde personalmente al Presidente el ejercicio de la actividad de dirección política, fijando un programa de gobierno, presentando al Parlamento las directrices a seguir en la futura acción política (naturalmente, en la práctica, el programa presidencial suele ser fruto de la intervención del partido o partidos que le sostienen e incluso de los futuros consejeros -la misma complejidad del programa imposibilita la acción unipersonal-, no obstante, la atribución al Presidente en régimen de monopolio de la competencia para presentar "su programa" tiene, como mínimo, una virtualidad común a todas las atribuciones jurídicas de competencias: facultan a su titular para decidir en última instancia la conversión o no en acto formal de las sugerencias ajenas- lo que evidente le confiere también un notable poder político-).

Segundo, una vez constituido el Consejo de Gobierno la fórmula legal no permite dudas: la facultad de señalar las directrices políticas corresponde en exclusiva a este órgano y, en consecuencia, el Presidente debe actuar en su seno, no pudiendo realizar actos personales de dirección al margen del Consejo. Aunque en la práctica, como ha quedado dicho, el Presidente puede influir de forma decisiva en la adopción de una determinada línea política u otra. Y ello no solo por factores de índole estrictamente política (jefatura del partido que sostiene al Gobierno, capacidad personal de liderazgo ...), sino por sus competencias jurídicas entre las que destacan, como sabemos, las de formar; modificar o provocar el cese del colegio gubernamental con lo que en todo momento puede moldear a su interlocutor. Sin embargo, la decisión final sobre las directrices políticas corresponde en exclusiva al Consejo de Gobierno.

A la luz de este principio deben interpretarse las competencias que estamos analizando. Así, por ejemplo, en los ordenamientos que adoptan este "modelo colegiado" la deliberación del Consejo previa a la presentación de una moción de censura ante el Parlamento debe considerarse vinculante para el Presidente (conviene advertir que el término "deliberación" en nuestro ordenamiento se utiliza tanto para referirse a deliberaciones cuyo resultado es vinculante como

a las que no lo es (11)). La presentación de la moción de confianza en base a una declaración política general es un típico acto de dirección política. Y, por tanto, la única interpretación sistemáticamente coherente consiste en atribuir su titularidad no al Presidente, sino al Consejo afirmando el carácter vinculante de su deliberación (12).

Lo mismo sucede en el caso de la solicitud de debates sobre la orientación general de la política del Gobierno. La decisión sobre su procedencia y sobre el contenido de los mismos corresponde al Consejo. El mismo principio debe aplicarse a los demás actos de dirección política.

La eficacia de estos actos, respecto a los demás órganos del Gobierno y de la Administración ya han sido analizadas con anterioridad y, por tanto, no vamos a volver aquí sobre el tema.

El segundo modelo es el establecido en el ordenamiento jurídico andaluz. Se halla en el extremo opuesto al que acabamos de analizar y podríamos atribuirle el calificativo de "presidencialista" en lo que se refiere a la actividad de determinar los objetivos políticos

La redacción de la Ley del Gobierno y de la Administración de 6/1983 de 21 de julio es clara: al Presidente, en su calidad de Presidente del Consejo de Gobierno, "le corresponde fijar las directrices de la acción de Gobierno" (art.16). En tanto que, según el artículo 26, al Consejo de Gobierno le compete, tan sólo, "desarrolla el Programa de Gobierno, de acuerdo con las directrices fijadas por el Presidente".

El Presidente es, pues, el titular único de la competencia de dirección política, de la facultad de determinar la orientación política general. El Gobierno interviene solamente en la fase posterior, en la actuación de estas directrices señaladas por el Presidente. Ciertamente, esta intervención puede tener una muy notable influencia sobre la tarea presidencial de dirección política. Entre otros motivos porque, a pesar del que el Presidente tiene una especie de potestad reglamentaria propia para dictar Decretos de la Presidencia (13), es el Gobierno quien convierte, en la mayoría de los casos, las directrices del Presidente en actos de relieve externo (aprobando proyectos de ley, nombramientos, ~~resoluciones de recursos~~, resolución de recursos, etc.). Por esto los dos modelos en la práctica se aproximan (en el primero el Gobierno necesita del Presidente, en el segundo el Presidente necesita del Gobierno). Por otra parte debe recordarse

el amplio margen de acción que deja el carácter relativamente indeterminado del contenido de esta competencia de dirección.

No obstante, aceptados estos límites, en el modelo que analizamos queda fuera de duda que el Presidente es el titular único de la facultad de dirección política (y ello, como hemos notado, puede tener importantes consecuencias prácticas), a la par que, para llevar a cabo su actividad de dirección y coordinación de la acción del Gobierno, tiene unas competencias que refuerzan muy notablemente su posición en el seno del colegio gubernamental (14).

De esta titularidad derivan una serie de consecuencias. Por ejemplo parece evidente que los actos de dirección política del Ejecutivo dirigidos al Parlamento (presentación de la cuestión de confianza, solicitud de debates generales, etc.) son actos presidenciales en los que la participación del Consejo de Gobierno tiene un carácter no vinculante.

Por otra parte esto supone la capacidad de dictar directrices dirigidas al Consejo (como afirma explícitamente la ley de Andalucía que venimos analizando), a los Consejeros y a los demás órganos de la Administración. Directrices que, con las matizaciones que conocemos, tienen carácter vinculante.

Por último observemos que, según prevé la mentada ley, el Presidente puede delegar parte de sus competencias ejecutivas y, entre ellas, la de presidir los consejos de Gobierno, pero no puede delegar la facultad de dirección política. Esto puede entrañar numerosos problemas que abordaremos brevemente al tratar el último de los modelos de atribución de la actividad de dirección política.

El tercer modelo es en cierta forma un modelo intermedio: atribuye la facultad de dirección política de modo compartido entre el Presidente y el Consejo de Gobierno. Como en el caso andaluz, se otorga al Presidente la facultad de establecer las directrices generales de la acción de gobierno. No obstante, el Consejo no se limita a desarrollar estas directrices bajo la dirección del Presidente, sino que se le atribuye también la competencia de "determinar las directrices (no generales, se supone) de la acción de gobierno" (15).

Esta distribución de competencias plantea al intérprete problemas casi insuperables. Si ya es problemática la delimitación del concepto de directriz política, resulta prácticamente imposible precisar los límites entre las directrices generales de la acción del Gobierno

y las directrices no generales. Dificilmente puede constituirse un concepto jurídico sobre esta base. Aquí sí podría aducirse la afirmación de Stein de que "se trata de un concepto tan indeterminado que raramente permite precisar si una materia está o no incluida en él. La línea de separación entre la competencia del Canciller federal (aquí del Presidente) y la del Gobierno no es una cuestión jurídica sino política)"<sup>(16)</sup> En rigor, como hemos apuntado más arriba, no es que este concepto carezca por completo de fuerza normativa, pero los límites son tan amplios que dentro de los mismos caben prácticamente todas las acciones y, en consecuencia, su fuerza normativa es prácticamente nula. No obstante, nada impide que la doctrina, las convenciones e incluso la jurisprudencia vayan delimitando estos conceptos, reafirmando así su fuerza normativa.

En el caso de Cataluña, que parece haber servido de paradigma a otras C.C.A.A., ese reparto de la facultad de dirección política parece responder a una de las dos grandes finalidades que pueden perseguirse con este ambiguo modelo: concretamente me refiero a la voluntad de asegurar una amplia posibilidad de delegación de facultades del Presidente en un consejero, restando aquel en una posición lo más apartada posible de las contiendas políticas. No obstante, este objetivo chocaba con la configuración estatutaria de la figura del Presidente que, como he tenido ocasión de argumentar en otro trabajo, no es un órgano "super partes" ni puede renunciar a su función de dirección política. Como apuntaba allí, a mi juicio, la mejor solución para resolver este dilema (garantizar al máximo la delegación dentro de los presupuestos estatutarios) consistía en reservar al Presidente la facultad de dirección política (o, mejor, al Presidente con el Consejo, puesto que a partir de la Constitución del Gobierno resulta claro que es este órgano colegiado quien determina las directrices políticas) y prever otra formación del Consejo presidida por el Consejero delegado a la que se atribuiría la facultad "ejecutiva" de actuar las directrices adoptadas por el Consejo de gobierno reunido bajo la dirección del Presidente.

La solución adoptada consistió, como hemos dicho, en repartir la facultad de dirección política y abrir la posibilidad de que el Presidente fije las directrices generales de la política sin participar en las reuniones del Consejo, puesto que ésta es una facultad

que también puede delegar, para asegurar más su carácter arbitral...)

Esta solución, aparte de que, como hemos dicho, por la indefinición de los conceptos utilizados (direcciones generales versus direcciones no generales) deja prácticamente sin fuerza normativa la regulación de esta importante actividad, aparte de ello, resulta de dudosa estatutoriedad en la medida en que, por ejemplo, parece permitir al Presidente fijar unas directrices políticas al margen del Consejo de Gobierno y, en consecuencia, sitúa a este órgano en una posición constitucional que no encaja en el sistema establecido por el Estatuto.

Con esta observación aludo a la segunda posible finalidad que puede haber sido perseguida por otras leyes de desarrollo estatutario que también consagran este modelo: Consiste, paradójicamente, en la voluntad de potenciar la figura presidencial atribuyéndole una competencia personal para fijar las directrices generales desviándose así, o, como mínimo haciendo una interpretación forzada de los Estatutos que tendían a reservar toda la actividad de dirección política al Gobierno como órgano colegiado.

Respecto a la eficacia de las directrices tanto presidenciales como gubernativas puede aplicarse mutatis mutandis lo dicho al tratar los otros modelos.

Y con esto acabo. Dejo sin abordar muchos temas relevantes como, por ejemplo, el de los posibles límites constitucionales, positivos y negativos, a la actividad de dirección política. Espero, sin embargo, que estas fragmentarias reflexiones contribuyan a llamar la atención sobre unas disposiciones olvidadas por nuestra doctrina a pesar del notable potencial que, a mi juicio, encierran. Con esta afirmación no olvido la advertencia de Schmitt acerca de la dificultad "de regular normativamente con los caracteres de una ordenación cerrada de procedimiento, la cuestión de la dirección política" (17). Es más, creo que, en buena técnica legislativa, quizá sería aconsejable no dictar normas sobre ámbitos tan resistentes a la regulación jurídica, puesto que se corre un riesgo excesivo de constante conculcación de estas normas, con el consiguiente desprestigio de la capacidad ordenadora de toda la regulación jurídica. Sin embargo, si el legislador decide regular este sector de la actividad de dirección, todos los "operadores jurídicos", y en especial la doctrina, deben contribuir a señalar el significado y el alcance jurídicos de estas disposiciones.



NOTAS

- (1) Una interesante aproximación a esta polémica puede hallarse, por ejemplo, en BASSI, Contributo allo studio delle funzioni dello Stato, Milán, 1969, pag. 64 y ss.
- (2) Como es conocido T.MARTINES (Studio sulla autonomia politica delle Regioni in Italia, Riv. Trim. Dir. Publ., 1956, pag. 111 y en la voz "Indirizzo politico" de la Enciclopedia del Dir., Vol. XII, pag. 136 y ss) distingue tres fases dentro de la actividad de dirección política: la teleológica, en la que se señalan los fines a alcanzar; la instrumental, en la que se establecen los medios; y la de realización. Otros autores excluyen de la actividad de dirección la fase de actuación o realización de los fines (p.e. GALIZIA, Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo, Milán, 1972, pag. 137 y ss) o la fase instrumental (p.e., GALEOTTI, Il potere di decisione (posizioni di fatto e posizioni di diritto nell'esercizio del potere politico in Italia) en Studi in Memoria di C.Esposito, Padua, 1975, pag. 1489 y ss, Vol. III). Por su parte, CHELI en su trabajo clásico sobre el tema (Atto politico e funzione d'indirizzo politico, Milán, 1961, pag. 164 y ss) circunscribe esta actividad a la transformación en el terreno jurídico de las directrices previamente fijadas.
- (3) Este proceso, como es sobradamente conocido, comienza propiamente en el período de entreguerras con lo que MIRKINE-GUSTEVIKOFF (Estudio preliminar a "Las nuevas Constituciones del Mundo", ed. España, Madrid, 1931, pag. 18) calificaba de "tentativo de introducir en los textos constitucionales el procedimiento del parlamentarismo. Este proceso parece culminar en la actualidad con la regulación parcial de la facultad de fijar las directrices generales de la política.
- (4) En Alemania la doctrina, al comentar el art. 65 de la Ley Fundamental que atribuye al Canciller la facultad de fijar la dirección política fundamental, se ha dividido entre quienes, como SCHMITT, MAUNE o ESCHENBURG, atribuyen a las "Richtlinien" del Canciller un valor normativo y quienes se lo niegan (HABERMAS, SELF, ...). (Un resumen de esta polémica puede hallarse en AMFICOUR, Le Chancelier federal dans le régime constitutionnel de la R.F.A., Paris, 1962, pag 247 y ss.).

En Italia, durante la vigencia del ordenamiento fascista, solía mantener el pleno valor normativo de las directrices emanadas del Presidente del Gobierno (MORATTI, CRISAFULLI ...). Finalizada la Guerra Mundial la mayor parte de los autores sostuvieron que el nuevo ordenamiento negaba cualquier valor jurídico a los actos de dirección. Sin embargo, con posterioridad un sector doctrinal vuelve a reconocer valor jurídico vinculante a estos actos (MANZELLI, GALIZIA, PIZZONUSSO, MORATTI, ... Contra: MARTINONI, PINNINGO, ...)

- (5) Destacan esta función unificadora, entre otros, MANZELLI, Il Parlamento, Bolonia, 1977, pag. 261 o A. RUGGERI, Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative, Milán, 1977
- (6) Sobre la necesidad de acuerdo bilateral vease, entre otros, MORATTI Istituzioni di diritto pubblico, Padua, 1975, pag. 534. El acuerdo tácito es aceptado por GALIZIA, ob. cit., pag. 215
- (7) Vid. D'ALBERGO, voz "Direttiva" en Enciclopedia del Dir., Vol III, pag. 608. GIANNINI, Diritto Amministrativo, Milán, 1976, pag. 295
- (8) Vid. PIZZONUSSO, Lesioni di Diritto Costituzionale, Roma, 1978 pag. 636. Este autor califica las directrices políticas de fracciones de normas.
- (9) Conviene observar, sin embargo, que en el modelo "estatal" la actividad de dirección se atribuye al "Gobierno" y, por tanto, apartándose de la interpretación general, cabría considerar que en este caso concreto no se refiere al Consejo de Ministros sino al Gobierno como órgano complejo entre cuyos órganos esté la Presidencia del Gobierno. En cambio, en los ordenamientos autonómicos la facultad de dirección política se otorga al Consejo Ejecutivo.
- (10) El Tribunal Constitucional español en alguna ocasión ha utilizado una técnica interpretativa similar. P.e, en la Sentencia 16/ 1984 de 6 de febrero en torno a la propuesta de designación del Presidente del Gobierno de Navarra, fundamentando su fallo en la posición que ocupa la Asamblea parlamentaria en el sistema de "parlamentarismo racionalizado" adoptado en el ordenamiento navarro. Un buen ejemplo de la necesidad de recurrir a las disposiciones que determinan la posición constitucional de los órganos para interpretar el alcance de las competencias concretas de los mismos nos la ofrece la regulación que nuestra Constitución hace de la Corona

- (11) For poner un ejemplo relativo al tema que nos ocupe señalemos que en varias C.C.A.A. los Decretos se adoptan previa deliberación del Consejo Ejecutivo -y así se hace constar en la fórmula promulgatoria o de expedición- y ello tanto si se trata de Decretos dictados sobre materias de competencia exclusiva del Presidente, como cuando este corresponde al Consejo. Evidentemente esta actividad deliberante del Consejo tiene distinto significado y valor en uno y otro caso.
- (12) En el mismo tenor literal de la Ley de Galicia pueden hallarse algunos indicios, siquiera sea débiles, que propicien esta interpretación, en la medida en que, según establece el artículo 4, 10, el Presidente propone a la deliberación de la Junta el posible planteamiento de la cuestión de confianza.
- (13) Sin embargo, resulta curioso el hecho de que repasando la legislación andaluza no aparecen Decretos del Presidente. En más, incluso aquellos Decretos sobre cuestiones de competencia exclusiva del mismo (como, p.e., la creación de Consejerías o la modificación de la denominación de las existentes (art. 16,4)), se adoptan por Decreto deliberado por el Consejo (la única diferencia estriba en que en este caso no se producen a propuesta de ningún Consejero). En cambio, en otras C.C.A.A. en las que no esté prevista la figura del Decreto del Presidente (y en las que no se proclama tan claramente la facultad exclusiva de dirección del mismo) los Decretos de competencia presidencial se dictan sin ~~referencia~~ referencia a la previa deliberación del Consejo. Tales son los casos, p.e., de Canarias, Cataluña, Madrid o el País Vasco.
- (14) Por ejemplo, se reconoce al Presidente capacidad reglamentaria para crear y extinguir consejerías, distribuir las competencias entre ellas, "establecer normas internas... para el buen orden de los trabajos del Consejo (art.16,7); para resolver los conflictos de atribuciones entre las consejerías (art. 16,5)... Debe advertirse que estas atribuciones en el modelo gallego corresponden a la Junta, no al Presidente.
- (15) En el caso Vasco la fórmula empleada se parece más a la andaluza puesto que, aunque se afirma que es el Gobierno el que establece los ~~objetivos~~ objetivos políticos generales, lo hace "bajo la dirección del Lehendakari" a quien corresponde definir "el programa

## EL GOBIERNO COMO PARTE DEL PODER EJECUTIVO

### EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

H. P. SCHNEIDER

De Auguste Thiers nos viene la frase: "Le roi règne et ne gouverne pas". Se remonta a la concepción latina: "Rex regnat, sed non gubernat", como, la empleó hacia fines del siglo XVI el Gran Canciller Jan Zamoyski en el parlamento polaco para explicitar la diferencia entre "dominio" y "gobierno". El dominio era confiado al rey por la gracia de Dios (Dei gratia); lo ejercía libre de ataduras legales (legibus solutus) por propio poder supremo. Sin embargo, la conducción de los asuntos de estado, el gobierno en el sentido más estricto, correspondía a una instancia nombrada y encargada por el rey, relativamente independiente, que -sometida a las leyes- tenía que cuidar y garantizar la seguridad exterior y la paz interior, así como el bienestar de los ciudadanos. Y así la separación de dominio y gobierno está en la balanza del moderno estado de derecho. Caracteriza la transición del feudalismo medieval que se apoyaba en bienes raíces y adeptos personales hacia la organización jerárquica y de administración apoyada por la autoridad pública y de servicios obligatorios, de los tiempos modernos.

En el actual estado constitucional democrático sigue viva la diferenciación entre dominio político y gobierno. Puesto que cuando se habla de "gobierno" puede referirse lo mismo en sentido amplio al poder de dirección y de mando estatal, como en sentido más estricto solamente a la actividad del órgano constitucional "gobierno". En territorio ~~lingüístico~~ anglosajón se diferenciaría ~~como~~ entre "government" y "administration". Trasladada a la democracia representativa, la frase de Thiers hoy debería decir en realidad: "el parlamento domina, pero no gobierna". Según el entender alemán, el concepto "gobierno" ha conservado sin embargo su doble significación, ya

que abarca la dirección del estado y la determinación política. Por ello me referiré en primer lugar al gobierno en el sentido amplio y funcional, antes de entrar en el gobierno como institución política y órgano constitucional según la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

I. Gobierno como dirección de estado

1. El gobierno expone según su función <sup>el poder</sup> ~~la fuerza política~~ política central en el estado constitucional democrático. Está continuamente y por tiempo encargado y por ello es responsable de la "dirección del estado". El gobierno no significa pues el conjunto de la acción estatal, sino sólo aquel apartado de gestión de estado "política", al cual pertenecen especialmente la conducción de la política interior y exterior, así como también el mando del proceso económico y del equilibrio social. En esto, relacionado con la tarea legislativa, falta sin embargo al gobierno aquel elemento de normatización racionalizadora, estabilizadora y prevista para largo tiempo. En su lugar se encuentran iniciativas políticas, decisiones creativas, planificación previsoras, así como dirección compendiadora y control dirigente de las actividades ejecutivas, en lo cual, en la Constitución ha llegado en gran medida el momento de la actividad y dinámica hacia la actividad. Por ello no es casual si en un estado constitucional democrático <sup>el ejercicio</sup> ~~la salvaguardia~~ de las funciones de gobierno en apoyo e influencia, así como en crítica y control van tan unidos con la actuación de los partidos políticos, que se habla también de "gobierno de partidos" y "partidos de gobierno".
2. En el punto central de las tareas de gobierno se encuentra la determinación de la dirección general política de la acción del estado (función directiva). Proviene de determinadas decisiones de dirección que <sup>se manifiestan</sup> ~~se cancelan~~ en programas de gobierno, declaraciones de gobierno o acuerdos de gobierno concretos. En la República Federal de Alemania el Canciller Federal tiene

en ello una posición relevante. Puesto que él solo determina según el contexto de la Constitución las "<sup>directivas</sup> directrices de la política" (Art. 65 frase 1 ). Que la práctica estatal sobre todo en un gobierno de coalición generalmente tiene un aspecto distinto y que la actual determinación política es ~~amenudo~~ el resultado de los compromisos lentos estipulados por direcciones de partido y de grupos parlamentarios, se toma manifiestamente de la Ley Fundamental. Si ciertamente un Canciller Federal como Helmut ~~Schmidt~~<sup>Si</sup> se preciaba de no haber tenido que hacer uso nunca de su competencia <sup>estriba</sup>directiva, es porque ~~deseansa~~<sup>la necesidad de acuerdo</sup> más en ~~la legalidad~~ inmanente de un gobierno de coalición, caso normal en la República Federal, que en la elevada autoridad de cada Canciller Federal. No obstante, el sistema alemán se denomina, y no del todo injustamente, "democracia de canciller."

Junto a la determinación política en general y en el caso aislado corresponde al gobierno, sobre todo a medio y largo plazo, la planificación política (función prospectiva). En relación a determinados proyectos ministeriales en primer lugar se compone de una votación y coordinación con la finalidad de asegurar la uniformidad de la política de gobierno y de su cumplimiento hacia el exterior, en lo cual realmente en ningún ~~modo~~<sup>modo</sup> se agota. A parte de ello la planificación política debe posibilitar una programación de tareas a largo plazo, que concuerde a la vez con los recursos financieros. Al principio de los años setenta, en el intento de introducir en la cancillería federal un sistema, integrado semejante de planificación de tareas o funciones y de gastos, se fracasó deplorablemente al dar con el egoísmo ministerial de cada ministerio y con la envidia de competencias de su funcionariado. Ha quedado el instrumento, en ningún modo carente de importancia, de la planificación financiera a medio plazo (Art. 109 Párrafo 3 ) que consta de un pronóstico de las necesidades financieras del estado para cinco años y que se reevalúa en unión del plan de presupuesto. A la vista de esta realidad desilusionadora parece

siguiendo

un poco exagerado si siguiendo con el entusiasmo de la euforia de planificación de los tiempos pasados, se sigue designando a la planificación política \_\_\_\_\_ como "función de gobierno básica".

Además, el gobierno en la República Federal de Alemania participa determinadamente en la fijación de normas (función legislativa). Le corresponde el derecho a la iniciativa para presentar proyectos de ley (Art. 76 párrafo 1 ), del cual hace uso con frecuencia. En conjunto, más del 80 % de los proyectos de ley provienen del sector del gobierno. Sobre el derecho de participación en todas las sesiones del parlamento y en sus comisiones, así como con ayuda del afianzado derecho a ser oídos en cualquier momento (Art. 43 párrafo 2 ) el gobierno adquiere una considerable influencia en el proceso normativo parlamentario. En base a su adelanto de información respecto a los diputados, en caso de deseos de cambio imprevistos, está generalmente en posición de ofrecer las llamadas "ayudas de formulación", y con ello, incluso de dar forma a su modo a la concepción final de la ley. Tras las experiencias negativas con la competencia del decreto de urgencia <sup>del Presidente del Imperio</sup> ~~del~~ artículo 48 párrafo 2 de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental <sup>otorgado</sup> no ha otorgado al gobierno potestad reglamentaria autónoma alguna. Más aún, según el Artículo 80 párrafo 2, todo reglamento jurídico necesita una <sup>autorización</sup> ~~vigerización~~ legal expresa que debe ser determinada según el contenido, la finalidad y la dimensión. Si bien estos criterios son aplicados generosamente por la jurisprudencia constitucional, de este modo la vinculación legal jurídicoestatal del gobierno (Art. 20 Párrafo 3 ) se lleva a cabo con bastante rigidez. Son absolutamente improcedentes los reglamentos jurídicos representantes de la ley o complementivos de la ley.

Finalmente el gobierno tiene la función de conducir la administración y de inspeccionar (función administrativa). Si bien en esto el gobierno <sup>d</sup> ~~co~~ayuda al cumplimiento; no es

idéntico a la administración, sinó como "<sup>cúspide</sup> ~~cumbre~~ del ejecutivo" es sólo una parte, aunque importante, del poder de ejecución. En esta propiedad, el gobierno ejerce la supervisión de derecho sobre la legitimidad de la administración así como también un control de conveniencia en vistas a las metas y directrices de la política de gobierno. Para ello dispone de las ordenanzas o instrucciones oficiales, que dentro de una estructura administrativa estrechamente jerarquizada, deben ser seguidas por los funcionarios. Como la profesionalidad alemana sin embargo se entiende como apolítica y obligada al bien común, se puede llegar ocasionalmente a tensiones entre las exigencias de los partidos políticos de un gobierno y la obligación de lealtad oficial por una parte, como el entendimiento apolítico y la ética oficial <sup>supra</sup> ~~ultra~~ partidista de la burocracia por otra parte. Para no elevar estos conflictos a lo intolerable, los funcionarios punta en los ministerios pueden ser <sup>despedidos</sup> ~~licenciados~~ por el gobierno, en todo momento y sin indicación de motivos.

3. Mientras en las funciones del gobierno (determinación de política, planificación, fijación de normas y ejecución) también intervienen otros órganos constitucionales, las potestades (competencias) que se derivan de la Ley Fundamental del gobierno federal, forman un "sector de reserva" que ni está abierto a otros órganos ni -tampoco parcialmente- pueden ser transferidos (sector del gobierno). ~~A~~ esto pertenece en primera línea el poder directivo político del gobierno, el cual, con el principio de gabinete en el Artículo 65 Frase 3, queda descrito tan solo de forma insuficiente. Contenido de este poder directivo es en primera línea la transcripción de las directrices determinadas por el Canciller Federal, directrices de la política en decisión vinculante con la consecuencia de que ningún ministro en la colectividad puede distanciarse y tiene que verificar uniformemente la representación de proposiciones de ley ante el parlamento. Así pues, no está permitido a los ministros actuar con-



tra la opinión del gobierno. Existe <sup>el</sup> ~~una~~ <sup>Compromiso</sup> llamado "fuerza de gobierno" ~~al~~ <sup>la</sup> cual un ministro se puede sustraer por dimisión, solamente con la aprobación del Canciller Federal. De este modo se asegura no solamente la unidad de conjunto de la actuación gubernamental, sino que a la vez también se <sup>inserta</sup> ~~esta~~ la responsabilidad ministerial en la "disciplina de gabinete". En estrecha relación funcional con el poder directivo político hay además un ~~sector~~ intangible e inexplorable sector consultivo y sector de iniciativa del gobierno, por el cual la libre formación de la voluntad y la votación interna dentro del gobierno debe ser protegida de la intromisión de otros órganos o de terceros profanos, y que por ello le es inaccesible incluso recabar información del parlamento. La constitución española, a este respecto parece que en el Artículo 109 proporciona una amplia normativa, y me interesaría saber cómo se practica.

Al lado del poder directivo político, ~~compete~~ <sup>compete</sup> al gobierno en el sector de lo ejecutivo, el poder de organización, el cual se extiende primero a la organización gubernamental, es decir, a la determinación de la cantidad y de la delimitación de lo que concierne a los ministerios. Además de ello el gobierno regula también la organización de las autoridades, "siempre que la ley no disponga otra cosa" (Artículo 86 Frase 2 ). El poder de organización del gobierno federal con ello se hace extensivo a la administración propia federal o sea a la organización de la administración, y sin embargo está a la vez limitado por una reserva de ley. A diferencia del poder directivo político el gobierno posee pues una competencia organizativa independiente limitada, la cual se retira tras regulaciones legales. Semejante ley de organización por ejemplo es continuamente necesaria para el establecimiento de las altas autoridades federales independientes. Además se tendrá que exigir por ley una normativa precisa en todas partes donde se crean autoridades o se reorganizan, que están facultadas para intervenir en las garantías constitucio-

nales. Es objeto de duda si la organización gubernamental misma está sujeta a la reserva de ley. En vista del hecho de que está asegurada la participación en los debates del parlamento, por lo menos en el presupuesto, según la práctica estatal llevada a cabo hasta ahora en la República Federal se podrá considerar carente de una concordancia legal de la estructura de gobierno, no en último lugar a causa de la sinceridad y flexibilidad exigidas por el principio de discontinuidad. Pero en tanto en cuanto existan o se creen leyes organizativas, el poder de organización del gobierno tiene solamente carácter subsidiario.

En el sentido objetivo y personal el gobierno dispone, no en último lugar, de un amplio poder de dirección, cuyo alcance se rige en particular según el sujeto respectivo. En la ejecución de leyes federales, lo cual es primordialmente cuestión de los Länder, se agota el poder de dirección en el ordenamiento de prescripciones de administración generales, mientras que el otorgamiento de órdenes aisladas a través de los ministerios como autoridades federales superiores tan solo es posible allí donde las leyes son ejecutadas por las instalaciones administrativas propias o por la administración del Land por encargo de la ~~confederación~~<sup>F</sup> Confederación. El poder de dirección objetivo del gobierno se rompe pues, en la República Federal de Alemania se rompe por el sistema federativo. Frente a ello su poder directivo personal va más allá: para la administración federal el cuerpo de funcionarios, y con él toda la estructura del servicio público a escala federal se regula por parte del gobierno a través de reglamento jurídico. El gobierno federal toma decisiones aisladas personales para todos los "funcionarios políticos", que en todo momento pueden ser licenciados, y para funcionarios con funciones directivas, desde el jefe de negociado hacia adelante. Justamente en cuestiones de personal, cuya defensa responsable corresponde al irrevocable ~~sector~~ núcleo del gobierno, la jurisdicción de cada minis-

tro se ve pues sobrepuesta y limitada por el poder directivo del gobierno, en medida nada despreciable. En adelante me dirijo al gobierno federal como órgano constitucional según la Ley Fundamental.

## II. Gobierno como órgano constitucional

1. Cuando no se emplea el concepto gobierno en el sentido funcional sino en el sentido institucional, es cuando regularmente se habla de "gobierno" como órgano constitucional. El gobierno federal pues, según la ley fundamental no es solamente un "órgano especial" de poder ejecutivo (Artículo 20 párrafo 2 frase 2 ) sino junto al parlamento federal, a la Cámara Alta, al Presidente Federal y al Tribunal constitucional federal también un "órgano constitucional superior" de la ~~Confederación~~ Confederación. Según el artículo 62 el Gobierno Federal se compone del Canciller Federal y de los Ministros Federales. Aún siendo órgano colegial, porque cada miembro tiene igual voz, no está organizado según el principio colegial, sino que <sup>reuné</sup> ~~uno~~ titulares de cargo de distintos derechos, de los cuales, además del ~~C~~anciller ~~F~~ederal también algunos ministros, como el Ministro para la Defensa, el Ministro de <sup>Hacienda</sup> ~~Finanzas~~ y el Ministro de Justicia poseen poderes legales constitucionales especiales. Para la distribución de competencias en el interior del gobierno federal el Artículo 65 marca la pauta, que a la vez realiza una parte de la separación de poderes dentro del gobierno: en primer lugar el Canciller Federal determina las directrices de la política y lleva la responsabilidad. En el marco de estas directrices cada ministro federal lleva a cabo la gestión de su ministerio de forma independiente y bajo propia responsabilidad. Sobre las diferencias de opinión interministeriales es el gobierno federal quien finalmente decide. De este modo el principio de cancelería, el principio de gabinete y el principio ministerial componen los tres pilares de la organización gubernamental en la República Federal de Alemania.

La diferenciación que con ello se produce implica no solamente una repartición de la responsabilidad política en el sector del gobierno, sinó que plantea también la pregunta por la relación de estas funciones y por su coordinación. Si se considera la norma del artículo 65 exclusivamente por sí sola, surgirá la impresión de que la competencia de las directrices del canciller federal están por encima de los poderes del ministro federal y del gabinete. Hay que tener en cuenta sin embargo que al gobierno federal como colegio, por la constitución o por ley le están asignadas competencias de decisión privativas, importantes, que el canciller federal igualmente por su competencia de directrices tampoco puede reclamar para sí, ni puede determinar en cuanto al contenido. Es el caso del derecho a la iniciativa de ley y de la promulgación de reglamentos jurídicos y de disposiciones gubernativas, además de competencias de inspección y poderes directivos frente a los Länder, en el cumplimiento de las leyes federales, así como también, en situaciones de emergencia, la decisión sobre el empleo de protección marginal federal o del ejército federal en el interior y de la petición de declaración de estado de emergencia legislativa. En tanto que aquí el gobierno federal está previsto como órgano deliberante competente, el principio de gabinete indudablemente tiene ya por ello la primacía, porque todos los miembros del gobierno incluido el canciller federal están vinculados a estas deliberaciones.

Solamente en relación con la responsabilidad ministerial se puede hablar de cierto sobrepeso del principio de cancillería, porque los ministros están vinculados a las directrices políticas del canciller. El principio ministerial está por encima de la competencia de directrices de la competencia del gabinete, por cuanto la constitución, en una cuestión asignada sólo al gobierno federal, vincula el acuerdo del gabinete a la aprobación de un ministro, como por ejemplo en el caso de gastos que excedan al límite fijado en el presupuesto

o se realicen fuera del mismo (Artículo 112 ). En tal caso el canciller federal no podría sustituir el acuerdo necesario ni por la decisión de directiva ni forzar a ello por demanda de apelación; antes tiene que proponer dimitir al obstinado ministro y buscarse un sucesor dispuesto. En conjunto pues, no se pueden incluir los tres principios de organización básicos del sector del gobierno en un esquema sencillo de preordenación y subordinación, ni tampoco someterlos a una estricta relación de preferencias o de prioridades, sino que están coordinados unos a otros en forma diferenciada, y cada vez con responsabilidades políticas especiales y también frente al parlamento, incluso cuando es inequívoca una cierta dominancia política de la competencia directiva del canciller federal según el derecho constitucional vigente.

2. La realidad constitucional en la República Federal de Alemania tiene sin duda otro aspecto. Incluso desde que los cancilleres federales se precian de no haber tenido que hacer nunca uso de su competencia de directiva, se suscitan crecientes dudas, incluso entre juristas constitucionales, acerca de si el principio de cancelería en el artículo 65 juega realmente el papel importante que parece haberle querido asignar los constituyentes. Los motivos por los cuales las decisiones de la directiva extraordinariamente pocas veces se llegan a alcanzar, son de muy distinta índole. Una de las causas principales debe buscarse en el sistema pluripartidista bipolar de la república federal, que a causa de las dificultades considerables de un partido por alcanzar mayorías absolutas, ha institucionalizado, en unión del derecho de representación proporcional prácticamente la <sup>novedad de Coalición</sup> ~~coalicción~~ al gobierno de coalición. La estructura de organización y de procedimiento de los gobiernos de coalición sin embargo no se basa en decisiones autoritarias ni tampoco en decisiones de dirección, sino sobre acuerdos. Por ello las directrices de la política no son determinadas unilateralmente por el canciller federal, sino que son tratadas normativamente

por las personalidades dirigentes de la mayoría parlamentaria en gobierno, ~~fracciones~~ <sup>grupos parlamentarios</sup> y partidos, con lo cual frecuentemente hay que vencer una considerable cantidad de oposición política dentro de la coalición.

Esta situación ha conducido a que en la práctica estatal, la competencia directiva del canciller federal de facto se ha retirado por detrás del principio de gabinete y de ministerio, en lo cual el partido cada vez mayor en la coalición de gobierno suele preferir el gabinete como instancia decisoria para mantener a la minoría en el curso del gobierno, mientras el coaligado menor, con conocimiento de su función como proporcionador de la mayoría y por ello de su influencia política a menudo desproporcionada, acentúa más la responsabilidad ministerial. Estas inevitables tensiones, cambios y divergencias de la idea fundamental del artículo 65 han conllevado en los últimos años notables pérdidas por desgaste y mermas de eficiencia de gobierno que toleraban decisiones de mutuo acuerdo, acaso todavía sobre la base del menor común denominador ("coordinación negativa"), y en situaciones de crisis podían alcanzar incluso una profunda ~~entumecimiento~~ <sup>paralización</sup> de la actividad gubernamental. Ejemplos de muestra son actualmente la política fiscal, la política del medio ambiente y la política sobre extranjería. Aquí se bloquean ambos coalicionistas, apoyados cada vez por distintos grupos de población y círculos económicos, se bloquean mutuamente hasta casi el límite de la total incapacidad de acción.

3. A la vista de estos problemas, ya a finales de los años sesenta se elevó la petición de una reforma gubernamental amplia, ostensiblemente ante el trasfondo de las experiencias en y con la "Gran Coalición" del tiempo entre 1966 y 1969. Se formó una "Comisión delegada del gobierno para la reforma de la estructura del gobierno federal y de la administración federal" y se le coordinó una comisión de proyecto, que primeramente se puso la meta provisional de delimitar de nuevo los campos de acción

de los ministerios, de dar forma más eficaz a la institución del secretario de estado parlamentario y sobretodo de mejorar el instrumental de gestión del gobierno. De este trabajo salió el proyecto de un sistema de planificación política, al cual se asignó, en el transcurso de siguientes reflexiones de reforma, la tarea de desarrollar un "presupuesto de programa", que unido a un proceso de planificación financiera debía posibilitar una planificación más sólida, orientada según el programa, de las funciones del estado y una óptima gestión conjunta de la planificación de objetivos políticos, de planificación de programa especial y planificación de presupuesto concreta. Para este fin se recomendó la intensificación de la planificación del programa en el ámbito ministerial, donde se fueron disponiendo grupos de planificación o se fueron nombrando encargados de planificación y más tarde la creación de un amplio sistema de información de gobierno acerca de todos los programas ministeriales, su duración temporal y sus costes, así como el desarrollo de la planificación de metas políticas y planificación de programa en el ámbito del gobierno en la cancillería federal. Como resultado de este proceso de planificación debían fusionarse en un presupuesto de programa integrado a largo plazo -semejante al "Planning-Programming-Budgeting-System" (PPBS) del Pentágono- el programa conjunto del gobierno con el presupuesto, sobre la base del trabajo preparatorio efectuado en el ministerio.

Posteriormente estas remotas metas de una reforma de gobierno pueden calificarse como hoy es actual, de ingenuas. Naufragaron ya antes de tiempo por esperanzas demasiado elevadas y por la falta de disposición del ministerio, de dejarse oprimir en este "corsé de planificación" -ya entonces un signo de la debilidad política del principio de cancillería. Hasta ahora exclusivamente la institución del secretario de estado parlamentario se ha mantenido y ha dado buen resultado. Según el modelo del "junior minister" inglés apoyan a su jefe minis-

terial en el cumplimiento de sus funciones políticas y son responsables especialmente para las relaciones del ministerio correspondiente con el parlamento. A causa de estos contactos directos crecientes este nuevo negociado ha debilitado más el principio de cancillería que no lo ha reforzado. En el fondo sin embargo los problemas de una forma de gobierno en la República Federal siguen sin resolver y en vistas a unos recursos cada vez más exigüos se han vuelto más perentorios. En el futuro, si no se puede confiar en el principio de cancillería, menos aun en las "fuerzas de curación espontánea", sino que se podrá superar el egoísmo ministerial natural sólo mediante el refuerzo del principio de gabinete. En la República Federal debería crecer el entendimiento de que las decisiones mayoritarias, incluso en un colectivo de coalición, corresponden a lo cotidiano, y en ningún modo tienen que poner en peligro la existencia de un gobierno pluripartita.

4. El contexto de la constitución no queda el último en ir a favor de semejante insistencia y refuerzo del principio de gabinete. Cuando en la Ley Fundamental se habla de "Gobierno federal" siempre significa el colectivo de gabinete compuesto por Canciller Federal y Ministros Federales. El artículo 62 comprende una definición legal. De ella se desprende la necesidad de una decisión de gabinete para todas las competencias expresamente asignadas al gobierno federal. Para llegar a dominar la gran cantidad de materias de consulta impuestas y para ganar tiempo suficiente para problemas de principio, el modo de trabajo del gobierno federal se caracteriza por una considerable descentralización y delegación, o sea, por una amplia descarga y *coordinación previa*. Cada asunto que debe ser sometido al gobierno federal, debe ser discutido en primer lugar por los ministerios afectados. Si se ha alcanzado unanimidad o si una expresión oral en el gabinete no parece necesaria, ya puede resolverse en el proceso de circulación. De no ser así, debe llevarse a cabo primeramente un intento de acuerdo personal entre los ministros federales, en el cual puede tomar parte



también el canciller federal. Tan solo cuando estos esfuerzos han resultado infructuosos tiene lugar en el gabinete una relación oral, sobre base de documentos, en los cuales los puntos en litigio ~~de~~ deben indicar claramente y se deben facilitar propuestas de solución fundamentadas. La potestad del gabinete para decidir acerca de las diferencias de opinión interministeriales (artículo 65 párrafo 1 frase 3 ) tiene por ello, en la práctica del estado, como (ultima ratio) solamente significado subsidiario. Para la preparación de sus decisiones y para mayor aclaración de complejos de causas, el gobierno federal puede servirse de los llamados "grupos de trabajo interministeriales" o de "comisiones" fijas (conocidas con la denominación de "gabinete de <sup>Hacienda</sup> ~~finanzas~~", "gabinete de economía" o "gabinete de defensa"). El establecimiento de tales comités de gabinete no está regulada en ninguna parte; por ello sus acuerdos tienen carácter recomendatorio, y nunca pueden reemplazar decisiones del gobierno federal.

Según la Ley Fundamental el Canciller Federal ocupa un lugar preponderante lo mismo en el interior del gobierno federal como en relación con los otros órganos de estado. En el gabinete dispone solamente de un voto, así pues -según el principio colegial- está equiparado a los ministros federales como "primus inter pares". Aparte de esto lleva una triple responsabilidad de derecho constitucional: (1) para las directrices de la política (artículo 65 frase 1 ), (2) para la composición personal del gobierno federal (artículo 64 párrafo 1 ) y (3) para el conjunto de la actividad del gobierno frente al parlamento (artículos 67, 68, 69 párrafo 2 ). Más adelante volveré a hablar de esto en la relación gobierno y parlamento. En vistas a esta posición preponderante del canciller federal, la forma de gobierno de la República Federal se designa ~~a~~ menudo como "democracia de canciller". En efecto, hay que tener en cuenta que el canciller federal debe su aumento de poder en relación con el tiempo de Weimar (a pesar de las potestades amplia-

mente idénticas) menos a esta responsabilidad exclusiva directa frente al parlamento y a su complicada capacidad de ser destituido mediante el voto de desconfianza constructivo (artículo 67 ), que al hecho de que el presidente federal haya perdido considerablemente supremacía en comparación con el presidente imperial de la República de Weimar, y el canciller federal en muchos aspectos ocupa su puesto. Parece pues totalmente justificado considerar el ordenamiento fundado en un poder central superior según la Ley Fundamental bajo el aspecto organizativo, como "sistema de canciller", mejor: como sistema de gobierno parlamentario de canciller (que corresponde al "prime minister system" inglés).

Junto al canciller federal, todos los ministros federales pertenecen a los miembros del gobierno federal (artículo 62 ). En la Ley Fundamental no se evidencia ni su número ni el tipo y carácter de su cartera. Igualmente su situación jurídica sólo está regulada en parte en la constitución, principalmente está regulada en la ley de régimen interior del gobierno federal y en una ley ministerial especial. Los ministros federales son nombrados y destituidos a propuesta del canciller federal, por el presidente federal (artículo 64 ). Hasta aquí cada ministro se encuentra en una relación de lealtad con el canciller federal. Sin su consentimiento no, puede dimitir ni ser cesado. Por otra parte, un ministro federal no es solamente miembro del gobierno federal, sino jefe de un determinado ministerio, director de una "autoridad federal superior", y dirige "por sí y bajo su responsabilidad" los asuntos de su cartera (artículo 65 frase 2 ). En esta peculiaridad sigue ligado a los acuerdos del gabinete y a las decisiones directivas, pero no tiene que atenerse a disposiciones aisladas. Está más supeditado con su competencia ministerial a una propia responsabilidad ministerial "política" frente al parlamento, que realmente por su parte no posee ninguna posibilidad de obligarle a cesar. A causa de esta "inconsecuencia" de la Ley Fun-

damental se pueden producir tensiones entre la lealtad al canciller de un ministro federal por una parte y su responsabilidad parlamentaria por otra parte, que, en derecho constitucional solamente pueden ser resueltas mediante la responsabilidad del canciller. La destitución de un ministro a través del parlamento es improcedente. Sin embargo la responsabilidad parlamentaria del ministro federal tiene significación real y de derecho constitucional: consiste igualmente en un deber de cuentas como en un deber de prestación. Después de esto, todo miembro de gobierno no sólo tiene que expresar su conducta y justificarla, <sup>ante el ~~Asamblea federal~~ Bundestag</sup> sino que debe dar cuenta a los diputados y sacar de la crítica consecuencias personales y objetivas. También sin las posibilidades de una queja ministerial o de un voto de desconfianza formal <sup>el ~~Asamblea federal~~ Congreso de los Diputados Bundestag</sup> dispone de un instrumental múltiple para imponer la responsabilidad ministerial, instrumental que abarca desde el simple acuerdo de reproche o de desaprobación, sobre el derecho a citación, a interpelación o a investigación hasta las restricciones presupuestarias y hasta el voto de desconfianza contra el canciller federal. Con esto he llegado ya a la relación entre gobierno y parlamento, de la cual quisiera hablarles brevemente.

### III. Gobierno y parlamento

1. Si bien la Ley Fundamental no emplea el concepto "sistema de gobierno parlamentario" y en un lugar marginal habla de pasada de "control parlamentario" (artículo 45 b ), en el capítulo sobre gobierno federal la cuestión de la elección del canciller federal por <sup>el ~~Asamblea federal~~ Congreso de los Diputados B.</sup> (capítulo 63 ), el derecho de nombramiento de ministros y la competencia directiva del canciller federal (artículo 64, 65 ) así como sobre todo con la responsabilidad política del gobierno federal frente a <sup>el ~~Asamblea federal~~ Congreso de los Diputados B.</sup> (artículo 67, 68 ) deja amarrados los elementos más importantes de un sistema de gobierno parlamentario por derecho constitucional. Como sistema parlamentario se designa

en la doctrina constitucional aquella forma de gobierno, en la cual la existencia de un gobierno depende (realización o subsistencia) de la confianza del parlamento, más exactamente: del voto explícito o la sanción implícita de la mayoría parlamentaria. Donde la influencia del parlamento va tan lejos que elige al jefe de gobierno (canciller, presidente de ministros), no existe ningún sistema parlamentario. Como según esto la existencia del gobierno federal depende de la confianza de la <sup>B.</sup> ~~Asamblea~~ ~~federal~~, se considera al parlamento como órgano constitucional superior, que a la vez se encuentra en el centro de gravitación del juego de fuerzas políticas. En tanto que la representación nacional, por su parte, procede de votos inmediatos (artículo 38 ), mediante lo cual se realiza el principio de la soberanía popular (capítulo 20 párrafo 2 ), el sistema de gobierno parlamentario está tan estrechamente relacionado con la ordenanza democrática de la Ley Fundamental (artículo 20 párrafo 1, 28 párrafo 1), que se designa a la República Federal de Alemania, por su forma de estado, como "democracia parlamentaria".

2. En el centro de cada consideración del sistema parlamentario se encuentra naturalmente la pregunta por la relación parlamento y gobierno. Mientras bajo la supremacía del principio de división de fuerzas en el estado constitucional, gobierno y parlamento como órganos separados estaban uno frente al otro, el sistema parlamentario es identificado por el cambio político de gobierno y mayoría de gobierno por una parte y oposición parlamentaria por otra parte. Al mismo tiempo esta oposición política se complementa mediante una colaboración práctica de gobierno y parlamento en el sentido de una dirección de estado participativa, y a veces incluso se <sup>Sola pa</sup> ~~sobreponen~~. En el reconocimiento de que numerosos asuntos importantes de la política incluso en el sistema parlamentario o bien se reservan por la fuerza de la constitución al gobierno, o bien son considerados por él como dominios propios, que además necesitan de un con-

trol parlamentario eficaz del apoyo a la mayoría y que a fin de cuentas la oposición parlamentaria depende de las informaciones del gobierno, Friesenhahn desarrolló su modelo del "Regierung zur gesamten Hand" <sup>o saber, una forma de parlamentarismo cooperativo</sup> y ha adjudicado las tareas de la "dirección del estado" (government) conjuntamente a los órganos parlamento y gobierno, para ampliar así el campo de acción y de influencia del parlamento frente al gobierno. Si de esto se saca el final de que la actividad de los diputados -a saber en las comisiones- se demuestra cada vez más como "cogobierno parlamentario", porque el control continuo permite una <sup>supervisión</sup> ~~vigilancia~~ más intensiva del gobierno que el posterior control de resultados, existe el peligro de que con ello no solamente se borren los límites de autonomía constitucionales y los sectores de responsabilidad entre parlamento y gobierno, sino que también quede fuera de consideración el papel político de la oposición parlamentaria, los déficits de información y los déficits de decisión del parlamento se contraigan a simples déficits de participación en el gobierno. Es por esto justamente que habrá que considerar con cierto escepticismo también los más nuevos esfuerzos de ligar el parlamento a un "proceso cooperativo de dirección de estado" y así excluir la oposición o bien incluirla en la "obligación de cogobernar".

3. Junto a las elecciones y a la legislación el control político del gobierno está comprendido entre las tareas principales del parlamento federal. Si bien esta competencia de control de todo el parlamento frente al gobierno -un día señal estructural del estado constitucional- también <sup>está incuestionablemente</sup> ~~está~~ bajo el dominio del sistema parlamentario, la salvaguardia de estas tareas en la práctica constitucional proporciona dificultades nada despreciables. Ya que el control efectivo del gobierno presupone decisiones parlamentarias mayoritarias, que por lo menos están dotadas con un mínimo de vinculación. Ya que sin embargo justamente la mayoría en el sistema parlamentario, normalmente apoya políticamente al gobierno y por ello generalmente no está interesada

en un control eficaz, el negociado de custodia democrático es defendido de la oposición parlamentaria, sólo por una minoría. Si en vista de esta situación no quiere lamentarse constantemente de déficits de control o se quiere sustituir control por cooperación, habrá que acostumbrarse paulatinamente en el sistema parlamentario a que aquí el "control" no puede consistir en primera línea en obligar al gobierno a la voluntad del parlamento (<sup>supervision</sup> ~~vigilancia~~) o bien en buscar la salvación en colaboración tras puertas cerradas (cooperación), sinó sobre todo publicación de situaciones equívocas (crítica), agregación de intereses mal atendidos (publicidad) y demostración de una voluntad política alternativa (contraste). Para ello el parlamento federal tiene a su disposición determinados gremios de control e instrumentos de control (artículos 41, 43 párrafo 1, 44, 45 b, 46 ).

Una verificación del control parlamentario con la consecuencia del cambio de gobierno no es posible sin embargo a través del llamado "voto de desconfianza constructivo" (artículo 67 ). Según esto, el parlamento federal puede expresar su desconfianza a un canciller federal solamente en la manera en que le obliga a cesar en el gobierno, votando con la mayoría de sus miembros a un sucesor, que el presidente federal tiene que nombrar. A menudo la estabilidad notoria de las relaciones de gobierno en la República Federal es reconducida justamente a esta determinación, la cual debe evitar la formación de mayorías heterogéneas y de gobiernos minoritarios. Si se mira a la práctica constitucional, parece haber contribuido a aquella firmeza y cerrazón de las coaliciones gubernamentales, el desarrollo del sistema cuatripartita bipolar mucho antes que el voto de desconfianza constructivo. En el primer caso de su actualización, que fue disuelto mediante cambio de <sup>grupo</sup> ~~fracción~~ de varios diputados, la solicitud correspondiente con la finalidad de la elección de canciller Rainer Barzels contra Willy Brandt del 27 de abril de 1972, también naufragó prontamente.

En el segundo caso de aplicación del artículo 67 había realmente una mayoría absoluta de CDU/CSU y partes de la fracción FDP con el candidato a canciller Helmut Kohl el primero de octubre de 1982, vencedor sobre Helmut Schmidt. Justamente este ejemplo muestra sin embargo que el artículo 67 podría muy difícilmente cumplir las funciones estabilizadoras que una vez le fueron asignadas. Un gobierno amenazado de desintegración de la coalición no se vuelve más estable que si puede ser retirado por una mayoría constructiva. Incluso cuando con motivo de un exitoso voto de desconfianza constructivo tiene lugar un cambio de canciller, se duda de su legitimidad y finalmente no se pueden negar las nuevas elecciones. Sin embargo no se puede conceder de entrada toda la razón al voto de desconfianza constructivo. Además de una posible función educativa y preventiva para caso de crisis ("fließt in beäng") el artículo 67 juntamente con el principio de democracia (artículo 20, 28) contiene el verdadero fundamento constitucional de la oposición parlamentaria.

4. En el sistema parlamentario, en el cual la existencia de un gobierno depende de la confianza de la mayoría parlamentaria y por ello ésta forma una unidad de acción política juntamente con el gobierno, generalmente el concurrente natural y el oponente del gobierno no es el parlamento como un todo, sino solamente la minoría: la oposición parlamentaria. Por este término se entiende la totalidad de los que no participan en el gobierno, pero potencialmente grupos capaces de gobernar (~~fracciones~~) en el parlamento; la capacidad de gobernar en el sistema pluripartita significa prácticamente capaz de coaligar, y no-participación en el gobierno significa "exclusión" de los poderes fácticos del artículo 65, (1) por la competencia directiva del canciller federal (también directamente sobre acuerdos de coalición), (2) de toda responsabilidad ministerial y (3) de la co-participación en el gabinete. En este sentido la oposición parlamentaria no es sólo un subproducto inevitable del siste-

ma parlamentario basado en la mayoría, sinó un elemento irrenunciabile de función del orden democrático. Ya que cuando la democracia por una parte consiste en un dominio siempre controlable en interés del pueblo, que requiere legitimación periódica, pero por otra parte sin embargo el sistema parlamentario posibilita una gran dosis de estabilidad de gobierno, el conflicto final latente tan solo así puede equilibrarse, de modo que cuide la posibilidad real de un cambio de poder político. La posibilidad real de cambio de poder es a la vez el principio de movimiento interno que el <sup>del</sup> parlamentarismo democrático (el ~~de~~ (democracia de alternancia). Por ello la oposición parlamentaria refiere su justificación de existencia en primer lugar del encargo legal de la constitución, de provocar un cambio de poder político. Según esto se rigen también todas sus funciones. Por encima de las funciones habituales de la crítica, el control y la formación de alternativas en relación con el gobierno, crece ~~la~~ la oposición parlamentaria bajo las condiciones de la democracia de masas en vistas al objetivo de cambio de poder y a las amplias posibilidades de acción: A través de participación en las juntas, algo como una función correctora y de colaboración; a través de la "articulación" de las propias propuestas y conceptos objetivos, una función de politización y de innovación; por "demostración" del disentimiento con el gobierno, una función de polarización y de agregación, y finalmente por una "información fidedigna de la población, una función de apertura y de publicidad. Desde estas funciones se determina y explica también la legislación de la oposición parlamentaria según la Ley Fundamental.

A diferencia de la postura de oposición en el parlamento, la relación oposición-gobierno está igualmente regulada de forma muy incompleta. Solamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal hasta ahora se ha tomado lo suyo. Así se decidió ya bastante pronto que en el estado democrático-parlamentario, la oposición no solamente tenía el derecho,



sinó también justamente una obligación, contra un contrato jurídico internacional ultimado por el gobierno " además de hacer valer sus reflexiones políticas, también las de derecho constitucional" (BVerfGE 2, 143, 170 f.). Hasta ahora quedó verbalmente abierto por parte del <sup>Tribunal Constitucional Federal</sup> BVerfGE si la oposición parlamentaria era asistida por el derecho de igualdad de oportunidades con el gobierno, y la cuestión quedó limitada a una prohibición de participación voluntaria de las fracciones de la oposición (tomando en consideración el tiempo concedido a cada orador) (BVerfGE 10, 4, 16 f.; y también artículo 43 párrafo 2). Más tarde el tribunal incluso midió las relaciones públicas del gobierno en el principio de igualdad de oportunidades, e hizo hincapié explícitamente de que se debería intentar que la mayoría "observara también los derechos de la minoría y tuviera en cuenta sus intereses, y que no le arrebatara la oportunidad legal ni se la acortara, de transformarse en la mayoría de mañana" (BVerfGE 44, 125, 142). Por ello la publicidad de las elecciones incluso por medio de relaciones públicas son totalmente improcedentes. Queda todavía abierta la última y aclaratoria palabra del tribunal referente a la igualdad de oportunidades entre gobierno y oposición.

#### IV. Gobierno en el estado democrático de partidos

1. Permítanme para terminar algunas palabras acerca de los problemas actuales del gobierno del estado democrático de partidos del presente. En vista del crecimiento económico descendente, luchas más fuertes por el reparto y supuestamente objetos de interés que ya no son compensatorios o bien diferencias de opinión. ( p. ej. economía contra ecología; Protección de la naturaleza y desarme; seguridad contra libertad, etc.) cada vez se plantea la pregunta por las posibilidades y fronteras de la "calidad de gobernable" en el sistema parlamentario, y la capacidad de actuar del estado a menudo se ha explicado, sobre todo en cuanto al más importante problema de supervivencia o de exis-

tencia del parlamentario. Con frecuencia se desconoce que pretendidos antagonismos de la división política en realidad sólo descansan sobre alternativas erróneas, que "gobierno", en una democracia no significa orden y obediencia o decisión y consumación, y que los contenidos de los bienes comunes, en un ente colectivo pluralista liberal nunca son pretendidos, sino siempre alimentados. Además falta pensar si los problemas discutidos actualmente acerca de la "governabilidad", no tuvieran su causa en que durante largo tiempo distintas mayorías en la Cámara Alta y en el Parlamento de facto se originara una coalición pluripartita, cuyos compromisos -a menudo cerrados en comisión mixta- una política de gobierno perseverante para conseguir sus fines no pocas veces se aguara hasta la desfiguración. Finalmente el sistema parlamentario es especialmente apropiado para canalizar intereses, absorber protestas así como de integrar el potencial de conflicto sobre el procedimiento de formación de mayoría, de la protección de la minoría y, como no, del cambio de poder político, en tanto en cuanto sea eficaz la bipolaridad de formación de volutades políticas típica para el parlamentarismo y sea suficientemente legalmente asegurada. No se debe negar que aquí son necesarias otras reformas del parlamentarismo y talvez más fundamentales. Antes de que la confirmación de la insuficiente capacidad de reforma del sistema parlamentario se produzca sin rodeos, aparece la llamada a alternativas institucionales como preocupación por la "governabilidad" del ente común, no solamente precoz, sino errada.

2. Por el contrario hay que tomar más en serio las voces que avisan, de que dudan de la adecuación futura del sistema parlamentario, o sea su capacidad de desarrollar perspectivas políticas a largo plazo, de reconocer a tiempo los futuros problemas sociales y conflictos, así como de tomar en cuenta efectos y consecuencias de decisiones políticas más allá del día o del periodo electoral, para décadas y talvez incluso para genera-

ciones futuras. Si bien el hecho de consecuencias irreversibles y más duraderas de las opciones políticas como tal no es nuevo, y hace ya mucho tiempo que se le conoce con la palabra clave "<sup>necesidades materiales</sup> Sachzwänge". Pero no sólo ha aumentado considerablemente el número de estas determinaciones válidas para el futuro, sino que también el riesgo de su campo de acción ha aumentado así como la gran cantidad de peligros que les son inherentes. De este modo las decisiones y la responsabilidad, respectivamente el control en el sistema parlamentario, amenazan no sólo personalmente, sino también objetivamente y temporalmente, y amenazan cada vez más seriamente con desmoronarse. El que tiene poder de organización generalmente (ya) no será alcanzado por las consecuencias de su hacer, y el que sea alcanzado <sup>no</sup> posee normalmente (ya) ninguna posibilidad de influencia. Así el parlamentarismo democrático puede atrofiarse hacia un paternalismo elitista, cuyo esfuerzo de prosperidad tan bien pensado como difícilmente realizable, a menudo será ocasión para un pensar exigente solapado, pero también para crítica más o menos justificada de las jóvenes generaciones.

3. Si se quiere salir al encuentro de tales tendencias paternalistas en la política, en primer lugar hay que constatar que no pertenecen en modo alguno a las peculiaridades específicas del sistema parlamentario, no mucho menos señalizan un defecto estructural correspondiente. Mucho más aparece el parlamentarismo <sup>de estado de partidos</sup> bastante capaz de cambio y flexible para vencer problemas futuros de forma responsable, o sea en caso de pronóstico inseguro, incluso de dejarlos abiertos. Para un mejor cálculo de las consecuencias a largo plazo y los riesgos de las decisiones políticas, en el ámbito parlamentario se ofrece la frecuente formación y el servicio institucional de comisiones de encuestas <sup>mixtas</sup> ~~mezcladas~~ (compuestas por expertos y políticos), que <sup>pueden ser dotados</sup> ~~tienen~~ derecho de iniciativa frente al parlamento. Los problemas que afectarán sobre todo a futuras generaciones deben ser aclarados en <sup>audiencias</sup> (Hearings) especiales

=====

EL AMBITO DE DECISION POLITICA Y  
TECNICA DEL GOBIERNO EXENTO DE  
CONTROL JURISDICCIONAL

=====

Enrique Alonso

EL AMBITO DE DECISION POLITICA Y TECNICA Y DEL GOBIERNO  
EXENTO DE CONTROL JURISDICCIONAL

Como es sabido, históricamente el control de la inmunidad del poder gubernamental se ha basado en un progresivo aumento de la "justiciabilidad" de las decisiones políticas y discrecionales del Gobierno(1).

No es necesario recordar cómo en nuestro Derecho es la enjuiciabilidad de la discrecionalidad administrativa decretada por la LJCA de 27 de Diciembre de 1.956 la que motiva que se distinga entre acto político y acto discrecional dado que el primero queda exento de control conforme al artículo 2.b de dicha Ley, y el segundo queda sometido a un progresivo control jurisdiccional mediante la separación técnica entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados (los segundos controlables por los tribunales ordinarios)(2), ■ mediante el control de los "elementos reglados" del acto discrecional, así como de sus "hechos determinantes" y del sometimiento de la discrecionalidad a los principios generales del Derecho(3).

Es sobre este estado de cosas sobre el que va a venir a incidir la Constitución Española de 1.978 (CE) cuyos artículos 24 y 97 van a producir la necesidad de replanteamiento del

alcance de la discrecionalidad política y técnica del Gobierno, especialmente cuando las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) números 63/1983 y 39/1983 han recogido la plena vigencia de la no justiciabilidad de actos políticos y de actos técnicos del Gobierno.

1.- Los llamados "actos políticos".

La pervivencia formal del artículo 2.b) LJCA que excluye de la jurisdicción "las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son...", ha dado lugar a que un sector de la doctrina opine que su texto debe entenderse derogado por el artículo 24.1 CE<sup>(4)</sup>.

Ahora bien, a mi juicio, ello no debe llevar a la afirmación de que no existen "otros actos políticos" no resudienciabables ante la Jurisdicción Ordinaria. El artículo 42 LOTC, por ejemplo, parte de la no justiciabilidad ante la Jurisdicción Ordinaria de los actos de los Parlamentos sin fuerza de Ley.

La propia Constitución regula actos del Gobierno o su Presidente como poder constitucional, iniciativa legislativa (artículo 87), convocatoria de referendum (artículo 92), nom-

bramiento y separación de miembros del Gobierno (artículo 100), planteamiento de la moción de confianza (artículo 112), disolución de las Cámaras (artículo 115),...etc..

Estos actos, que nada tienen que ver con el listado "ad exemplum" del artículo 2.b) LJCA, efectivamente no son residenciables ante los Tribunales Ordinarios y el TS los ha encauzado precisamente por la vía del artículo 2.b) LJCA sin que el TC haya reaccionado frente a ello.

En concreto, la STC 63/1983, de 20 de julio<sup>(5)</sup>, estimó que la petición, al amparo del artículo 14 CE, de la extensión de amnistía política para funcionarios militares era un "acto político", al no revisar el pronunciamiento de falta de jurisdicción (artículo 2.b) LJCA) del Tribunal Contencioso-Administrativo. Es más, al exigir la efectividad del artículo 14 CE medidas de índole legislativa, el TC derogó el amparo por estimar que la iniciativa legislativa era un acto político no exigible en una Sentencia.

Pese a las afirmaciones tajantes ya señaladas acerca de la derogación del artículo 2.b) LJCA, por tanto, las pretensiones contrarias a dichos actos no serían residenciables ante los Tribunales Ordinarios. Ahora bien, la doctrina de las

"cuestiones políticas" lo que afirma es algo más: no sólo no pueden los actos políticos ser residenciables ante los Tribunales Ordinarios sino que el propio TC tampoco tiene jurisdicción ni competencia para entrar en el fondo del asunto por ser un tema "político"<sup>(6)</sup>.

El TC no ha llegado, sin embargo, tan lejos ya que en la STC citada entró en el fondo del asunto. Sus resoluciones, pues no deben ser de falta de jurisdicción, como las de los Tribunales Ordinarios, sino de apreciación de la competencia del Gobierno (Sentencia de fondo)<sup>(7)</sup>. Al ser enjuiciados estos actos por el TC, ya hay un Tribunal que se pronuncia acerca de ellos con lo que se puede entender cumplido el requisito de tutela efectiva del artículo 24 CE<sup>(8)</sup> sin perjuicio de que, naturalmente, el TC puede y debe configurar áreas de libre movimiento político o discrecional (sentencias, se insiste, de fondo y no de forma).

Sin embargo, la STC 63/1983, aunque entra en el fondo y reconoce que se ha violado el artículo 14 CE, deniega el amparo, configurando como "acto político" no la materia o el acto enjuiciable, sino el posible remedio judicial a la violación de la CE (en una palabra, el artículo 55 LOTC exigiría, según el TC, una Ley, y eso no lo puede hacer el TC porque no le corresponde la iniciativa legislativa). Esto es lo que se



podría calificar de "nueva doctrina de los actos políticos del Gobierno" y que introduce un precedente peligrosísimo como se verá más adelante(9).

2.- Las llamadas "cuestiones técnicas" y los intentos de definir una "función judicial sustantiva" por el TC.

La STC 39/1983, de 17 de mayo(10), que ha sido objeto de algunos comentarios doctrinales(11), también ha puesto de relieve un problema relativamente complejo de la justicia constitucional, problema que igualmente se ha complicado en el Derecho comparado: la falta de capacidad (y, por tanto, poder constitucional) de los jueces para llevar a cabo decisiones "técnicas".

La célebre STC que decidió el tema de la televisión privada(12), ya anunció una vía de razonamiento que, afortunadamente, la "menos célebre" (más bien "desconocida") STC que decidió la cuestión de la televisión por cable(13), se ocupó de cortar de raíz.

Como es sabido, en la primera de estas dos Sentencias, gran parte del fundamento desestimatorio se basaba en el "problema técnico" que suponía regular la distribución de las ondas. La segunda Sentencia, donde dicho problema no se planteaba, reconoció que el auténtico fundamento de la anterior estaba en que el tema de la televisión privada era uno de aquellos que el constituyente había dejado al libre juego de la decisión política mediante Ley Orgánica. En todo caso, en ninguna de las STC's citadas se planteó si la denegación de revisión judicial en la vía previa<sup>(14)</sup> había supuesto una infracción del artículo 24 CE, lo cual resta interés al tema que ahora nos concierne.

Pues bien, en la STC 39/1983, de 17 de mayo, el TC desestimó un recurso de amparo contra la inadmisión de un recurso contra actos de la Administración, inadmisión que se fundamentaba en la no derogación del artículo 40 LJCA por el artículo 24 CE. La desestimación del amparo se basó en que la decisión de la clasificación de Coroneles a efectos del ascenso al Generalato<sup>(15)</sup> era una "cuestión técnica": "No puede olvidarse que ese control (24, 103 y 106 CE sobre la Administración) puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que

sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que, en sí mismo, escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales ....".

Como muy bien ha señalado E. Coca Vita<sup>(16)</sup>, esta jurisprudencia es tremendamente peligrosa porque restaura la idea de no justiciabilidad de la actividad discrecional de la Administración, normalmente toda ella técnica. Lo que realmente se pedía no era la sustitución del juicio técnico sobre los Coroneles "aspirantes" sino de los elementos reglados<sup>(17)</sup> que servían de base a dicho juicio y que el Tribunal Contencioso se había negado a hacer.

La STC citada debe quedar reservada, pues, a los anales de los malentendidos. Debió decidir que el TS entrara en el tema sin perjuicio de que luego declarara si procedía o no controlar los elementos reglados y anular o no la decisión administrativa. Si los elementos reglados son correctos, el acto puede y debe ser declarado correcto en el uso de la discrecionalidad administrativa que procede siempre que la Ley se le otorgue a la Administración.

No hay "cuestiones técnicas" o exentas no susceptibles de justiciabilidad. Hay "cuestiones técnicas" que configuran

un ámbito de poder administrativo discrecional que los Jueces deben respetar, admitir y declarar en su caso, en sentencias de fondo.

Naturalmente que los Jueces no van a convertirse en administradores porque eso "no es juzgar", pero sí van a convertirse, lo eran ya, en Jueces de lo que el Administrador haga si incumple la Ley para llegar a ese juicio "técnico" o "de administración".

El problema de los "jueces técnicos o administradores" no es sólo un problema del 24.1 CE en cuanto repercute sobre "acceso al proceso". También lo es del 24.1 CE en cuanto éste ilumina también la "ejecución de la sentencia" y es aquí precisamente donde las dos doctrinas del TC, discrecionalidad "política y técnica", tienen su nota común.

3.- Hasta dónde deben llegar la discrecionalidad política y la discrecionalidad técnica del Gobierno.

El Juez, como protector de los derechos fundamentales, está constitucionalmente obligado a fallar el restablecimiento del derecho fundamental aunque la legislación vigente no prevea mecanismos concretos para llevar a cabo ese fallo.

Pues bien, esos fallos pueden tener que llegar a implicar, a veces, no ya la necesidad de acometer "juicios técnicos"<sup>(18)</sup> sino quizás la necesidad de que, para dar cumplimiento al fallo, haya que "administrar" o que haya que llevar a cabo actos sustitutivos de los "nuevos actos políticos".

Dado que el artículo 43 LOTC permite impugnar y recabar protección frente a "vías de hecho", esa protección puede quizás no alcanzarse sino a través de un control riguroso, diario, de la Administración.

Corresponderá, entonces, al TC determinar hasta dónde el artículo 55 LOTC implica o no esa necesidad pero en hipótesis ese pronunciamiento es posible si nos atenemos al artículo 55 LOTC<sup>(19)</sup>.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en Norteamérica, donde el mandato constitucional de desegregación de escuelas, la garantía de los derechos constitucionales de los presos<sup>(20)</sup> o enfermos mentales o la judicialización del sistema de redistribuciones de partidos electorales para asegurar la igualdad de derecho de voto han convertido a los Jueces en "administradores" de gran cantidad de instituciones públicas y donde el TS ha tenido que "inventar" un concepto sustantivo de la fun-

ción jurisdiccional para poder limitar esas funciones "remediales" de los Jueces<sup>(21)</sup>.

Esta problemática no es ajena al TC. La STC 22/1984, de 17 de febrero<sup>(22)</sup>, por el contrario, ordenó a los Jueces "crear procedimientos especiales" si el legislador no lo hacía para que se hiciera realidad la obligación de control de los mandatos judiciales para la entrada en domicilios particulares en procedimientos administrativos que no preveían esa fase judicial. La STC 55/1983, de 22 de junio<sup>(23)</sup> apreció una denegación, por los Tribunales Laborales, del artículo 24 CE al inadmitir éstos una demanda laboral contra "prácticas antisindicales" porque el proceso laboral no preveía "remedios" contra esas situaciones ... etc..

Lo importante de estas últimas sentencias es que reflejan un fenómeno trascendental: son sentencias no de fondo sino de inadmisibilidad de la protección judicial. Los Tribunales ordinarios, en vez de admitir la demanda y analizar, en sentencia de fondo, qué "remedios" pueden ser considerados constitucionalmente válidos, lo que hacen es operar en sentido contrario: como el "remedio" que se pide excede la función judicial, inadmito el recurso. Por ello son todas estas STC's (incluida la de los ascensos al Generalato) sentencias del ar-

título 24 CE y lo que pedían las partes (salvo en el supuesto de la amnistía a militares republicanos) eran amparo frente a la denegación de tutela por inadmisión del recurso, es decir, frente a la denegación de acceso al proceso (y no frente a la defectuosa o insuficiente ejecución).

Este fenómeno de hacer repercutir la falta de "remedio" jurisdiccional adecuado sobre la accionabilidad de la pretensión, apreciándose la falta de jurisdicción, en vez de, en sentencias de fondo, delimitar cuáles serían los "remedios" adecuados que no contradigan el principio de separación de poderes, también ha tenido lugar en el Derecho Comparado. Así, por ejemplo, el Tribunal Burger, ha hecho que, debido a tres sentencias que admitían la falta de "jurisdiccionalidad" de pretensiones porque el único "remedy" posible para satisfacerlas suponía el ejercicio de funciones no jurisdiccionales, la doctrina añadiera a la doctrina de las "political questions" otra doctrina de la "justiciability".

La atipicidad de estas tres sentencias ha llevado a la doctrina norteamericana a clasificarlos genéricamente como casos de "federalismo"<sup>(24)</sup> o a inventar una categoría nueva sea con el nombre de justiciability cases<sup>(25)</sup> o con el de "otras contingencias del caso"<sup>(26)</sup> y a revestirlos de epítetos como los de "aberración"<sup>(27)</sup>.

Los tres llamados justiciability cases son Laird v. Tatum(28), O'shea v. Littleton(29) y Rizzo v. Goode(30).

Laird fué el primero y se explica fácilmente el por qué dió lugar a toda la jurisprudencia posterior. La demanda se basaba en la inconstitucionalidad de un Registro de Inteligencia Militar destinado a archivar datos acerca de los participantes en manifestaciones y reuniones legales, normalmente anti-Vietnam. Los demandantes alegaban que la existencia de ese archivo producía un "efecto inhibitorio real" (chilling effect) del ejercicio de las libertades de la primera enmienda.

El TS no admitió el argumento por dos motivos. El primero de ellos, probablemente el fundamental, era el de falta de legitimación, pues el efecto inhibitorio no se aprecia como suficiente interés a los efectos de vencer el requisito de legitimación salvo en casos muy excepcionales.

Bastaba con este argumento para declarar no justiciable el caso. El TS, empero, añadió otros argumentos: la única solución a que una aceptación de la justiciabilidad del caso podría llevar sería a un control constante por los jueces de las actividades que lleva a cabo el ejecutivo (en su rama de



defensa) para así impedir que se creen estos archivos; "tal papel de monitores constantes de la sabiduría y oportunidad de los actos del ejecutivo es propio del Congreso, actuando por medio de sus comités de investigación y del power of the purse(31)".

Junto al problema de la falta de legitimación, pues, C.J. Burger añadió una consideración distinta: el remedy a que daría lugar implicaría el ejercicio de funciones esencialmente no judiciales.

O'Shea puso mucho más de manifiesto que la segunda parte de Laird no era mero obiter dictum. El caso proviene de una acción de clase de residentes blancos y negros de Cairo, Illinois, entablada contra dos jueces locales alegando la discriminación en la administración de la justicia (básicamente persecución discriminatoria de la comisión de delitos leves y faltas) contra los que protestaban en manifestaciones y reuniones anti-racistas. En concreto, alegaban los demandantes que dos de ellos habían sido arrestados y procesados con infracción de varias enmiendas constitucionales (la primera, la sexta, la octava, la decimotercera y la decimocuarta).

De todas formas, la acción no se dirigía en concreto contra esos dos arrestos y procesamientos sino en general contra el patrón de conducta de los dos jueces locales.

El TS de nuevo adoptó dos argumentos distintos. El primero, del tipo de standing o legitimación, señalaba que gran parte de los que se habían incluido en la clase no habían sufrido daño real y que los que lo habían sufrido debían haber demandado por ese hecho en concreto. El otro argumento, sin embargo, afectaba a la naturaleza del remedy. La única solución, caso de aceptarse la demanda, sería "impracticable" porque supondría un control a priori, el de la continua vigilancia, sobre los tribunales locales, actividad no judicial por esencia al implicar administración de poderes autónomos como son los de los Estados sobre sus propios Juzgados o Tribunales(32).

Rizzo v. Goode, el tercer caso, es todavía más llamativo. Asociaciones pro derechos civiles de Philadelphia, demandaron a la policía local, agentes y directores, por diversas prácticas discriminatorias: arrestos vejatorios y otras conductas promovidas, parecía ser, por quasi-instrucciones verbales de carácter general.

El Decreto del Tribunal de distrito, negociado entre las partes y aceptado enteramente por la policía cuando llegó el caso al TS, les imponía la elaboración de una instrucción que debían seguir todos los agentes para evitar estas prácticas, instrucción que incluso funcionaba ya plenamente.

De nuevo volvió el TS a repetir los dos argumentos de O'Shea, insistiendo en que el remedy suponía un control de los poderes ejecutivos estatales-locales, que no corresponde a los Tribunales federales cuya función debe limitarse a enjuiciar casos concretos.

Pues bien, ¿en qué reside la anomalía respecto de todos los principios hasta entonces vigentes?.

La mayoría de la doctrina realza el aspecto de ausencia de daño efectivo a efectos de la legitimación. Tan es así que consideran el argumento final, el de los remedies como mero dictum, señalando el absurdo de que el TS entrara en el fondo, tratamiento que siempre se da a las cuestiones de remedy(33) cuando la falta de jurisdicción había sido ya apreciada como falta de legitimación, llegando incluso algunos libros de textos ordinarios, compuestos por casos resumidos, a no mencionar absolutamente nada acerca de esta parte de las senten-

cias y a no recoger el apartado que hace referencia al aspecto remedial(34).

Efectivamente, ésta sería la explicación tradicional ya que la jurisprudencia anterior, jurisprudencia en todo momento de fondo, había seguido imperando siempre que el TS recortaba los decretos de los tribunales inferiores por inmiscuirse demasiado en asuntos legislativo-ejecutivo-judiciales de naturaleza estatal o local(35).

Pero nada autoriza a conceptuar esta jurisprudencia como mero obiter dictum, singularmente cuando el tema fué discutido a fondo en la conferencia de magistrados del TS ya que todos los votos particulares en los tres casos (4 jueces en todos) se basaban en que la naturaleza del remedy no tenía nada que ver con el tema de la apreciación o no de jurisdicción, criterio obviamente no compartido por las respectivas mayorías.

La clara estructuración de los votos mayoritarios en dos o tres apartados, uno de ellos específicamente dedicado a mencionar que el remedy que, de apreciarse la demanda, se impondría, supondría inmiscuirse en funciones ejecutivas federales (Laird) o judiciales (O'Shea) y ejecutivas (Rizzo) loca-

les, parece querer dar a entender con toda su crudeza que se era plenamente consciente de que se estaba creando un nuevo motivo de no justiciabilidad.

A mi juicio, el fenómeno es fácil de interpretar. Si en áreas donde los Tribunales ya llevaban tiempo realizando funciones quasi-administrativo-legislativas el Tribunal Burger ha empezado a limitar los poderes de los jueces federales, en pro de una concepción sustantiva de la función judicial, en las áreas que se le ofrecen como totalmente nuevas, casos de patrones o prácticas inconstitucionales, el TS ha cortado de raíz todo intento de judicializar estas áreas, llegando a conceptualizar el requisito de que se trate de una función judicial sustantiva como un requisito de jurisdicción, negándose por tanto formalmente a entrar en el fondo del asunto utilizando para ello una técnica exactamente igual a la que utiliza en las cuestiones políticas: no entra en el fondo del asunto formalmente pero de una manera ficticia sí que lo analiza porque si no, no sería capaz de averiguar si realmente se está ejerciendo una función sustantivamente judicial.

En una palabra, ha creado otra categoría de no justiciabilidad que opera con la misma técnica que la de las llamadas "cuestiones políticas".

Aunque en Laird sí podría haber configurado el caso como una "cuestión política", ya que la deferencia se hace a otro poder de la Federación, el Tribunal Burger no lo asimiló a las citadas "cuestiones políticas" porque la primera enmienda nunca había dado lugar a pronunciamiento que admitieran esa doctrina.

Por el contrario, con O'Shea y Rizzo nunca hubiera podido decir que se trataba de una cuestión política, ya que desde Baker v. Carr(<sup>36</sup>) es jurisprudencia del TS que, cuando lo que se enjuicia son actos de poderes estatales, nunca hay cuestión política, quedando éstas limitadas a actos del Ejecutivo y del Congreso federales.

A mi juicio, por tanto, lo que ha operado el Tribunal Burger es una expansión del ámbito estatal de la doctrina de las "cuestiones políticas", ya que los fundamentos de los justiciability cases se basan en exactamente los mismos principios que aquéllas: separación de poderes (añadiendo, naturalmente, los poderes estatales) y función por esencia no judicial).

Sin embargo, toda esta jurisprudencia es errónea. Una cosa es que no haya "remedies" jurisdiccionales adecuados y otra bien distintas es que eso prive de acceso al proceso.

Desde este punto de vista, no existen ni "cuestiones políticas" ni "cuestiones técnicas".

Si el remedio jurisdiccional de la situación conlleva el que los tribunales ordinarios se están "inmiscuyendo demasiado" en funciones típicamente legislativas o administrativas, habrá de buscarse otros "remedios" o, en todo caso, llevar esa problemática a la de la cláusula de tutela "efectiva" (ejecución de sentencias), pero no a la del acceso al proceso.

El TC, por tanto, debió apreciar la invocación de falta de tutela jurisdiccional en el caso de la impugnación del acceso a los Tribunales y debió anular la Sentencia del TS que inadmitió la demanda de amnistía para funcionarios.

Ahora bien, como ya se señaló al comenzar estas notas, no se infringe el artículo 24 CE si es el propio TC el que enjuicia un hecho, acto o norma.

El TC es aquí auténtico Tribunal y, por tanto, el sujeto particular afectado por el acto político o discrecional obtiene tutela si algún Tribunal se pronuncia en cuanto al fondo, aunque ese Tribunal sea el TC(37).

El problema es entonces sólo uno de "remedios" del artículo 55 LOTC. ¿Puede el TC (o los Tribunales Ordinarios en los casos en que aquél les reenvíe el tema, en virtud del artículo 24 CE) no aplicar el artículo 55 LOTC, y especialmente su apartado 1.c), alegando que ello es un acto "técnico" o "político"?.

Este es el gran problema que ha llevado a los alemanes a distinguir entre "nulidad" e "inconstitucionalidad" de los actos y normas<sup>(38)</sup>. Pero dicha distinción no existe en España. Lo que tendrá que hacer el TC es 1) bien recurrir a dictar él mismo el acto político o técnico, como hizo por ejemplo en la STC 81/1982, de 21 de diciembre<sup>(39)</sup>; 2) bien obligar a que el Gobierno realice el acto, como ha hecho por ejemplo la jurisprudencia relativa a la ejecución de Sentencias contra la Administración y en concreto la STC 61/1984, de 16 de mayo<sup>(40)</sup> que estima correcto que el Magistrado haya obligado al Gobierno a tramitar (y enviar a las Cortes) un anteproyecto de Ley de suplemento de crédito o de créditos extraordinarios; 3) bien, finalmente, aplicando el principio de separación de poderes, llegar a la conclusión de que si el fallo lleva a que el TC se inmiscuya demasiado en el poder constitucional de terceros poderes públicos, es que probablemente lo que está mal es la Sentencia y no el fallo. Si un pronunciamiento constitucional



- (1) Véase, por todos, E. GARCIA DE ENTERRIA, LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER (Ed. Civitas).
- (2) Véase F. SAINZ MORENO, CONCEPTOS JURIDICOS, INTERPRETACION Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA (Ed. Civitas, Madrid, 1.976).
- (3) Véase E. GARCIA DE ENTERRIA, T.R. FERNANDEZ, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol I (4ª ed., 1.983) pgs. 439 y ss.
- (4) Véase, por todos, E. GARCIA DE ENTERRIA & T.R. FERNANDEZ, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. I, pgs. 532 y ss.
- (5) (Sala Segunda) B.O.E. de 9 de agosto de 1.983 (antecedente 4 para la STS y los fundamentos correspondientes para la STC).
- (6) El dato fundamental que distingue la "cuestión política" del resto en Derecho Constitucional es este de la sentencia de declaración de falta de jurisdicción. Sólo en esos casos se habla de "cuestiones políticas". Si un Tribunal Constitucional configura, en sentencias de fondo, áreas de libertad política de movimiento de otro poder constitucional no hay "cuestión política". Véase mi trabajo, El Tribunal Burger y la doctrina de la "political questions", en REDC nº 1.
- (7) Por eso es, en cierto modo, correcta, desde este exclusivo punto de vista de ser sentencia sobre el fondo, la STC citada en la nota anterior.
- (8) Tampoco repugna a la CE, véase, por ejemplo, el artículo 42 LOTC, que no haya vía previa contra una Ley que aten-

ta contra un derecho fundamental. Aquí y en el supuesto del texto son principios estructurales (jurisdicción constitucional cuasiconcentrada) los que justifican constitucionalmente la sólo aparente quiebra del artículo 24 CE.

- (9) Véase infra, apartado 3.
- (10) (Sala Primera) B.O.E. de 17 de junio de 1.983.
- (11) Véanse E. Coca Vita, Legalidad Constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica, en RAP nº 100-102, vol. II, pgs. 1039 y ss y mi trabajo LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION (CEC, 1.984).
- (12) STC 12/1982, de 31 de marzo (Pleno) B.O.E. de 21 de abril de 1.982, fto. 3, especialmente pfo. 5.
- (13) STC 74/1982, de 7 de diciembre (Sala Segunda) B.O.E. de 15 de enero de 1.983, fto. 3, último párrafo.
- (14) Sí planteaban, en cambio, el tema de si la no tramitación de dicha vía conforme a la Ley 62/78 suponía infracción del artículo 24 CE.
- (15) Excluída de la justiciabilidad, en cuanto al fondo, por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme a la disposición adicional 3ª de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre.
- (16) Op. cit. supra nota 11.
- (17) Reglados por la Ley citada en nota 15 (artículo 8) y el Reglamento de desarrollo (artículo 22). Quizás aquí estuvo el origen de la confusión del TC: la infracción de

esos artículos (documentos y méritos a aportar para el "juicio técnico") era un vicio de fondo (infracción del ordenamiento). Pero el TC malentendió (como también lo hizo la Abogacía del Estado en que aquél se apoya) que eso era "procedimiento" (recurrible conforme a la Ley 78/1968) por lo que se creyó que al impugnar la STS porque no admitió el recurso contra el fondo, se estaba atacando la decisión y no sus elementos reglados.

- (18) Véase, por cierto, como el TC no se arredra ante la necesidad de hacer esos juicios cuando constituyen la base de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, la STC 12/1984, de 2 de febrero (Pleno) B.O.E. de 18 de febrero de 1.984, no dudó en entrar en temas técnicos para ver si la resolución de autorización de transporte de energía eléctrica "afecta a otras Comunidades Autónomas".
- (19) No debe olvidarse que, en la interpretación del 55 LOTC, a estos efectos, jugará un papel primordial el principio de separación de poderes.
- (20) Por cierto, la figura del Juez de vigilancia de la aplicación de las penas creada por la Ley General Penitenciaria no se aleja mucho de esa labor judicial-administrativa. La STC 73/1983, de 30 de julio (Sala Primera) B.O.E. de 18 de agosto de 1.983, prácticamente admitió que su intervención equivalía a la vía previa por lo que dicho Juez está habilitado para adoptar medidas del 55 LOTC.
- (21) Véase mi extenso trabajo, La administración de instituciones públicas por los Jueces como consecuencia de la ejecución de Sentencias constitucionales en Norteamérica, en el Libro Homenaje al Prof. Jaime Guasp, de próxima publicación.

- (22) (Sala Segunda) B.O.E. de 9 de marzo de 1.984.
- (23) (Sala Segunda) B.O.E. de 15 de julio de 1.983.
- (24) TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (1.978), pgs. 155 y 309.
- (25) Así los califica, por ejemplo, A.E. Dick Howard (conversación personal) aunque reconoce que también pueden calificarse como casos genéricos de federalismo.
- (26) Véase, por ejemplo, GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW, CASES AND MATERIALS (1.980), pgs. 1663 y ss..
- (27) Así lo hace, por ejemplo, el paradójicamente más ardiente defensor de la jurisprudencia del Tribunal Burger en general, TRIBE, Op. cit., pg. 156.
- (28) 408 US 1 (1.972).
- (29) 414 US 488 (1.974).
- (30) 423 US 362 (1.976).
- (31) Poder de dotación de fondos presupuestarios que es de los más eficaces, o el que más, de los poderes de control del Congreso sobre el Ejecutivo.
- (32) 414 US 488, 500-02 (1.974).
- (33) De dicta los califica por ejemplo TRIBE, Op. cit., pgs. 155 y 156.

- (34) Véanse, por ejemplo, GUNTHER, Op. cit. pgs. 1664-65; GROSSMAN 7 WELLS, CONSTITUTIONAL LAW AND JUDICIAL POLICY MAKING (Wiley & Sons E. 1.980), pgs. 136-37.
- (35) Véanse, por ejemplo, los recortes de los decretos de los tribunales de distrito de Hague v. CIO, 307 US 496 (1.939) y por supuesto todas las líneas de casos que se analizan en el trabajo cit. supra nota 21.
- (36) 369 US 186 (1.962).
- (37) Otra cosa es que, a mi juicio, el TC debería procurar que fueran los propios Tribunales Ordinarios quienes hicieran esas Sentencias de fondo, salvo cuando la Ley (artículo 42 LOTC, por ejemplo) diga otra cosa. La diferencia entre la jurisprudencia norteamericana y la española está precisamente aquí: el TS norteamericano se ve a sí mismo como Tribunal Ordinario, cosa que no hacen los Tribunales Constitucionales europeos, que no están orgánicamente integrados en el Poder Judicial.
- (38) Véase F. Sainz Moreno, El Tribunal Constitucional Alemán, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 8.
- (39) (Sala Segunda) B.O.E. de 15 de enero de 1.983. Véase el comentario que le dedica M. ALONSO OLEA, JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Vol. I, (Ed. Civitas, 1.984) pgs. 195-96. Se trata de la STC que dijo que el régimen laboral aplicable a los ATS varones sería el que venía siguiendo para las ATS mujeres. La STC es importante porque el TS reconoció que se arrogaba funciones legislativas como lo prueba, por lo demás, el hecho de que la STC 98/1983, de 15 de noviembre (Sala Primera) B.O.E. de 2 de diciembre de 1.983 (Véase M.

ALONSO OLEA, Op. cit., pgs. 235-36) prohibiera a los Jueces Ordinarios "legislar" en este tema. Sólo el TC o el legislador podrían establecer el sistema para igualar pro futuro si el TC había apreciado una discriminación.

(40) (Sala Segunda) B.O.E. de 19 de junio de 1.984, fto. 3.

LA DISTRIBUCION DE LA CAPACIDAD NORMATIVA ENTRE EL PARLAMENTO  
Y EL GOBIERNO.

La teoría tradicional, clásica, sobre las relaciones entre la potestad normativa del Parlamento y el Gobierno, entre la ley y el reglamento, se asienta desde casi los mismos orígenes del Estado Constitucional en dos pilares fundamentalmente:

1º en el de la conexión más o menos directa o inmediata del órgano emisor de la norma y, por lo tanto de la norma misma con el cuerpo electoral, con la "voluntad general";

2º en el de las garantías que el procedimiento de formación de cada una de dichas normas ofrece a la sociedad, a los ciudadanos.

Qué voluntad se manifiesta en cada norma. Cómo se manifiesta dicha voluntad en cada caso. Estos son los dos ejes que han presidido la doctrina constitucional en la materia.

De acuerdo con el primero, resulta claro que la ley es, en cuanto producto del Parlamento, de la representación de la sociedad, expresión directa de la voluntad general, a través de la cual se hace efectivo el principio roussoniano de que "cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y queda tan libre como antes" (Du Contrat Social. pág 24) El reglamento, por el contrario, no lo es. La voluntad que en él se expresa no es la de la sociedad, sino la de la Administración. Se trata o eventualmente se puede tratar de una simple "ocurrencia de funcionarios".

De acuerdo con el segundo, el procedimiento de elaboración de la ley presidido por los principios de publicidad, toma en consideración de intereses contradictorios etc. es fiel exponenu

te de las garantías típicas del "Estado de Derecho", mientras que el reglamento es deficitario en lo que a transparencia, toma en consideración de posiciones diferentes etc. se refiere.

No puede extrañar, en consecuencia, que de ambos se extraiga la misma conclusión: la ley debe ser la única norma primaria e incondicionada del ordenamiento (salvo la Constitución, obviamente), en tanto el reglamento debe ser una norma secundaria y subordinada. Y esta, insisto, ha sido la teoría dominante prácticamente desde los orígenes del Estado Constitucional.

La cuestión que desearía formular ante ustedes hoy es la siguiente: ¿ es razonable seguir manteniendo este punto de vista ?; ¿ es posible hacer frente con este planteamiento a la realidad de la normación de origen parlamentario y gubernamental en el Estado contemporáneo ?.

Evidentemente yo no pretendo decir que esos dos pilares sobre los que se basa la doctrina clásica son irrelevantes. Pienso que para nadie que esté en su sano juicio cabe la menor duda de que con ellos se hace referencia a aspectos sumamente importantes de un sistema de convivencia democrático y, por tanto, civilizado. Dichos pilares pertenecen a esos pocos principios básicos que tienen que estar por encima de toda discusión.

Lo que yo desearía plantear en este momento es si esos dos pilares básicos tienen que ser valorados de manera unilateral, en la misma dirección y si de ellos se puede o se debe deducir de forma tan absoluta la conclusión que normalmente se extrae acerca de la ley y el reglamento así como de sus relaciones recíprocas.

Yo, de entrada y de salida, pienso que no. Por supuesto que una ley determinada y un reglamento determinado, en cuanto normas concretas que ya están insertas en el ordenamiento jurídico tienen que ser vistas, tienen que ser examinadas como pro-



3

ductos normativos concretos que están en una determinada relación y cuya aplicación conjunta ha de hacerse de determinada manera, por lo general muy bien y muy claramente definida en el Derecho Constitucional de los países de nuestro ámbito histórico y cultural.

Pero la ley y el reglamento, no en cuanto resultados, en cuanto productos normativos, sino en cuanto instituciones a través de las cuales tiene que expresarse la voluntad del Estado, tienen que ser analizados también desde una perspectiva diferente: como momentos del proceso de formación de la voluntad política que se impone con vigencia para el conjunto de la sociedad

La ley y el reglamento, además de productos normativos y antes que eso, son instrumentos de aplicación de un programa político. De un programa que ha sido aprobado mayoritariamente por el electorado y de cuyo cumplimiento es responsable el Gobierno y la mayoría parlamentaria, frente a los cuales está la oposición, la minoría o minorías parlamentarias.

Este es el marco general dentro del que se desarrolla la vida política en las sociedades democráticas y pienso que es una perspectiva importante a tomar en consideración a la hora de analizar el poder normativo del Estado en general. Seguir planteando el tema en los términos sociedad-parlamento-ley versus estado-ejecutivo-reglamento, sin dejar de ser una perspectiva relevante, es unilateral y no responde a la realidad de las cosas.

Porque lo que hay que decir, ante todo, es que en el Estado Democrático el Gobierno es el titular del poder normativo en general, tanto del poder legislativo como del poder reglamentario. De este último en exclusiva. Del primero, de manera compartida.

En el Estado Democrático el Gobierno es realmente quien legisla. Y el Parlamento es el órgano de control de la legislación que envía el Gobierno. Se ha producido, pues, una inversión del planteamiento tradicional que efectuara Montesquieu en el Espiritu de las Leyes acerca de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo en lo atinente a la emisión de normas jurídicas, que, como es sabido, se caracterizaban por la atribución al legislativo de la "facultad de estatuir" y al ejecutivo de la "facultad de impedir" (Livre XI, Ch. VI. pág. 588-89. Oeuvres Complètes. Seuil. París 1964). En el Estado democrático de hoy es el Gobierno quien legisla y el Parlamento quien impide. Y no solamente en los países con un sistema parlamentario sino en todos. Es sobradamente conocida la anécdota a la que se refiere Richard Neudstadt ("Planning the President's Programm", en Theodore J. Lowi (ed) Legislative Politics, USA 2ª ed. Boston 1965, pág. 123-4) acerca del "very senior chairman of a major House committee who reportedly admonished an administration witness, 'don't expect us to start from scratch on what you people want. That's not the way we do things here -- you draft the bills and we work them over". Ya que, como dice S.K. Bailey (The New Congress. N.Y. 1966, pág. 30), aunque no hay ningún mandato constitucional de que los proyectos de ley han de ser elaborados por el ejecutivo, este ejerce un "virtual monopolio" en la materia.

En los países con un sistema parlamentario en los que la sintonía entre el Gobierno y la mayoría en las Cámaras está garantizada prácticamente a lo largo de la legislatura, esto se da todavía en mayor medida. Recientemente H.P. Schneider en su contribución al Handbuch des Verfassungsrechts (Benda, Maihofer Vogel (hrsg.) Berlin 1983) ha descrito la situación en los términos siguientes: teniendo en cuenta el proceso de formación de

5

la ley se tiene la impresión de que "el Gobierno es el auténtico legislador y que el Parlamento es solamente su órgano de ejecución" (Das Parlamentarische System, pág. 261-262).

Pienso que esta perspectiva debe ser resaltada a la hora de estudiar la actividad normativa del Estado en general y las relaciones entre la ley y el reglamento en particular. El Gobierno legisla, porque para eso tiene que aplicar un programa. El Parlamento controla, porque justamente en él están representadas todas las fuerzas políticas y en ellas pueden hacerse valer los argumentos y programas alternativos de la oposición ante la opinión pública. En esto es en lo que el Parlamento resulta insustituible: en la representación y expresión de todos los intereses sociales en juego, en la publicidad de la discusión, en el recurso a la opinión pública etc. En consecuencia, es el marco adecuado "para el compromiso permanente entre la mayoría y la minoría", como diría Kelsen.

Ahora bien, ello nos lleva a dar un paso más y a plantear la cuestión : ¿ debe el Parlamento pronunciarse sobre todo ?; ¿ es necesario que todo pase por él ?; ¿ no se sobrecarga con ello al Parlamento de trabajo secundario y se dificulta su trabajo en lo fundamental ?; ¿ no es más razonable plantearse sobre qué materias tiene que pronunciarse el Parlamento ?; ¿ en qué terrenos tiene que ejercer su función de "impedir", en qué materias tienen que enfrentarse los programas de la mayoría y la minoría, en qué cuestiones tiene que buscarse el compromiso posible sin renunciaciones y sin arrogancias ? etc. etc.

Este no es el planteamiento normal en el Derecho Constitucional "occidental". Únicamente la Constitución francesa de 1958 ha optado por él y ha sido valorada generalmente de forma negativa. Los demás países de nuestro entorno y también el nuestro han mantenido un sistema de distribución de la capacidad

normativa entre el Parlamento y el Gobierno en el que se parte de los dos pilares reseñados al comienzo. Pero ello se está pagando al precio de:

1ª una reducción del papel del Parlamento en el proceso de toma de decisiones, incluso en aquellas que asumen forma legislativa. El Parlamento trabaja mucho y cuenta poco. En el artículo antes mencionado de Schneider se indica que el número de proyectos de ley aprobados por el Bundestag de manera controvertida, es decir, discutidos realmente en el Parlamento entre la coalición que sustenta al Gobierno y la oposición se ha reducido continuamente desde la primera legislatura hasta alcanzar el 6,4%, y de ahí que, concluya él, no se esté muy equivocado en la deducción de que la formación de la voluntad política sólo se realiza en muy pequeña medida en el Parlamento, efectuándose predominantemente en otros ámbitos (Gobierno, Partidos, Asociaciones de intereses etc.) En España tenemos algunos ejemplos recientes: el AES, las vicisitudes de la elaboración del Proyecto de Ley de Sanidad (El País 25-10-1984 "Aproximación de posturas sobre el anteproyecto de la Ley de Sanidad"; "los puntos <sup>más</sup> importantes ya han sido tratados con la OMC"; "ocho meses de consultas y negociaciones"; "un texto 'rebajado' pero menos polémico. Son los titulares que encabezan la información en la pág. 26), de la Ley de Colegios Profesionales (EL País 2-11-1984: "El gobierno sólo seguirá adelante con la Ley de Colegios si lo piden los propios profesionales" --palabras de Virgilio Zapataero, Secretario de Estado para las Relaciones con las Cortes--), e incluso el futuro desarrollo normativo de la LODE (El País 3-11-1984, pág. 1 "El Gobierno y el Episcopado inician un diálogo sobre la Ley de Educación). Todo ello sin olvidar, por supuesto, la reorganización de las Capitanías Generales por Real Decreto

2º una separación constante entre el texto constitucional y la realidad constitucional, entre lo que la Constitución ordena y lo que en la realidad ocurre. Separación que se ha ido haciendo cada vez mayor a medida que se ha ido ampliando el ámbito de actuación del Estado y, sobre todo, desde que éste ha tenido que hacer frente a la regulación de la economía.

En las páginas que siguen voy a intentar poner de manifiesto a través del estudio de la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno en Francia, la República Federal de Alemania y España, cómo, a pesar de lo distintas que son las estructuras constitucionales en este punto, se produce una cierta aproximación en la práctica del ejercicio de la potestad normativa del Estado y su distribución entre normación parlamentaria y gubernamental.

LA DISTRIBUCION DE LA CAPACIDAD NORMATIVA ENTRE EL PARLAMENTO  
Y EL GOBIERNO EN FRANCIA

La interpretación prácticamente unánime de la Constitución francesa de 1958 tiende a presentarla como absolutamente revolucionaria en lo que a la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno se refiere. De acuerdo con dicha interpretación, con la Constitución gaullista se habría invertido por completo la tradición francesa en la materia practicamente desde la Revolución, según la cual la Ley, expresión de la voluntad general, es la única norma primaria e incondicionada del ordenamiento, que se caracteriza por una fuerza especial, por la preferencia de la ley, y a la que le está reservado todo, en tanto que el reglamento es una norma secundaria y condicionada por la ley a la cual debe ser necesariamente reconducido. Las relaciones entre la Ley y el Reglamento desde la Revolución y hasta la Constitución de 1958 habrían sido, pues, unas relaciones "verticales y unívocas", según la conocida y gráfica expresión de Francine Batailler (Le Conseil d'Etat, Juge Consti-tutionnel. París 1966. pág. 469).

Por el contrario, la Constitución de 1978 con su delimitación del dominio de la ley y la introducción del póder reglamen-tario autónomo del Gobierno en todas las materias no reservadas habría modificado la tradicional definición de ambas fuentes a-sí como sus relaciones recíprocas. Del sistema tradicional de "legalidad de la Administración" se habría pasado a un sistema de "reserva de ley", de la definición exclusivamente formal y orgánica de las fuentes del derecho a una definición basicamen-te material, de la vigencia inequívoca del principio de jerar-

quía en las relaciones entre la ley y el reglamento a la del principio de separación competencial. Como diría De Soto inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución, "la reglamentación por la Constitución de 4-X-1958 del derecho de hacer las leyes y del de hacer los reglamentos ha sido considerado, al menos por los juristas, como una de las innovaciones más notables, más revolucionarias, de la Va República" (La Loi et le reglement dans la Constitution de 4-X-1958. Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1959. pág. 240).

Ciertamente hay mucho de verdad en esta línea de interpretación y basta comparar los artículos 34 y 37 de la Constitución actual con la inexistencia de referencias a la normación de origen gubernamental, ni siquiera mediante habilitaciones parlamentarias, en la mayor parte de las Constituciones francesas históricas o con el artículo 13 de la Constitución de 1946, que es el mejor punto de referencia por las razones que ya veremos, para darse cuenta de ello. Sin duda la regulación constitucional de la materia supone una novedad importante. Más aún, no sólo lo supone en el Derecho Constitucional francés, sino en el Derecho Constitucional "occidental", en el que ni ha existido ni existe otro sistema similar de distribución de la capacidad normativa del Estado entre el Parlamento y el Gobierno.

Y sin embargo, si se analiza la cuestión de manera algo más detallada, ese cambio calificado de revolucionario no es tan radical o, si se prefiere, es más radical en la teoría de lo que lo ha sido en la práctica. A pesar de las enormes diferencias entre los textos constitucionales, la realidad de la normación de origen parlamentario y gubernamental no era tan completamente distinta antes y después de 1958. Al menos a partir del periodo posterior a la Primera Guerra Mundial y, sobre

neral, se mantiene y se afirma en la realidad. Pero a partir de este momento aumenta el número de habilitaciones, pasándose además del ámbito de la ley de habilitación propiamente dicha, es decir, de una habilitación para una materia concreta claramente definida, a lo que se acabó denominando "pleins-pouvoirs" o leyes de plenos poderes, es decir, a habilitaciones tan sumamente amplias que constituirían una suerte de cheque en blanco en manos del ejecutivo.

Varios momentos destacan en este proceso: los primeros años de la Guerra, en los que el ejecutivo a partir de dos leyes de habilitación de 5 de agosto de 1914 dictará hasta sesenta *Decrets-lois* y los años inmediatamente posteriores al conflicto en los que se hará uso frecuente de esta técnica a fin de hacer frente a las consecuencias del mismo; se retorna a la normalidad por un periodo breve, ya que a partir de 1924 se vuelve a recurrir a la práctica de los *Decrets-lois*, de manera relativamente controlada al principio y totalmente descontrolada a partir de la crisis económica de 1929. Entre 1924 y 1940 el Gobierno no obtuvo once veces poderes extraordinarios, sin contar con las habilitaciones en materia aduanera. Y en los últimos años de la Tercera República la cuestión sería todavía más grave. Como escribió M. Waline: "Entre el 1 de mayo de 1934 y el 1 de julio de 1940 Francia ha estado 31 meses de 76 bajo el régimen de los *Decrets-lois*, y entre el 1 de julio de 1937 y el 1 de julio de 1940 22 meses de 36" (*Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6ª ed. pág. 26).

El proceso culminaría con la Ley de 10 de julio de 1940, mediante la cual se habilitaba al Gobierno no ya para el ejercicio del poder legislativo, sino del poder constituyente. En efecto, el artículo único de la Ley rezaba de la forma siguiente:



"La Asamblea Nacional da todos los poderes al Gobierno de la República, bajo la autoridad y la firma del Mariscal Petain, al efecto de promulgar mediante uno o varios actos una nueva Constitución del Estado francés".

No es de extrañar, en consecuencia, que tras la Guerra el constituyente francés de 1946 intentara hacer frente a la desnaturalización del sistema constitucional en este punto de una manera relativamente radical. Como escribe Soubeyrol: "Esta última -- la habilitación de 10 de julio de 1940 -- fue la causa de la toma de posición de casi todos los partidos tras la Liberación contra este procedimiento. Dichos partidos recordaron a sus electores todas las medidas impopulares o criticables, de las cuales un Decret-loi era la fuente, y desde el principio se comprendió que la nueva Constitución los prohibiría" (Les Decrets-lois sous la IVeme. Republique. Burdeos 1955. pág. 7). Y en efecto, la Constitución de 1946 prohibiría expresamente la posibilidad de delegación del poder legislativo. El Artículo 13 decía textualmente: "La Asamblea Nacional exclusivamente vota la Ley. Ella no puede delegar este derecho." Y tanto por la génesis del precepto como por la interpretación que universalmente se le dió estaba claro que se trataba de imposibilitar la práctica del Decret-loi, "palabra que durante mucho tiempo ha estado acompañada de la idea de ilegitimidad de origen" (Pleins-pouvoirs et Decrets-lois. C.P. 19-20 de julio de 1951. pág. 4)

Sin embargo, ello no se conseguiría en la práctica. Ya en los mismos momentos en los que en la Constituyente se había debatido y aprobado el artículo 13, se habilitó al Gobierno mediante Ley de 7 de octubre de 1946 para que dictara Decrets-lois hasta el 1 de julio de 1947, y después serían numerosas las habilitaciones concretas que se concederían. En los prime-

ros años, no obstante, dichas habilitaciones lo fueron para materias concretas, resistiéndose el Parlamento a conceder Leyes de plenos poderes (Pleven 1951, Pinay 1952, Mayer 1953, Reynaud 1953, Bidault 1953), resistencia que se abandonaría a partir de 1954 en el que se asiste a lo que Waline llamaría "le retour offensif des Decrets-lois"

Pero lo que interesa resaltar sobre todo son las técnicas a través de las cuales se hace frente a la situación que resultaba inabordable dentro del marco constitucional, técnicas que precisamente por tenerse que arbitrar al margen de la Constitución e incluso contra ella, llegaron a alcanzar, como diría Waline, "una sutileza digna de Gorenflot que bautizaba a los conjos como carpas para poder comerlos con plena tranquilidad de conciencia los días de abstinencia" (R.D.P. 1959. pág. 705).

Sin duda la más importante es la que se instrumentó mediante la Ley de 17 de agosto de 1948, vuelta a utilizar por la de 11 de julio de 1953, que supone la traducción legislativa de una de las explicaciones doctrinales de los Decrets-lois bajo la Tercera República: la técnica de la deslegalización. Mediante esta ley se definían determinadas materias como "reglamentarias por naturaleza" y se admitía, en consecuencia, que fueran reguladas directamente por el Gobierno sin necesidad de habilitación previa.

Dicha técnica sería declarada conforme con la Constitución por el Conseil d'Etat en un famoso Dictamen formulado el 6 de febrero de 1953, con la excepción de que dicha deslegalización pudiera afectar: 1º a "materias reservadas a la ley" por la Constitución o por la tradición constitucional republicana resultante del Preámbulo de la Constitución de 1946 y de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en las

que la Ley puede limitarse a establecer las reglas esenciales dejando al Gobierno la tarea de completarlas; y 2º al ejercicio de la soberanía nacional.

Evidentemente, puesto que la técnica de la deslegalización y de las materias reglamentarias por naturaleza no estaba contenida en la Constitución, sino en una ley, su aplicación no podía ser muy rigurosa. Como el propio Conseil d'Etat recuerda en su Dictamen, esas materias reglamentarias por naturaleza podrán ser reguladas mediante reglamentos desde el 17 de agosto de 1948 hasta que el legislador intervenga con posterioridad en alguna de ellas excluyendo de nuevo la competencia del poder reglamentario. Es decir, la misma materia puede ser legislativa antes de la ley de 1948, reglamentaria después y volver a ser legislativa más adelante. Esto era inevitable en el sistema constitucional de la IVª República. Pero lo importante es resaltar la idea de la delimitación material del dominio del reglamento, lo que como contrapartida suponía también delimitar el dominio de la ley, al menos el núcleo básico de reserva de ley no deslegalizable.

Junto a esta técnica se utilizarían otras varias, multiplicidad posible justamente por la ausencia de una regulación constitucional o, mejor dicho, por una regulación constitucional puramente negativa que no resultaba aplicable en la práctica. Dichas técnicas fueron las siguientes:

- Autorización pura y simple al Gobierno para derogar leyes total o parcialmente mediante decretos provisionalmente aplicables (todas las leyes de habilitación de recortes en los créditos presupuestarios, bastante frecuentes).

- Habilitación al Gobierno para que pueda no tomar en consideración ciertas disposiciones de leyes que continúan, sin em

bargo, estando en vigor (estatuto de la función pública).

- Habilidadación para simplificar normas fiscales.

- Habilidadación al Gobierno para crear practicamente por completo un sistema jurídico nuevo en una materia determinada (seguridad social, además de en materias referentes a las colonias).

- Autorización al Gobierno para dictar medidas de carácter legislativo de las que el Parlamento ha podido tener conocimiento durante un plazo (reforma fiscal sometida al Parlamento para que se pronuncie dentro de un plazo, entrando en vigor si no lo hace).

- Autorización al Gobierno para que actue en una materia esencialmente legislativa en ausencia de una actuación parlamentaria dentro de un cierto plazo (es el caso de la Ley de 8 de enero de 1951 por la que se ordena al Gobierno la remisión de un proyecto de ley destinado a efectuar determinados recortes presupuestarios hasta alcanzar una determinada cantidad. Si el Parlamento no efectua tales recortes, el Gobierno podría aumentar por Decreto el tipo de determinados impuestos hasta alcanzar la suma deseada).

Como puede verse, aunque en teoría las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno en lo que a emisión de normas jurídicas se refiere, eran muy claras, en la práctica las cosas eran sensiblemente diferentes. En especial en materia de regulación de la economía y de reformas de la Administración Pública y Seguridad Social el Gobierno se había convertido en un poder normativo indispensable y cada vez con más intensidad.

¿ En relación con esta situación que supone la regulación de la materia en la Constitución de 1958 ? A ello van destinadas las páginas que siguen.

LA LEY Y EL REGLAMENTO EN LA CONSTITUCION DE 1958

Desde el punto de vista de los principios el cambio es autenticamente impresionante. El sistema implantado por la Constitución de 1958 se basa sobre la delimitación estricta de las materias reservadas a la ley, contenida esencialmente en el artículo 34, pero a las que hay que añadir las diversas reservas escalonadas a favor de la Ley Orgánica o de la Ley ordinaria a lo largo del texto constitucional. Todas las materias no reservadas a la ley son del dominio reglamentario según el artículo 37 Y además, para hacer efectiva esta distribución de competencias entre ambas fuentes, se prevee la posibilidad de recurrir ante el Conseil Constitutionnel en los supuestos en los que pueda plantearse un conflicto de interpretación.

El marco, como puede verse, es completamente distinto al que era tradicional en Francia. La Ley no se define exclusivamente de manera formal, ni es una norma incondicionada, ya que puede controlarse su adecuación a la Constitución, ni es la única norma "primaria" del ordenamiento jurídico, ya que comparte esta cualidad con el reglamento, cada uno dentro de su ámbito de competencia. No es de extrañar, en consecuencia, que los primeros comentarios inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución tendieran a utilizar el concepto de "revolución" para definir el cambio operado por el constituyente de 1958 en la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno.

Pero si del terreno de los principios descendemos al de lo que ocurre en la realidad, al uso que se hace por el Parlamento y el Gobierno de sus poderes normativos y a la interpretación

que se ha hecho de la Constitución en este punto por el Conseil Constitutionnel, cabría preguntarse: ¿ hay tanta diferencia entre antes y después de 1958 como debería desprenderse de los textos constitucionales ?; ¿ es tan absolutamente distinta la realidad de la Vª República de lo que lo fué la de la IVª desde este punto de vista ?

Pensamos que no y menos tras la evolución que se ha ido produciendo en la interpretación de la Constitución en este punto y a la que más adelante nos referiremos. En términos generales se podría decir que la evolución en este terreno en las IIIª y IVª Repúblicas, por un lado, y en la Vª, por otro, ha sido similar solo que a la inversa. Si en aquellas se partía de una supremacía incondicionada de la ley sobre el reglamento, que se iba atenuando a medida que pasaba el tiempo, en la Vª República ha ocurrido lo contrario: la posición de fortaleza del reglamento frente a la ley en los momentos iniciales se ha ido debilitando con el paso del tiempo, reafirmandose por diversas vías el papel de esta última y ampliándose notablemente el ámbito de las materias reservadas. En este sentido la acción del Conseil Constitutionnel ha terminado por ser de importancia decisiva, a pesar de las dudas que pudo suscitar originariamente la institución. Más adelante se analizará en qué ha consistido.

Pero antes de ver qué ha ocurrido con la Ley, vamos a pasar revista a lo que dispone la Constitución de 1958 acerca del poder normativo del Gobierno (y eventualmente del Presidente de la República), ya que aquí es donde reside el elemento más distintivo de la Constitución de la Vª República.

Cinco artículos de la Constitución hacen referencia al poder normativo del ejecutivo: el artículo 21 que mantiene el poder reglamentario de ejecución de las leyes a favor del Gobier-

no; el artículo 37, que crea un poder reglamentario autónomo de base directamente constitucional; el artículo 38, que constitucionaliza la práctica de los Decrets-lois bajo el nombre de ordenanzas; el artículo 47, que contiene un procedimiento extraordinario para hacer entrar en vigor leyes relativas a las finanzas públicas; y el artículo 16, que se refiere a los poderes extraordinarios del Presidente de la República en momentos de crisis, es decir, en supuestos de protección extraordinaria del Estado.

Del artículo 21 no es necesario decir prácticamente nada, ya que no se trata mas que del poder reglamentario tradicional de ejecución de las leyes, reconocido en Francia de forma general y sin interrupción desde 1814 y, sobre todo, desde 1830. Como diría Esmein, "es en realidad bajo el Gobierno de Julio cuando el poder reglamentario adopta su equilibrio definitivo, encerrándose dentro de los límites precisos" que todavía se mantenían en el momento en el que él escribía (Eléments de Droit Constitutionnel. pág. 509-510) y que no han cambiado con la Constitución de 1958, ya que, como escribía Vedel poco después de la entrada en vigor de la Constitución, "la Constitución de 1958 que innova reconociendo la existencia de un poder reglamentario "inicial", no innova en lo que se refiere a las medidas que tienden a la ejecución de la ley" (Droit Administratif. 1961. pág. 149).

Todos los demás, por el contrario, son novedades introducidas en el Derecho Constitucional francés por la Constitución de 1958, de las que no es posible encontrar el más mínimo rastro en Constituciones anteriores.

Sin duda la más importante y la que más llamó la atención en su momento fue la novedad introducida por el artículo 37:

el poder reglamentario autónomo del Gobierno. El reglamento dejaba de ser una norma "subordinada" por principio, para pasar a convertirse, en el ámbito de las materias no reservadas a la ley, en una norma "inicial".

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional está fuera de toda discusión la novedad del instituto. ¿ Pero es tan nueva en Francia tanto la idea como la práctica de un poder reglamentario autónomo ?

Sin remontarnos a los orígenes del Estado Constitucional, sino manteniéndonos dentro del siglo XX y, más concretamente, dentro de los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, vemos que ya aparece en cierta medida la idea del poder reglamentario autónomo o, mejor dicho, cuasi autónomo, ya que se exigía una "apertura" mediante ley. Dicha idea surge al calor de la disputa sobre la constitucionalidad de los Decrets-lois. Ante la inevitabilidad de los mismos y ante la resistencia de la mayor parte de la doctrina a admitir la tesis de la delegación del poder legislativo, a la que ya hemos hecho referencia, Rolland (R.D.P. 1924. pág. 42 y ss.) avanzó la idea de que en los casos de habilitación al Gobierno para que dictara Decrets-lois no se estaba ante una delegación del poder legislativo, sino ante una deslegalización de las materias incluidas en la ley de habilitación, que dejaban de tener carácter legislativo para pasar a tener carácter reglamentario (pág. 60). Dicha tesis tuvo cierto eco, si bien, como pondría de manifiesto M. Waline, podría valer como explicación en los casos de leyes de habilitación propiamente dichas, es decir, para materias concretas, pero no en los casos de "plenos poderes" (Traité élémentaire de Droit Administratif. 6ª ed. p. 27). Pero no sería hasta la IVª República cuando se recurriría a dicha técnica de forma impor-



tante. Como ya hemos visto antes, las Leyes de 17 de agosto de 1948 y de 11 de julio de 1953, avaladas por el Conseil d'Etat una a posteriori y otra a priori, procedieron a una amplísima deslegalización de materias, abriendo con ello la puerta al ejercicio del poder reglamentario del Gobierno de forma prácticamente autónoma, del cual este hizo además uso de manera abundante.

Esta es la idea central a partir de la cual se pretende hacer frente en la IVª República a la necesidad de la legislación de origen gubernamental. No se puede imponer de forma coherente, pues ello hubiera requerido una reforma de la Constitución y no su simple instrumentación mediante ley. Pero el principio es claro: las relaciones entre la ley y el reglamento no pueden estar determinadas por el criterio de que la una es norma inicial y el otro no lo es, sino que ambas, dentro de su ámbito, pueden ser normas iniciales. Dado que a la ley en principio le está reservado todo por la Constitución de 1946, este sistema sólo podía ser instrumentado a través del recurso a la delimitación de las materias "reglamentarias por naturaleza" y además, como ya vimos antes, de forma no excesivamente coherente.

El constituyente de 1958 innova ciertamente, en la medida en que fija el criterio en la Constitución, con lo cual puede además aplicarlo coherentemente, sin tener que depender de la acción futura del Parlamento y estableciendo el principio, en nuestra opinión más correcto, de "materias reservadas a la ley" o "materias legislativas por naturaleza", en lugar del de "materias reglamentarias". Pero el sistema que ahora se constitucionaliza es el que se había ido imponiendo lenta pero incesantemente en la experiencia infraconstitucional de las dos Repúblicas anteriores. Desde este punto de vista el artículo 37 de

la Constitución es tanto un punto de llegada como un punto de partida. Punto de llegada de la experiencia legislativa y reglamentaria anterior durante decenios, es decir, de una experiencia infraconstitucional. Punto de partida de una experiencia a nivel constitucional. Pero, insistimos, la ruptura no es tan neta como se podría deducir de la simple lectura de los textos constitucionales.

El artículo 38 viene a regular expresamente por primera vez en el Derecho Constitucional francés la técnica del *Decret-loi*. En efecto, según dicho artículo "el Gobierno puede para la ejecución de su programa solicitar al Parlamento autorización para adoptar mediante ordenanzas, durante un periodo limitado, medidas que son normalmente del dominio de la ley. Las ordenanzas son aprobadas en Consejo de Ministros. Entran en vigor desde el momento de su publicación, pero decaen si el proyecto de ley de ratificación no es depositado ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. En el momento de la expiración del plazo mencionado en el primer inciso del presente artículo, las ordenanzas no pueden ser modificadas sino por ley en las materias que son del dominio legislativo". Como puede verse, la institución se diferencia tanto del Decreto Legislativo como del Decreto-ley que conocemos en nuestro ordenamiento. Hay primero una solicitud del Gobierno, después una habilitación del Parlamento y después una solicitud de ratificación por el Parlamento de las ordenanzas aprobadas por el Gobierno, sin que sea necesario que aquel se pronuncie sobre las mismas, ya que la Constitución simplemente impone al Gobierno la obligación de depositar un proyecto de ley solicitando la ratificación, no que el Parlamento ratifique, y admitiéndose incluso la ratificación "implícita".

Pero lo interesante a destacar es que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado el artículo 38 en el mismo sentido en que se interpretó la técnica del Decret-loi durante la IIIª y la IVª Repúblicas, interpretación basada en criterios orgánicos y formales, y de ahí que las ordenanzas adoptadas por el Gobierno se consideren actos reglamentarios hasta tanto no son ratificadas por el Parlamento. Esta posición que arranca de una decisión adoptada por el Conseil d'Etat en 1930 (CE. 30 de mayo de 1930. "Syndicat professionnel des épiciers en détail": "Cuando un decreto ha sido depositado...a fin de ser ratificado esta circunstancia no debería ser obstáculo para que dicho decreto sea objeto de un recurso por exceso de poder, si este decreto, no habiendo estado comprendido en ninguna ley de ratificación, no ha recibido un carácter legislativo"), por la que corrige su jurisprudencia anterior, tenía su lógica en el sistema de las IIIª y IVª Repúblicas, pero no tanto en el del Va, dado que la institución se regula expresamente en la Constitución y se podía interpretar, por lo tanto, de manera diferente. Sin embargo, también aquí lo que se ha hecho es aproximar la institución nueva a la práctica ya conocida en la tradición normativa francesa.

También con el nombre de ordenanzas la Constitución de 1958 prevee en el artículo 47 un procedimiento especial para la entrada en vigor de leyes de finanzas. "Si el Parlamento no se ha pronunciado en un plazo de setenta días (a contar desde el depósito de la ley de finanzas), las disposiciones de este proyecto pueden ser hechas entrar en vigor mediante ordenanza". A nivel constitucional el artículo supone una novedad importante y suena como algo extraordinariamente heterodoxo. Sin embargo, hay que decir que no se ha hecho uso de él ni una sola vez,

mientras que, por el contrario, sí se hizo uso de dicha técnica en dos ocasiones bajo la IVª República, que es de donde la toma ron los constituyentes de 1958.

Por último, por lo que a los poderes extraordinarios del Presidente de la República en tiempo de crisis se refiere, poderes mediante los cuales él "toma las medidas exigidas por las circunstancias", entre las que obviamente entran medidas de tipo legislativo, tampoco tiene precedente en el derecho constitucional francés, pero tampoco es una experiencia ajena al mismo, y no sólo en los momentos de crisis que se han saldado con un cambio de constitución o con declaraciones de estado de sitio, sino en aquellos en los que la Constitución se afirma a pe sar de la crisis. Y en este sentido hay que tomar en consideración la jurisprudencia del Conseil d'Etat desde la Primera Guerra Mundial en adelante y el alcance que en ella se da a los poderes de guerra y a la noción de orden público como instrumen tos de habilitación normativa a favor del Gobierno.

Así pues, el resultado de este recorrido por la Constitución francesa de 1958 por lo que al poder reglamentario se refiere, pone de manifiesto que se ha producido una novedad importante en el terreno de los principios, pero que no estamos ante una auténtica revolución en el sentido de que no se parezcan en nada la situación antes y después de 1958. Obviamente el consti tuyente de 1958 ha sistematizado las experiencias diversas y al go desordenadas o incluso caóticas que habían aparecido en las dos Repúblicas anteriores y les ha dado rango constitucional. En este sentido ha convertido las "excepciones" del periodo anterior en la "regla" del periodo nuevo. Lo que ocurre es que las excepciones ya eran muy numerosas y cada vez más amplias en en dicho periodo anterior y la regla, como vamos a ver a conti-

nuación, también se ha ido relajando en un sentido inverso al que inicialmente se pensó.

Pero con ello entramos ya en el dominio de la ley.

Exactamente igual que a propósito del reglamento también a quí nos encontramos ante un cambio radical desde el punto de vista de los principios. La ley deja de ser definida por un criterio exclusivamente formal, para pasar a convertirse en una norma básicamente material, reservada para la regulación de determinadas materias.

Dichas materias, como ya sabemos, están definidas fundamentalmente en el artículo 34 de la Constitución, que contiene un catálogo amplio, que se extiende prácticamente a todas las consideradas tradicionalmente importantes, si bien, como suele ocurrir siempre que se sigue este procedimiento de enumeración, se puede incurrir en algún error más bien por defecto que por exceso, destacado sobre todo inmediatamente después de aprobada la Constitución y al que hoy ya no se le concede tanta importancia. Dentro de dicho catálogo el constituyente distingue entre aquellas materias en las que la ley "fija las reglas" y aquellas en las que "determina los principios fundamentales", distinción que se asemeja algo a las expresiones "por ley" y "en base a una ley", que se encuentran en otras constituciones europeas, y que, por la vía de la interpretación, puede abrir un margen mayor o menor al ejercicio del poder reglamentario. Desde los primeros momentos y en contra de la interpretación inicial por parte de la doctrina que pretendía excluir el poder reglamentario por completo en aquellas materias en las que la ley fija las reglas, el Conseil Constitutionnel afirmó expresamente que también había lugar para el poder reglamentario en estos casos y que "fijación de las reglas" no debía ser interpretado como "fijación de todas las reglas", sino como fijación de las

reglas fundamentales, básicas, de la materia de que se trate, susceptibles de ser concretadas por el Gobierno mediante su poder reglamentario (Sentencia de 27 de noviembre de 1959, no rectificada desde entonces).

Junto a estas materias la Constitución reserva al Parlamento en la forma de Ley Orgánica o de Ley ordinaria la regulación de otras materias. Aunque, como veremos después, el Conseil Constitutionnel no admitió inicialmente que en los conflictos para deslindar la materia legislativa de la reglamentaria se hiciera uso de otros artículos que no fueran el 34 y el 37, modificó con posterioridad su jurisprudencia, ampliando las materias reservadas mediante la inclusión de las referencias escalo nadas a la Ley en sus dos formas en la Constitución.

Como ya sabemos, todas las materias no reservadas a la ley son del dominio del reglamento. Y a fin de que el sistema de distribución competencial entre ambas fuentes del derecho funcione de manera eficaz, la Constitución prevee mecanismos para que intervenga en última instancia el Conseil Constitutionnel resolviendo las diferencias de interpretación entre el Parlamento y el Gobierno. Entre dichos mecanismos destaca en relación con el tema que aquí estamos tratando el previsto en el artículo 37.2, a través del cual el Gobierno puede acudir al Conseil Constitutionnel a fin de evitar cualquier extensión de facto del dominio de la ley por decisión del Parlamento, es decir, cualquier invasión del dominio del reglamento.

La "regla", es decir, el sistema de distribución de la capacidad normativa era, como puede verse, bastante estricto, aparte de completamente opuesto al tradicional en el derecho histórico francés y en todo el Derecho Constitucional occidental en general. Y hay que decir además, que inicialmente fue inter-

pretada y aplicada de esta manera, siendo frecuentes las quejas frente al Conseil Constitutionnel como "órgano progubernamental" guardián celoso de las prerrogativas normativas del Gobierno, defensor del reglamento frente a la ley. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, con el paso del tiempo se ha ido produciendo una notable evolución en la interpretación de las materias reservadas a la ley en la jurisprudencia constitucional, que ha conducido a una notable ampliación de las mismas.

Los momentos más destacados del proceso han sido los siguientes:

1º Consideración de las "ordenanzas" dictadas en virtud del artículo 92 de la Constitución como "textos de forma legislativa" en el sentido del artículo 37.2, a los que se extiende la competencia de control del Conseil Constitutionnel. Aunque es desde este punto de vista únicamente desde el que el Conseil Constitutionnel aborda el tema, dicha decisión tiene una repercusión importante sobre el dominio legislativo, ampliándolo considerablemente, ya que todas las materias reguladas por tales "ordenanzas", al estar incluidas en "textos de forma legislativa" suponen una ampliación del dominio legislativo reservado por el artículo 34. Ciertamente no de manera definitiva, ya que el Gobierno puede acudir al Conseil Constitutionnel para que declare que determinadas materias reguladas por tales "ordenanzas" no son del dominio legislativo y pueden ser reguladas, en consecuencia, por el poder reglamentario. Y así se hizo, sobre todo en los primeros años de la Vª República. Pero como afirman Favoreu y Philip: "se puede concluir que una gran parte de las ordenanzas está al abrigo de las deslegalizaciones y que esto representa un aporte considerable al dominio legislativo, pues, como no se tuvo mucho cuidado a lo largo del periodo tran

itorio en distinguir entre disposiciones reglamentarias y legislativas, las 269 ordenanzas no sometidas a deslegalización contienen, sin duda, una buena cantidad de disposiciones de carácter reglamentario, y materias por tanto que escapan al poder reglamentario, a pesar de que deberían ser normalmente competencia del mismo". (Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel. 2ª ed. 1979. pág. 59). Así pues, por esta simple vía de hecho se produce un aumento del dominio legislativo.

2º Interpretación del procedimiento previsto en el artículo 41 de la Constitución no sólo como un instrumento de protección del dominio reglamentario contra una invasión del mismo por parte del legislador, como se lo había considerado inicialmente, sino también a la inversa, como un instrumento de protección de la reserva de ley frente a la invasión reglamentaria. "Este procedimiento es presentado generalmente como un mecanismo que permite al Gobierno hacer respetar por el Parlamento el dominio del reglamento; y se añade incluso con frecuencia que no hay un procedimiento 'constitucional' simétrico para hacer respetar el dominio de la ley. En realidad, desde el principio, los parlamentarios han comprendido que el procedimiento del artículo 41 podía ser utilizado también para hacer sancionar por el Conseil Constitutionnel las invasiones por parte del poder reglamentario del dominio del poder legislativo: ante un decreto que no respete los límites de este último, basta presentar una proposición de ley derogando tal decreto: el Gobierno se opone y se puede recurrir al Conseil Constitutionnel" (Favoreu y Philip, op. cit. p. 73-74).

3º Utilización no sólo del artículo 34 para definir las materias reservadas a la ley, sino de todos los artículos de la Constitución que escalonadamente se refieren a la ley ordinaria



u orgánica (artículos 3,4, 34, 36, 47.1, 53.1 y 2, 57. 72.1 y 2 73, 74) (20 leyes orgánicas). Esta tesis que fue defendida pocos años después de aprobada la Constitución, en 1962, por J. Groux: "El artículo 37.1 atribuye al poder reglamentario el conocimiento de las materias que no son del dominio de la ley, sin precisar si estas materias son solamente aquellas que resultan de la enumeración contenida en el artículo 34. Se puede, en consecuencia, considerar como materias legislativas todas aquellas que, al margen de la lista del artículo 34, pueden ser consideradas como tales en virtud de otros artículos de la Constitución o del Preámbulo de ella", (Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958. N.E.D. n° 2908, de 28 de julio de 1962) no fué, sin embargo, aceptada inicialmente por el Conseil Constitutionnel, quien entre 1959 y 1965 en todas las decisiones tomadas en virtud del artículo 37.2 sólo toma en consideración los artículos 34, 37 y 62, incluso cuando la materia examinada hacía referencia a otros artículos (Sentencias de 4 de diciembre de 1962, 12 de mayo de 1964). Sin embargo, a partir de 1965, concretamente en una sentencia de 2 de julio, el Conseil Constitutionnel cambia de posición: "Considerando que, según el artículo 34 de la Constitución "las materias que no son del dominio de la ley tienen un carácter reglamentario" y que "este dominio está determinado no sólo por el artículo 34, sino también por otras disposiciones de la Constitución y de manera notable por los artículos 72 y 74".

4º Inclusión en el dominio de la ley de la modificación de los "principios generales del derecho". Esta ampliación del dominio legislativo es resultado de la decisión del Conseil Constitutionnel de 26 de junio de 1969. Dicha decisión implica "una

ampliación considerable de la competencia legislativa y correlativamente una reducción de la competencia reglamentaria" (Favoreu y Philip. op. cit. p. 231) desde un doble punto de vista:

a) Al decidir que toda modificación de un principio general del derecho no podrá realizarse sino por ley y al incluir en la lista todos los principios ya formulados o que puedan ser formulados en el futuro por el Conseil d'Etat y el Conseil Constitutionnel, se abre un campo muy amplio y además extensible al poder legislativo. Como diría Luchaire, "una extensión considerable de la competencia legislativa, y esta vez al margen de todo texto constitucional u orgánico, se ha realizado cuando el Conseil Constitutionnel ha colocado en el dominio legislativo la derogación de los principios generales del derecho"

b) Por la modificación del propio mecanismo de distribución de competencia. "En efecto, la materia en la que quería intervenir el Gobierno era reglamentaria: pero de la decisión del Conseil Constitutionnel resulta que, aunque autónomo, el poder reglamentario no podrá tomar aisladamente ciertas medidas, incluso en su dominio reservado, porque son contrarias a un principio general del derecho; necesitará, pues, que el legislador proceda primero a esta derogación para dictar a continuación su medidas. Es lo que se ha consagrado en este caso y también en el de 24 de octubre de 1969 (Ecole Polytechnique): la remuneración por los servicios prestados es una materia formalmente excluida del dominio de la ley por el artículo 34 de la Constitución y el artículo 5 de la ordenanza orgánica relativa a las leyes de finanzas; sin embargo, el Conseil Constitutionnel reintroduce la competencia del legislador para efectuar una derogación de un principio general del derecho. ¿ Se puede hablar entonces de un dominio reservado al poder reglamentario autónomo? (Favoreu y Philip. op. cit. pág. 231).

Más aún, como dice pertinentemente Guièze: "si se admite que una ley puede intervenir en materia reglamentaria a fin de autorizar a la autoridad reglamentaria para que derogue un principio general del derecho, es necesario admitir que el reglamento deberá respetar los límites de la derogación autorizada". Lo que quiere decir que el reglamento autónomo deberá respetar la ley ( y no solamente los principios generales del derecho). Pero ¿ qué es entonces de manera exacta el poder reglamentario autónomo si no tiene un dominio reservado y debe respetar la ley?

5º Una nueva ampliación del dominio legislativo se produce con la decisión del Conseil Constitutionnel de 28 de noviembre de 1973, en la que por primera vez el Conseil hace derivar la competencia legislativa del Preámbulo de la Constitución, con lo cual se da a la reserva de ley unas posibilidades de extensión muy grandes en detrimento, evidentemente, del poder reglamentario. "La competencia legislativa puede derivar, pues, de diversos artículos de la Declaración de Derechos, del Preámbulo de la Constitución de 1946, de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república. Más aún, combinando por primera vez el Preámbulo y los artículos de la Constitución haciendo uso de un método de interpretación que pretende deducir globalmente de un conjunto de disposiciones una regla que prevalece contra una interpretación literal del artículo 34, el Conseil Constitutionnel ha consagrado posibilidades de ampliación considerables del dominio legislativo, sobre todo si se pone en relación esta decisión con la de 26 de junio de 1969 sobre los principios generales del derecho. Por último, <sup>dado que el</sup> Conseil ~~invoca~~ incluso de oficio todo argumento o disposición que pueda justificar la competencia legislativa y ~~se~~ <sup>pasas</sup> sistemáticamente revista a todas las fuentes posibles de competen-

cia legislativa, se puede plantear la cuestión de si, progresivamente, el poder reglamentario no va a ver como se reduce su dominio. Una vez más planteamos la cuestión: ¿ es serio continuar afirmando que la competencia legislativa es la excepción ? (Favoreu y Philip. op. cit. p. 292).

6º Por último, hay que mencionar la jurisprudencia del Conseil Constitutionnel que impone al propio legislador el respeto del dominio reservado a la ley, obligándole a regular determinadas materias, sin que pueda dejar que sus normas sean completadas por el poder reglamentario del Gobierno o incluso de una autoridad judicial. Este es el sentido de la decisión de 23 de julio de 1975: "Considerando... que el artículo 34 de la Constitución <sup>que</sup> reserva a la ley la tarea de fijar las reglas concernientes al procedimiento penal se opone a que el legislador, al tratarse de una materia tan fundamental como es la de los derechos y libertades de los ciudadanos, confie a otra autoridad el ejercicio de... atribuciones definidas por la disposición en cuestión".

Así pues, ni antes de 1958 las relaciones entre la ley y el reglamento fueron tan "verticales y unívocas" como deberían haberlo sido, ni después de 1958 se ha producido una devaluación absoluta de la ley en beneficio del poder reglamentario. En ambos casos y a partir de principios completamente opuestos se ha ido produciendo una aproximación en la práctica en el ejercicio de la potestad normativa por parte del Parlamento y del Gobierno.

LA DISTRIBUCION DE LA CAPACIDAD NORMATIVA ENTRE EL PARLAMENTO  
Y EL GOBIERNO EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Desde un punto de vista formal la evolución de las relaciones entre el acto normativo del Parlamento y el del Gobierno entre la ley y el reglamento, es en Alemania la inversa justamente a la francesa. Si en esta, como acabamos de ver en el apartado anterior, se parte de una definición exclusivamente formal y orgánica de ambas fuentes y de sus relaciones recíprocas, para acabar en una definición en base a criterios materiales de la ley y en la aceptación de un poder reglamentario autónomo en las materias no reservadas a la ley, en Alemania ocurre precisamente lo contrario: el punto de partida de la evolución constitucional de las relaciones entre ambas fuentes es, bajo la llamada Monarquía Limitada o Monarquía Constitucional, la definición de la ley a través de las materias reservadas a la misma y la aceptación correlativa de un poder reglamentario autónomo a favor del Gobierno, punto de partida que se va transformando en otro completamente distinto primero en Weimar, para acabar sobre todo en la Ley Fundamental de Bonn en un esquema de distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno en el que, además de las reservas de ley específicas escalonadas en la Constitución, a la ley le está reservado todo, en tanto que el reglamento es una norma subordinada y secundaria sólo admitida en base a una ley y con determinadas limitaciones (Véase Jesch. Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961. Se trata de una monografía clásica, en la que por primera vez se plantea el tema de las relaciones entre la ley y el reglamento en función de las "estructuras constitucionales" distintas en las que se insertan, argumentándose además que es a partir de la "estructura constitucional" cómo deben intentar resolverse en cada momento

to los conflictos que se planteen).

Pero antes de anticipar las conclusiones veamos cual es el proceso que han seguido ambas fuentes.

### LA LEY Y EL REGLAMENTO EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

Como diría muy acertada Carl Schmitt varios años después de que el Nacional Socialismo hubiera puesto fin al sistema de Weimar y, por lo tanto, con una cierta perspectiva de conjunto sobre la experiencia constitucional previa a la Ley Fundamental de Bonn, en el terreno de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno en lo que a emisión de normas jurídicas se refiere, la historia alemana es de sumo interés, "porque en ella se han dado todas las respuestas imaginables a la cuestión, desde el rechazo por principio a toda delegación legislativa y la aceptación opuesta, también por principio, de la admisibilidad de toda habilitación, incluso la más ilimitada, pasando por el estadio intermedio de la admisibilidad de habilitaciones limitadas desde el punto de vista del contenido, hasta la supresión constitucional de la separación característica de la división de poderes del legislativo y el ejecutivo, es decir, hasta la praxis de la legislación gubernamental en sentido estricto". (Positionen und Begriffe. Hamburg. 1940. pág. 220-221)

Dos momentos han de ser distinguidos con toda claridad en dicha historia constitucional y ambos tienen interés para nosotros: por una parte la fase conocida como Monarquía Constitucional- Konstitutionnelle Monarchie, que tanta importancia tuvo en Alemania y en la formación de su Derecho Público; y por otra, Weimar, que, aunque tuvo una duración reducida y más bien convulsa, tuvo el interés indudable de que en ella se manifestaron de manera radical casi todos los problemas centrales de la orga

nización jurídica del "Estado Democrático", también, como es lógico, en el tema que estamos estudiando.

A.- LEY Y REGLAMENTO EN LA MONARQUIA CONSTITUCIONAL

No es necesario entrar en el análisis de esta forma política, además de que desbordaría el marco de esta investigación. En lo que aquí interesa basta decir que la situación se caracterizaba por las dos siguientes notas:

1ª Por la delimitación de las materias que solamente pueden ser reguladas mediante ley formal, es decir, en las que era inexcusable la participación del Parlamento.

2ª Por la admisibilidad del poder reglamentario autónomo del ejecutivo en las materias no expresamente reservadas a la ley.

Inicialmente este esquema no sería justificado teóricamente de forma muy precisa, pero a medida que avanza el proceso de construcción del Estado de Derecho y se constituye la jurisdicción contencioso-administrativa, hay que proceder a un análisis teórico del problema que haga frente a los problemas de tipo práctico que se plantean. De ello se ocupará detenidamente la doctrina jurídica alemana del último tercio del siglo XIX, en la que no hay prácticamente ningún autor relevante que no se pronuncie sobre él.

La doctrina dominante (R.v. Mohl. Das deutsche Reichsstaatsrecht. Tübingen 1873, pág. 167; Haenel. Deutsches Staatsrecht 1. Bd. Leipzig 1892, pág. 275; G. Meyer. Lehrbuch des deutschen Staatsrecht, 5ª ed. Leipzig 1899, pág. 517; Laband. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Bd. 4ª ed. Tübingen-Leipzig 1904

A. Arndt. Das Verordnungsrecht des deutschen Reiches auf der Grundlage der Preussischen und unter Berücksichtigung des fremd ländischen Verordnungsrecht, Berlin-Leipzig 1894, pág. 15; v. Rönne. Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 1Bd. 2ª ed. Leipzig 1876, pág. 214) afirma con toda claridad como punto central la admisibilidad del poder reglamentario autónomo del Gobierno en todas aquellas materias no expresamente reservadas a la ley.

Además, aunque la Constitución de 1871, como todas las del XIX en general, no decía nada al respecto, casi nadie, con la ú nica excepción de v. Rönne, ponía en duda la posibilidad de habilitar al Gobierno mediante ley para la emisión de lo que en la doctrina alemana se conoce como "reglamentos jurídicos" -- Rechtsverordnungen. (R.v. Mohl-167; Haenel-295; Laband-89; Arndt-22 y s.; Meyer-Anschütz. Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht, 7ª ed. München-Leipzig 1919. pág. 672, nota 7 califican la posición de v. Rönne de "völlig unbegründet" -- carente por completo de fundamento).

A diferencia de la doctrina francesa de la época, ello se justificaba en base a dos argumentos:

1º que no existían ni podían existir límites para la acción del poder legislativo; y

2º que una cosa era la base legal formal suministrada por la ley de habilitación y otra la regulación material de la ques tión decidida por el órgano habilitado. Este último no se convierte en legislador, sino en un simple órgano auxiliar de la voluntad legislativa. "De acuerdo con esta construcción, diría Carl Schmitt, en el caso de una ley de habilitación no se trata de una transferencia de competencias legislativas y, por lo tan to de una delegación en sentido estricto." (Positionen..., pág. 221.)



A partir de aquí era lógico no sólo que se admitiera la posibilidad de la delegación legislativa, sino además que se admitiera sin tener que respetar ninguno de los límites a los que hoy estamos acostumbrados. El Reglamento Jurídico podía regular cuestiones que no estaban contenidas en la ley de habilitación, apartándose por lo tanto de ella (Haenel-296). La habilitación se podía conferir para un caso o "para una cierta clase de casos" (G.Meyer-517). La ley de habilitación o delegación no necesitaba contener mas que "la orden de que una determinada materia debe ser regulada mediante reglamento" (Laband-89). Según Arndt, todo lo que puede ser objeto de ley lo puede ser también de reglamento jurídico (p. 22). Y en el mismo sentido Jellinek afirma lo siguiente: "si, a quien, con qué alcance y bajo qué condiciones el legislador puede delegar la competencia para dictar normas jurídicas vinculantes" es algo que depende de la discrecionalidad del legislador (Gesetz und Verordnung. Freiburg i. B. 1887, pág. 8-9). En definitiva, como concluiría C. Schmit "La competencia de delegación ilimitada del legislador ilimitado estaba fuera de duda" (op. cit. pág. 222, nota 1).

Las dos únicas excepciones que se hacían valer frente a la ley de delegación afectaban a la reforma de la constitución y a aquellos supuestos en los que existía una reserva formal de ley de manera obligatoria, como ocurría, por ejemplo, para la aprobación del Presupuesto (F. Klein. Verordnungsermächtigung nach Deutschem Verfassungsrecht, en: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat. Frankfurt 1952, pág. 12-13).

## B.- LA CONSTITUCION DE WEIMAR

El esquema cambia radicalmente con el constitucionalismo republicano-democrático que se inicia con la Constitución de Weimar. Lo más significativo en lo que aquí nos interesa, es lo que podríamos denominar el tránsito de un sistema de "reserva de ley" a otro de "legalidad de la Administración". A la ley le está reservado todo. La Administración es siempre secundum legem. El poder reglamentario autónomo del Gobierno o desaparece o queda circunscrito a cuestiones puramente organizativas de carácter interno.

Por lo demás, la Constitución de Weimar, como casi todas las de entreguerras, con la notable excepción de la española de 1931 (artículo 61), no se refiere para nada a la posibilidad de que el Parlamento delegue en el Gobierno el ejercicio del poder normativo, si bien no existían dudas acerca de la admisibilidad de dicha práctica (E. Jacobi. HdbDStR, 2 Bd. 1932, pág. 239 y 242; R. Thoma, ibid. pág. 221 y 227), así como de la carencia de límites para el legislador a la hora de efectuar la habilitación (JÜR. N.F. 1951, pág. 588. Los constituyentes de Bonn se refieren expresamente al tema), aunque hay que mencionar los intentos de algunos autores para poner límites a las leyes de habilitación (Triepel-Poetzsch. Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages (Bamberg). Berlin-Leipzig 1922, pág. 52 y 302).

Sí regulaba, sin embargo, de manera expresa el poder normativo del Presidente de la República en la forma de legislación de excepción -- Notverordnungen -- en el posiblemente más famoso artículo de la Constitución de Weimar, el 48, del que se hizo además uso en repetidas ocasiones.

En la práctica, en los años de vigencia de la Constitución de Weimar se recurrió a ambas técnicas, pudiéndose apreciar un uso más intenso de las leyes de habilitación en los primeros años de vida de la República, fundamentalmente hasta 1923, en general en materias relacionadas con la regulación de la economía y la transición de la misma a la época de paz (leyes de 31 de agosto de 1919, 3 de agosto de 1920, 6 de febrero de 1921, 24 de febrero de 1923, 13 de octubre de 1923, 8 de diciembre de 1923) para dejar paso a la utilización generalizada de las ordenanzas de necesidad previstas en el artículo 48, que se impondría sin reservas de ningún tipo y de manera especialmente acusada desde finales de los años veinte con la agudización del proceso de descomposición del sistema, para culminar la evolución la famosa "Gesetz zur Behebung der Not vom Volk und Reich" de 24 de marzo de 1933, la ley de habilitación o ley de habilitación par excellence, como la llama Hörst Hasskarl (Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung. Ein Beitrag zu Art. 80. Abs. 1. Satz 2 GG. Saarbrücken 1969), que fué el instrumento jurídico del que se sirvió el Nacional Socialismo para liquidar el edificio de Weimar y anular por completo las bases a partir de las cuales se había construido desde los orígenes del constitucionalismo la distinción entre la normación de origen parlamentario y gubernamental, entre la ley y el reglamento.

Como escribiría Friedrich Klein en 1952: "El Derecho Constitucional del Reich Alemán Nacional Socialista dejó tras de sí la problemática íntegra de las habilitaciones legislativas que procedían del concepto de ley del Estado con división de poderes. La Gesetz zur Behebung der Not vom Volk und Reich de 24 marzo de 1933 le concedió al Gobierno del Reich la competencia

para dictar leyes y leyes además en sentido formal. Con ello se había dado el paso decisivo para la supresión de la separación entre el legislativo y el ejecutivo. De acuerdo con los conceptos y parámetros de la Constitución de Weimar se trataba ciertamente de una "habilitación" legislativa, de una llamada ley de habilitación de reforma de la constitución o, dicho más correctamente de supresión de la constitución. Pero fue simultáneamente el instrumento formal legal con el que se destruyó el sistema constitucional vigente hasta la fecha y concretamente el concepto tradicional de ley y se pudo preparar el terreno para un nuevo concepto de ley. La Reichsgesetz über den Neuaufbau des Reiches de 30 de enero de 1934 reforzó este fundamento y dejó en particular fuera de duda, que podrían entrar en vigor leyes constitucionales nuevas mediante una decisión del Gobierno del Reich. Con ello desaparecieron, por una parte, las distinciones entre ley de reforma de la constitución y ley ordinaria y, por otra, entre ley y reglamento, que habían dominado todo el sistema constitucional anterior" (op. cit. p. 15).

No es de extrañar, en consecuencia, que el constituyente de Bonn reaccionara de forma decidida contra la experiencia de Weimar y su desnaturalización, no limitándose a reafirmar el marco general de la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno típico del régimen parlamentario democrático, sino suprimiendo el recurso a la legislación de necesidad (el "estado de necesidad legislativa" previsto en la Ley Fundamental no tiene nada que ver con el artículo 48 de Weimar) y regulando de manera extraordinariamente restrictiva la posibilidad de que el Parlamento habilite al Gobierno para dictar reglamentos jurídicos.

Pero con ello entramos ya en el sistema de la Ley Fundamental de Bonn.

LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

La Ley Fundamental de Bonn se refiere a los reglamentos jurídicos en varios preceptos (artículos 82. 1 y 2; 109.4; 115 k 1 y 2; 119.1; 130. 1 y 2; 132.4), pero se trata de artículos que han quedado obsoletos, porque hacían referencia a problemas del periodo transitorio, o de artículos que abordan problemas particulares que apenas si juegan un papel en la praxis legislativa.

En realidad, los reglamentos jurídicos están regulados en el artículo 80 de la Ley Fundamental, en el que se prevee la posibilidad de habilitar mediante ley al Gobierno Federal, a un Ministro o a los Gobiernos de los Länder para que dicten reglamentos jurídicos, teniéndose que determinar en la ley de habilitación el contenido, finalidad y alcance de la misma y debiendo el reglamento indicar en cada caso cual es la ley sobre la que descansa.

Hay una serie de aspectos o de problemas de interpretación en dicho artículo que los podemos dejar de lado aquí, porque no interesan directamente al tema que estamos tratando (posibilidad de subdelegación, control posterior del Parlamento del reglamento dictado por el Gobierno, eventual ratificación del Bundesrat de un reglamento jurídico etc). Aquí sólo vamos a abordar el de las relaciones entre la ley y el reglamento, entre la ley de habilitación y el reglamento jurídico, tomando especialmente en consideración la praxis constitucional desarrollada a lo largo de estos más de treinta años de vigencia de la Ley Fundamental, tal como se refleja en la jurisprudencia constitucional en la materia.

Ante todo hay que indicar que la Ley Fundamental de Bonn no contiene un criterio de separación material entre las esferas de acción del poder legislativo y del titular del poder reglamentario. A diferencia de lo que hace el Artículo 82 de la Constitución española de 1978 que excluye la habilitación parlamentaria en determinadas materias, la Ley Fundamental admite que allí donde se exige una regulación por ley pueda intervenir también el reglamento jurídico. Incluso en el terreno de limitación de los derechos fundamentales.

Evidentemente esto no quiere decir que el constituyente de Bonn no tuviera una idea precisa de qué debía ser la ley y qué el reglamento, así como de las relaciones entre ambos. De los Debates Parlamentarios resulta con toda claridad que la ley representa para ellos un valor jurídico superior, que debía ser una norma a través de la cual se tomaran las decisiones más permanentes y con la que se hiciera frente a las cuestiones políticas fundamentales, ya que el Parlamento es el único órgano del Estado con una legitimación democrática directa.

El reglamento jurídico, por el contrario, debía abordar cuestiones accesorias, periféricas, ya decididas en su núcleo esencial por el legislador. Y de ahí las exigencias contenidas en el artículo 80 de determinación del "contenido, finalidad y alcance" de la habilitación parlamentaria, así como de la necesidad de que el reglamento jurídico cite expresamente la ley que le sirve de fundamento, a fin de facilitar el control.

La ley debe ser la regla. El reglamento jurídico la excepción. Y en todo caso, únicamente la ley puede contener una auténtica manifestación de voluntad, en tanto que el reglamento jurídico debe limitarse a la concreción o especificación de la misma sin poder añadir nada.

En la práctica, sin embargo, las cosas han sido bastante distintas y con una progresiva tendencia a que cada vez lo sean más. El número de reglamentos jurídicos ha sido siempre superior al de leyes y la diferencia está incrementándose cada vez más. (Los datos estadísticos pueden consultarse, por ejemplo, en el artículo de Manfred Lepa "Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung", AÖR (1980), pág. 340, nota 16).

Pero no sólo desde el punto de vista cuantitativo se ha producido una separación entre la realidad y el texto constitucional, sino también desde el punto de vista cualitativo. Como indica M. Lepa en el artículo recién citado, numerosas leyes obtienen a través de los reglamentos jurídicos no sólo su propio rostro, sino también con frecuencia su posibilidad de aplicación en general, adoptándose a través de los mismos decisiones de máxima importancia, que no son simples desarrollos de las adoptadas por el legislador en la ley de habilitación (op. cit. pág. 340-41 y nota 17).

Ello obliga, en consecuencia, a reflexionar sobre el postulado de la concreción de la habilitación al que se refiere el artículo 80 GG y sobre la interpretación que está recibiendo, en especial por parte del Tribunal Constitucional Federal, pues únicamente a partir de la deducción de los principios de interpretación formulados por dicho órgano será posible alcanzar una cierta precisión y seguridad en la materia.

Hasta ahora, sin embargo, si atendemos a la literatura jurídica alemana sobre el tema, no ha sido así y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha sido valorada como particularmente equívoca e incluso contradictoria por la mayor parte de los autores que se han ocupado de ella así como tam-

bién por la Comisión de Encuesta nombrada por el Bundestag para el estudio de la Reforma de la Constitución.

Dentro de la literatura jurídica destaca la obra de Hörst Hasskarl, quien dedicó al tema su Tesis Doctoral (Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung. Ein Beitrag zu Art. 80. Abs. 1. Satz 2 GG. Saarbrücken 1969), y publicó después dos artículos de notable repercusión, uno en DÖV (16 Jahre Bundesrechtsetzung und ihre Schwerpunkte im Spiegel der Zahlen, pág. 558 y ss y otro en el AÖR (Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, 1969, pág. 85 y ss.), en los que reproducía con leves retoques las partes esenciales de su Tesis.

Para dicho autor la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal gira en torno a dos problemas:

1º Cuando, es decir, bajo qué premisas se puede considerar como determinado el contenido, finalidad y alcance de la habilitación para dictar un reglamento jurídico. Se trata de un problema de concreción de una norma jurídica.

2º Cómo se ha de obtener un juicio acerca de la determinación de la mencionada triada. Nos encontramos ante un problema de hermenéutica jurídica.

En términos generales, nos dice, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no ha sido unitaria, sino más bien oscilante e incluso parcialmente contradictoria.

Ello vale ante todo para la cuestión de si es posible fijar reglas generales en relación con el tema, que mientras fue respondida inicialmente de manera negativa por el Tribunal, pasó a serlo de manera positiva pero fluctuante con posterioridad. Pe-



ro de manera especial dicha oscilación y parcial contradictoriedad afecta a la cuestión de cómo se ha de obtener un juicio acerca de la determinación de la habilitación, que condujo inicialmente al Tribunal a afirmar que la determinación del contenido, finalidad y alcance de la habilitación tiene que ser identificada de manera expresa en lo fundamental en la propia ley con claridad inequívoca (1. Deutlichkeitsformel), para pasar después a considerar que dicha triada no tiene que estar expresamente determinada en el texto de la ley, siendo suficiente la deducción de la misma mediante la aplicación de las reglas tradicionales de interpretación (2. Deutlichkeitsformel), entre las que se privilegia la interpretación histórica y sistemática, llegando incluso a jugar esta última no sólo en relación con otros preceptos de la misma ley de habilitación, sino incluso con otras normas del ordenamiento y aún con normas de la Comunidad Económica Europea (Sentencias 25 y 26, ambas de 13 de octubre de 1970, en las que el Tribunal Constitucional Federal remite a normas de la Comunidad Económica Europea para estimar como determinado el contenido, finalidad y alcance de la habilitación. BVerfGE 29, pág. 198 y ss.)

En conjunto, según Hasskarl, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se pueden distinguir varias fases, en las que se procede progresivamente a una dulcificación o a un relajamiento del control que efectúa el Tribunal respecto de las exigencias del artículo 80 GG.

La primera se caracteriza por el esfuerzo del Tribunal Constitucional por definir cuando están determinados el contenido, la finalidad y alcance de la habilitación, siendo muy estrictos los principios utilizados por dicho órgano, que se traducen en los tres criterios etiquetados por Hasskarl en los términos si-