

EL REFRENDO EN LAS MONARQUIAS *

(I)

Una preocupación obligada a la hora de iniciar un trabajo como el que ahora comenzamos es la de su justificación. A nuestro juicio es oportuno tratar hoy el tema de refrendo en virtud de dos consideraciones fundamentales: primero, por el olvido en que se le ha tenido por la doctrina; segundo, por la importancia que un esclarecimiento de dicho tema puede revestir en los presentes momentos de la evolución jurídico-política española.

De un lado, pues, es notoria la falta de atención al refrendo en las últimas décadas, y no sólo entre nosotros —lo que estaría de alguna forma justificado—, sino entre todos los tratadistas y estudiosos cultivadores del Derecho constitucional. Es más, desde la primera posguerra, y al hilo de la evolución del constitucionalismo moderno (lo que A. Hauriou llama «tercer gran movimiento de constitucionalización», no faltan voces que preconizan la supresión del refrendo ministerial, incompatible según ellas con las nuevas orientaciones del constitucionalismo en orden a la responsabilidad de las decisiones políticas.

La tendencia a infravalorar la institución refrendataria se acrecienta con el empuje de los fascismos y las nuevas modalidades de autocracia, autoritarismo y totalitarismo, de los tiempos recientes. Aun cuando no se ignora del todo tan viejo uso político y tan generalizada exigencia constitucional, su sentido jurídico se desvanece y el menosprecio hacia él emerge inevitable y consecuentemente.

Si centramos nuestra atención en las preocupaciones de nuestros publicistas, constitucionalistas y políticos, el panorama no es diferente. Aparte la no-

* Este trabajo tendrá una segunda parte centrada en la aplicación del refrendo a España, buscando el sentido y alcance de la institución refrendataria en una Monarquía constitucional.

table monografía de Cáceres Crosa de 1934, a la que nos referimos cumplidamente más adelante, y de las obligadas menciones en los manuales de Derecho político, poco más podemos aducir. Ni siquiera las revistas de la especialidad dedican atención diferenciada al tema. Y sin embargo, cualquier estudioso de nuestra historia contemporánea sabe que la ejecutoria política de Alfonso XIII levantó polémicas con alguna frecuencia en torno a las condiciones de ejercicio y limitaciones de la prerrogativa regia. Con todo, las disputadas interpretaciones del régimen político contenido en la Constitución de 1876 no alcanzaron una profundización en aspectos técnicos como el que ahora nos preocupa.

Con mayor justificación, transcurridos los años republicanos, el tema del refrendo cae en el olvido. Durante la época de Franco no tiene cabida la institución, ni su glosa, por obvias razones, y cuando, en los postreros años de la denominada «dictadura constituyente», el régimen surgido el 18 de julio pretende su configuración jurídica definitiva, dando cima a una Constitución que se declara, no obstante, siempre abierta, la L. O. E. establece las bases de la exigencia constitucional del refrendo. Es entonces cuando se presta alguna atención a la institución refrendataria.

Con todo, es probable que la mejor defensa del interés de nuestro esfuerzo no resida tanto en el artículo 8.º de la vigente L. O. E. cuanto en el compás de indeterminación constitucional al que venimos abocados. Vientos de reforma, cuando no de período constituyente, soplan con fuerza desde todos los ángulos ya abiertamente «partidistas». Se trata de una situación que, de continuar lo que parece un proceso abierto y con cierta lógica histórica, ha de tener un desenlace, hoy aún imprevisible en cuanto a su profundidad y alcance, que será la resultante de un campo de fuerzas expresado por aspiraciones muy genéricas de socialización, democratización y participación, de un lado, y por otro, de conservación del aparato institucional cuajado por el régimen, con sus soportes tanto socioeconómicos como ideológicos.

En el mejor de los supuestos —si tomamos como juicio de valor el de la paz pública y la integración social— este proceso deberá conducir a una acomodación negociada, pactada, por la que los grupos sociales y políticos en presencia alumbrarán un sistema más equilibrado e igualitario, abierto a sucesivos reajustes en el camino de unos deseos y metas de progreso que, con comprensible vaguedad, se anuncian por doquier.

No es nuestro propósito adentrarnos en la tentadora pendiente de la adivinación. Tampoco lo requiere de forma inexcusable el tratamiento que nos hemos propuesto del tema. El interés de un estudio de las posibilidades alternativas del instituto refrendatario se aprecia con los datos de que ahora disponemos y aun contando con la indeterminación constitucional que tenemos

en puertas. Hoy por hoy, la monarquía y su Gobierno anuncian vías de reforma constitucional, y en sus propósitos y declaraciones, así como en los de la mayoría de la oposición, se parte de un dato fijo común: la monarquía constitucional.

Partiendo de este dato básico, parece oportuno cualquier intento de fijar las opciones que ofrece la propia institución monárquica en los diferentes cometidos que puede cumplir, según sea el régimen político, y las limitaciones y condiciones de ejercicio impuestas a sus prerrogativas, vistas a la luz del referendo. En los actuales momentos, por lo demás, es particularmente aconsejable una perspectiva amplia a la hora de enfocar el tema, y no muy constreñida, por tanto, al aparato jurídico en vigor. Sólo así desvelará el instituto referendatario toda su potencial utilidad. De esta forma, finalmente, entendemos que nuestro esfuerzo se justifica en tanto puede ser, en última instancia, una pequeña aportación a la reflexión constitucional y constituyente en que, quiérase o no, nos vemos, o podemos vernos, en breve plazo.

I. CONFIGURACION DEL REFRENDO

La presencia de una o varias firmas diferentes de la del monarca, pero que acompañan a la de éste en los documentos de gobierno, con pretensión y exigencia de necesarias para la validez del acto, autenticidad del documento o imperatividad del mandato, es una constante en todas las monarquías evolucionadas. Y, sin embargo, el sentido y valoración doctrinal y jurídica de las firmas que se unen a la del rey varía profundamente a lo largo del tiempo (1).

(1) A través de nuestra larga historia, la forma de suscripción de los documentos públicos de gobierno del reino sólo muy excepcionalmente desconoce la firma (normalmente varias firmas) de personalidades y cargos relevantes (magnates, consejeros, cancilleres, secretarios, etc.) junto a la del rey. En el derecho histórico español es particularmente interesante la procedimentación rigurosa en la elaboración de las disposiciones auténticamente reales y asimiladas. No nos importa tanto el hecho en sí cuanto su posible significación. No creemos aventurado decir que tales fórmulas se reducirían a ser una manera de testificar y autenticar la firma y voluntad real. Pero con posterioridad, conforme va ganando terreno entre nosotros el principio dualista rey-reino, vendría a significar algo más, sin duda. En algunos hitos de nuestro derecho histórico creemos que podría defenderse el sentido no sólo «certificante», sino de presencia del reino junto al rey.

En la Edad Moderna se quiere superar la concepción dualista. Se desempolvan las concepciones romanas de la época imperial y se va, sobre todo en el continente europeo, hacia la constitución de la idea monista del Estado moderno, a la que

Sin tratar de hacer historia minuciosa, creemos que resultará esclarecedor observar cuál ha sido la evolución de los acontecimientos o ideas que motivaron la exigencia de lo que hoy entendemos por refrendo (2).

La ruptura del sentido unitario del Imperio romano y la concepción política más atomizada de los invasores llevaron a muchos pueblos a entender el poder político fraccionado o compartido. Así, fundamentalmente, durante la Edad Media, el rey es responsable, pues tiene como claros interlocutores un conjunto de poderes sociales diseminados (estamentales, religiosos, corporativos, militares, etc...) capaces de exigirle responsabilidad. Hay países en los que parece continuar esta situación y, como es sabido, Inglaterra ha sido y es fundamentalmente un Estado dualista. En gran medida la evolución de la historia política inglesa se podría explicar, pues, por el eje de una relación contractualista entre el *rex* y el *regnum*. Ahora bien, una vez que se afirmó en la Corona el atributo de la perpetuidad, así como el principio hereditario y la aureola teocrática (ungiendo o invistiendo al rey los jerarcas eclesiásticos), se llega fácilmente a considerar sagrada la persona del rey. La derivación inmediata es la inviolabilidad real. El rey no puede obrar mal, ni puede equivocarse.

presta fuerza aglutinante la concepción unitaria de la soberanía, que se ve encarnada por el monarca.

Con todo, y siendo nuestro país uno de los pioneros en la constitución del Estado moderno, hay rasgos suficientes para hacer pensar que, al menos con anterioridad a la época plenamente absolutista, había entre nosotros una tendencia clara a considerar la vida política como resultado de la colaboración entre el rey y el reino. Nuestra doctrina más clásica caminó por estos derroteros con frecuencia.

En el plano de las instituciones y de la procedimentación de los acuerdos políticos, el régimen polisinodal, tan enraizado entre nosotros, llevaba a una progresiva especialización en las tareas del Estado, que, a su vez, comportaba una procedimentación con frecuencia pautada y diferenciada en razón de la materia y del tipo de documento. La presencia obligada de determinadas firmas específicas por razón de la materia del acto, junto al rey, parece que debe darse por dato seguro. Muy sugerente resulta a este respecto la lectura del trabajo del profesor GARCÍA GALLO, *La ley como fuente de Derecho de Indias en el siglo XVI*; se pueden desglosar diversos tipos de documentos con formalidades diferenciadas y en los que el refrendo —término ya empleado en las fuentes— se hace presente con distintas modalidades. Naturalmente que se trata sólo de una indicación para un período histórico concreto, pero es muestra válida de cuanto puede ser hallado en la larga y profusa tradición de nuestras fuentes documentales (véase *Estudios de historia del Derecho indiano*, I. N. E. I., Madrid, 1972. En especial son de interés las págs. 244 y sigs.).

(2) El hilo conductor se podría seguir con parecido resultado (ante todo en los inicios y salvando diferencias de matiz) a través de nuestra historia, pero parece más firme y constante, y desde luego mejor estudiado, en el modelo inglés.

Sin embargo, el peso del principio dualista hace necesario acudir a una ficción para asegurar la responsabilidad. El rey no puede equivocarse, pero puede estar mal aconsejado. Con tal objeto se acude a la ficción de declarar a los secretarios o ministros de la Corona responsables de los mandatos del rey. Se escamotea así al sujeto responsable, y al refrendante, en los contados casos en que se hizo efectiva dicha responsabilidad, no le vale la excusa de que el origen del acto estuviese en la voluntad del monarca.

En el fondo de esta ficción no hay quizá otra cosa que el deseo de hacer compatibles principios antagónicos. De un lado, el «principio monárquico» exige que el soberano esté colocado por encima de toda otra posible autoridad que lo juzgue. De otra, si debe continuar el Estado dualista, el reino precisa de alguna garantía, o bien el principio monárquico de algún correctivo. La responsabilidad ministerial del tipo jurídico quedó así fijada, pero la forma en que se haría efectiva sufrió una profunda transformación en el siglo XIII. Cáceres transcribe esta frase de Perrin que resume el cambio: «los votos de censura reemplazan a las sentencias de muerte; la desgracia temporal ante el Parlamento, al tajo y al hacha» (3). Esto es, con la vigorización del Parlamento, representación del reino, viene el desplazamiento del eje del poder y surge la responsabilidad política. El ministro deja el cargo tan pronto le falta la confianza del Parlamento. Ya no sólo el rey no puede actuar sin la necesaria asistencia del ministro —el rey no puede obrar solo—, sino que su voluntad viene a ser reemplazada por la de quien ha de tomar sobre sí la responsabilidad del acto. El reinado de la reina Ana (1665-1714) es el momento en que el refrendo queda definitivamente incorporado a las instituciones constitucionales inglesas (4).

La constituyente francesa de 1789 acoge la nueva institución y la fuerza expansiva de la Revolución produce su sistemática recepción en los demás países conforme avanza el constitucionalismo. La función de refrendar se entiende ya como una consecuencia del régimen constitucional en cuanto entraña una reglamentación de la división del poder entre diversos detentadores y, fundamentalmente, una diferenciación entre el poder real del jefe del Estado y el ejecutivo ministerial. Atribuida la responsabilidad del mandato al ministro que lo refrenda, queda a salvo el monarca, que no responde del

(3) *El refrendo ministerial*, Madrid, 1934, pág. 19. La monografía de CÁCERES se publicó con anterioridad en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (núms. 65 y 66), dirigida por A. POSADA.

(4) Las circunstancias históricas que rodean el hecho, con el reforzamiento de la figura del primer ministro, van desde el reinado de Ana a 1721, con Walpole. Véase el estudio más detenido de CONSTANTIN ZILEMENOS (*Naissance et evolution de la fonction du Premier ministre dans le régime parlementaire*, París, 1976, págs. 55 y sigs.).

mandato mismo, pues éste ni siquiera tiene efecto, no es válido jurídicamente, sino en virtud del refrendo ministerial.

Modernamente el término refrendo adquiere contenido técnico-jurídico preciso. Se particulariza por una significación que podíamos concretar de esta manera: «Acto por el cual un ministro cubre con su personal responsabilidad un mandato del rey, comunicando a este mandato la fuerza constitucional indispensable para que pueda llevarse a efecto y obligue, por tanto». Aun cuando no se trata de un concepto incontrovertible, ni mucho menos ajustado a las concepciones y funciones que hoy cabe asignar al término «refrendo», la definición de la vieja Enciclopedia Jurídica Seix tiene el atractivo de hacernos próxima una concepción del refrendo que ha tenido largo predicamento entre nosotros.

Para Cáceres, la nota esencial de la institución es su condición de garantía. Se trata de «limitar la actuación de un órgano por la obligada y simultánea participación de otro en la misma actividad concreta, entrecruzando sus respectivas competencias en torno de una decisión unitaria, genéticamente compleja» (5). Tal concurrencia de voluntades se manifiesta formalmente mediante la aposición de la firma y del refrendo o contrafirma. Así se materializa el instituto refrendatario.

Sin embargo, la posición que ocupan ambas firmas, el rango no ya formal, sino político, de ambas voluntades, varía en virtud del régimen político en el que se desenvuelven. De aquí que el sentido del refrendo no sea el mismo siempre. Por tanto, una definición única y precisa del refrendo parece poco menos que imposible. Es preferible, en consecuencia, tratar de configurar sus distintas modalidades y poner de manifiesto el diferente alcance que la institución puede revestir.

II. FUNCIONES DEL REFRENDO Y DELIMITACION DE SU EFICACIA JURIDICO-POLITICA

La necesidad del refrendo se advierte tan pronto ponemos en relación la asignación de facultades o poderes diferenciados del Estado con la responsabilidad que debe alcanzar a los órganos decisorios y ejecutores. La equivalencia entre capacidad decisoria y responsabilidad es uno de los logros del proceso de progresiva racionalización y clarificación del poder político alcanzado por el constitucionalismo moderno. La institución refrendataria aparece tanto más exigible cuanto más se insiste en la idea de situar al

(5) *Ibid.*, pág. VI.

frente del Estado una figura u órgano irresponsable para encarnar la representación suprema de las instituciones y del cuerpo social y político organizado por la Constitución.

La plasmación concreta varía, por tanto, según las formas de organización del poder del Estado y, por ende, la significación del referendo no obedece a unos mismos planteamientos en todos los casos. Pero además de la fundamentación que se da a la institución, su eficacia práctica y jurídica sufre consiguientemente profundas alteraciones de un régimen político a otro. Incluso el alcance de la regulación concreta de los sujetos intervinientes o de los actos sometidos a referendo ha tenido una precisión mayor o menor según los sistemas en que la institución se ha desenvuelto.

1. *Significado y funciones del referendo*

La diferenciación de tareas o funciones, en virtud de la especialización a que conduce la organización política de los grupos humanos evolucionados y complejos, es conocida desde los primeros tratadistas políticos. El modelo más claro lo adopta Aristóteles. El estagirita intentó un análisis de las funciones estatales según su sustancia. Pero, como ha escrito Loewenstein (6), «nada permite deducir que Aristóteles observase empíricamente o desease teóricamente la atribución de estas tres funciones a diferentes órganos o personas». En esta atribución diferenciada, concebida con carácter de exclusividad, yace la importancia ideológica de la doctrina de la separación de poderes, una vez plasmada por el constitucionalismo liberal de la primera época.

Se construyen reglas encaminadas a ordenar de manera precisa las atribuciones de cada complejo orgánico encargado de un grupo homogéneo de funciones básicas del Estado (resaltable es el esfuerzo del intérprete divulgador de la *Glorious Revolution*, John Locke); la pauta par los constitucionalistas liberales, iniciadores del constitucionalismo moderno, procede de la interpretación de los logros en el campo de la organización política de los ingleses hecha por Montesquieu. De aquí que «no fue en Inglaterra, sino en Montesquieu donde los primeros constituyentes franceses tomaron sus ideas sobre la organización que había de darse a los poderes» (7).

En efecto, siguiendo la línea argumental del pensamiento de Montesquieu, los primeros constituyentes, americanos y franceses, ahondaron en la

(6) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, pág. 573.

(7) CARRÉ DE MALBERG: *Teoría del Estado*, Méjico, 1948, pág. 773.

vertiente política del razonamiento añadiendo a la separación técnica de las funciones estatales la atribución a diferentes detentadores o titulares del poder, y el valor ideológico de salvaguardar con tal operación la libertad de los ciudadanos (8). Por este camino, y más allá de la inicial preocupación de conjurar el peligro de una vuelta al absolutismo monárquico, se llega a la consagración de la división de poderes como un dogma inexcusable de progreso de la humanidad (9).

Con todo, la euforia separatista decrece tan pronto se saben asegurados los fines políticos de los grupos conducentes de las revoluciones burguesas y se aprecian las dificultades funcionales de las ideas radicales de los primeros momentos. La construcción de un modelo en que se produjera un aislamiento entre las esferas de poder e impidiese la absorción e incluso la influencia recíproca, consiguiendo una separación mecánica y precisa entre los órganos básicos del Estado, resulta un ideal que la experiencia demuestra muy difícil de lograr. Con distinta forma, los regímenes surgidos con el constitucionalismo moderno buscan modos de armonización y colaboración entre los supremos órganos del Estado, y la realidad de las cosas evidencia una tendencia difícilmente corregible a favor del predominio del órgano legislativo, que se dice fundado primordialmente en la representación.

Se suele contraponer a la tesis separatista de Montesquieu la preocupación de Rousseau por la unidad del Estado y su repudio de que puedan coexistir fragmentariamente poderes iguales y autónomos. También se suele ver en el ginebrino el defensor de la razón suprema de la voluntad general y de la voz de los asambleístas como base de las decisiones políticas. Habiendo hecho fortuna la tesis separatista por la vertiente política de la salvaguardia de la libertad, y siendo notorios los logros alcanzados en este orden, la experiencia inglesa, pasada por la teorización y divulgación francesa, alcanza su consagración normativa en las Constituciones modernas.

La asignación de atribuciones en exclusividad a órganos distintos, en razón de una especialización funcional, pero también de la finalidad política referida, produce una distinción en el ámbito de la organización global del Estado —aplicable, por lo demás, a gran cantidad de organizaciones sociales menores— que la doctrina ha elaborado como categorías útiles para la comprensión y análisis de las instituciones políticas: órganos de ejecución y órganos de control.

(8) Véase LOEWENSTEIN, *op. cit.*, pág. 61. La tesis de MONTESQUIEU se convierte «franca y quizá exclusivamente en una teoría de separación orgánica de poderes», como ha escrito CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pág. 743.

(9) Recuérdese su consagración en la primera Declaración de Derechos del Hombre.

Concluido el proceso de asentamiento institucional de la filosofía e inquietudes políticas liberales, el órgano ejecutivo del Estado conserva las funciones residuales que no han pasado a ser competencia de la Cámara ni de los Tribunales. Pero el ejecutivo estatal es un órgano políticamente dependiente, sometido en su gestión a las leyes y al control del órgano de la representación. Cuando menos, en Europa, la tendencia es ir a la hegemonía del Parlamento. El proceso democrático reafirma la tendencia dejando al fondo el supremo arbitrio de la voluntad popular expresada en las urnas.

El órgano ejecutivo del Estado hubo de reorganizarse en función de su condición de órgano dependiente desde los primeros pasos del largo camino que hemos resumido. El ejecutivo, al haber de someter su acción a normas e, incluso, a un control de la oportunidad de su gestión, se desdobra, como vimos en otro momento, y es en este contexto donde, al hacerse dual, cobra sentido la distinción entre autoridad o capacidad decisoria-responsabilidad (10).

La institución refrendataria pende, naturalmente, de las condiciones generales predichas. Su razón de ser, su fundamento, pero también su alcance y eficacia, varían según las coordenadas mencionadas; esto es: grado de división en la organización de los poderes del Estado, y grado de responsabilidad del jefe del Estado en la configuración unitaria o dual del ejecutivo.

Desde esta perspectiva, sin mayores pretensiones que establecer un cuadro general de posibilidades, sin querer agotar los tipos ni hacer valoración de las fórmulas organizativas abiertas por los diferentes regímenes, podríamos configurar de esta manera las formas de distribución del poder más conocidas (11):

(10) «En una democracia, la autoridad de los órganos está en razón directa de la responsabilidad que sobre ellos gravita. Ha sido, en efecto, la irresponsabilidad regularmente atribuida al jefe del Estado la causa fundamental de la creciente minoración de su poder. En cambio, si los ministros han ido apoderándose del efectivo ejercicio de las funciones de gobierno hasta detentarlas en su integridad, la explicación ha de hallarse, como ya advirtiera Thiers, en la responsabilidad que personalmente asumen» (CÁCERES, *op. cit.*, pág. 156). En el mismo sentido, FUSILIER ha escrito que «en las monarquías occidentales modernas, la función real comporta dos caracteres esenciales: inviolabilidad e irresponsabilidad, o incapacidad del rey de obrar solo» (RAYMOND FUSILIER: *Les monarchies parlementaires*, París, 1960, pág. 390).

(11) Con este planteamiento previo no pretendemos otra cosa que montar el decorado de fondo de cuestiones más específicas que serán de nuestra atención posteriormente. La notoria ausencia de estudios sobre el referendo aconseja realizar un primer esfuerzo por configurar sus soportes doctrinales y teóricos.

- Poder formal y funcionalmente concentrado con un solo órgano, sea unipersonal o pluripersonal
 - Poder formalmente concentrado y funcionalmente dividido
 - Poder formal y funcionalmente compartido o dividido.
- Tiranía, dictadura, monarquía absoluta, régimen convencional, democracia directa de las pequeñas comunidades.
 - Monarquía limitada «con unidad de poder y coordinación de funciones».
 - Régimen de asamblea.
 - Separación formal flexible (con tendencia a un predominio del órgano representativo-legislativo):
 - Repúblicas parlamentarias.
 - Monarquías:
 - De parlamentarismo dual u orleanista.
 - De parlamentarismo monista o victoriano.
 - Separación formal rígida con cierta coordinación funcional:
 - Monarquías de la «revolución atlántica» (12).
 - Repúblicas presidencialistas.

En las distintas modalidades de organización del poder político que resume este amplio abanico, tal y como se han venido a manifestar en la época contemporánea, se ha dado con bastante generalidad el uso del refrendo. Ya se puede comprender que el significado y la trascendencia jurídico-política de la institución no pueden ser en modo alguno idénticos para todos los casos.

En la época actual incluso, pese a una aceptación tan generalizada y sin reserva del constitucionalismo, la significación del refrendo en un régimen presidencialista, o en uno de gobierno de asamblea, varía profundamente del que se le da en un régimen parlamentario. Las funciones y efectos del refrendo difieren sustancialmente según se trate de un ejecutivo bicéfalo o de un ejecutivo con una sola voluntad eficiente. Allí donde el jefe del Estado ha quedado reducido, por obra de su irresponsabilidad constitucionalmente proclamada, a mero titular de un conjunto de funciones de rango supremo,

(12) JACQUES GODECHOT emplea esta expresión para referirse al movimiento que se extiende a ambos lados del Atlántico desde las últimas décadas del siglo XVIII y que tiene trascendencia constitucional impulsando una concepción de la separación de poderes muy acusada. Por lo que hace a las formas monárquicas, son emparentables con este fenómeno la Constitución francesa de 1791 y la española de 1812 (*Les Révolutions*, París, 1963, pág. 82).

pero cuya decisión virtual se le escapa y, por tanto, no ejerce, es donde la institución refrendataria alcanza su sentido más pleno.

Podría establecerse, por tanto, una gama de significaciones del uso del refrendo, y es por ello conveniente volver los ojos a las finalidades que se persiguen en cada caso con dicha institución. En efecto, el refrendo, desde la perspectiva de las formas monárquicas que, como dejamos expresado, es la que más nos importa, puede cumplir diversas funciones:

1ª Puede entenderse como simple formalidad certificante. Esta es seguramente la finalidad originaria y la perseguida con mayor asiduidad. Se trata de dar fe o autenticar la manifestación de la libre voluntad del rey, así como la acción formal del acto de la firma (13).

(13) Este es el sentido que cabe aplicar a la exigencia del refrendo en las monarquías absolutas o en las Constituciones de algunos Estados alemanes. Ejemplo típico, el art. 2 de la Patente de Hannover (3 julio 1841), por el que la firma real se hará «a presencia del ministro o ministros interesados, quienes por su refrendo atestiguarán su exactitud». No otro sentido atribuye CÁCERES ROSA al refrendo tal como queda regulado en el Estatuto de Bayona. Conjugando los artículos 27 y 31 de dicho texto, entiende CÁCERES que «el refrendo ministerial *stricto sensu* no se introdujo en España hasta la Constitución de Cádiz, y que en la Carta de Bayona sólo cumplía una finalidad certificante» (*op. cit.*, pág. 36).

Con todo, cabe hallar ejemplos más próximos, y dentro de las monarquías europeas. Aún en época reciente se podía decir que un sentido similar al meramente certificante se deducía de las normas políticas noruegas aplicables a este particular. Del análisis de FUSILIER se desprende que el refrendo comportaba solamente la garantía de que el documento era fiel reflejo del acuerdo adoptado, o «l'accord du procès-verbal avec la décision du roi». Apoyándose en CASTBERG, FUSILIER piensa que hasta 1911 el refrendo de la decisión del rey no entraña responsabilidad y que «el presidente se encuentra así en la obligación de refrendar». Sólo desde la reforma de 1911 se expresa con claridad que «el refrendo de la decisión del rey entraña la responsabilidad del ministro refrendante», y que, en tanto entraña responsabilidad, el refrendo puede ser negado (*Les pays nordiques*, pág. 272; vol. XII de la colección «Comment ils sont gouvernés», que dirige G. BURDEAU).

En los regímenes en que se da una separación rígida de poderes con un sistema de responsabilidad personal y no política del jefe del Estado, se convierte éste en un órgano todopoderoso en la acción de gobierno, para el que el uso del refrendo no puede indicar mucho más de una práctica administrativa a la que cabría asignar un sentido en todo caso certificante, pero desligado de valor limitativo y de encaje de responsabilidad. En Estados Unidos, como prototipo de régimen presidencialista, el único titular del poder ejecutivo es el presidente, que no necesita de la concurrencia de los secretarios para que sus decisiones sean válidas y vinculantes en el ámbito de las competencias que le confía la Constitución. Mas también allí donde no puede establecerse con nitidez un ejecutivo dual, como es el caso de Suiza, donde el presidente no es sino un *primus inter pares* y tanto el presidente como los ministros unos agentes de la Asamblea federal, se aprecia, como ha escrito CÁCERES, la ausencia

2.º Cabe también entenderlo como compromiso de realizar o dar cumplimiento al mandato del rey o al contenido del acto refrendado (14).

3.º Pero puede también servir como limitación formal de la voluntad del monarca. En este sentido, el hecho de la conjunción de dos firmas implica, o debe implicar, simultánea concurrencia de dos voluntades coincidentes, lo que se manifiesta mediante el elemento formal de la ubicación de la firma y contrafirma o refrendo en el mismo documento. De esta manera, a más de la función certificante, el acto de la contrafirma tiene un sentido de limitación de la actuación de un órgano por la obligada y simultánea participación de otro en la misma decisión concreta. La necesidad o el imperativo de la conjunción de ambas firmas para la validez del acto, o del mandato, produce un entrecruzamiento de competencias en torno a una decisión que es unitaria, aunque forzosamente compleja (15).

4.º El refrendo puede entenderse como limitación material del monarca. Es el punto en que el refrendo ha alcanzado toda su potencialidad institucional. Si a las anteriores finalidades se añade la idea de responsabilidad, esto es, la convicción de que el refrendante asume las consecuencias del juicio desfavorable que sobre la legalidad, e incluso oportunidad, del acto pudiera derivarse en los órganos de control, tenemos una nueva e importantísima dimensión. El régimen parlamentario posibilita el eficaz cumplimiento de estos últimos objetivos del refrendo de manera plena (16).

5.º Finalmente, en consonancia con la complejidad creciente del órgano ejecutivo del Estado, derivada del crecimiento de las funciones del mismo, y como consecuencia a su vez de la necesidad de formas de coordinación de la gestión pública, se apunta otra finalidad del refrendo distinta de las expresadas con anterioridad. Allí donde se ha experimentado una jerarquización interna en el órgano gubernamental de modo que se pueden diferenciar diversas instancias, el uso del refrendo puede revestir matices distintos del de cubrir la voluntad constitucional del jefe del Estado con la responsabilidad ministerial. En ocasiones, pueden aparecer otras firmas ade-

de «los supuestos lógicos necesarios para que el refrendo pueda cumplir la función constitucional que en sustancia le caracteriza» (*op. cit.*, pág. 40).

(14) MIGUEL HERRERO ve este posible significado en *El principio monárquico*, Madrid, 1972, pág. 63.

(15) Véase el estudio de CÁCERES CROSA centrado en la significación del refrendo en las monarquías limitadas alemanas hasta 1919 (*op. cit.*, págs. 40 y sigs.).

(16) Es en el seno del parlamentarismo donde el refrendo encuentra toda su utilidad marcando la unidad desde el punto de vista político entre el jefe del Estado y sus ministros responsables ante el Parlamento, como razona G. TEDESCHI en «Le contresing ministeriel sous les diverses constitutions», *Revue de Droit public et de la science politique*, 1945, págs. 461).

más de las del jefe del Estado y un solo ministro refrendante. Hoy es frecuente, en algunos Estados, que, cuando la materia objeto de decisión afecta a varios departamentos ministeriales, se exprese la firma del presidente del Gobierno; e incluso se da entrada a algunas categorías de subministros que tienen reconocidas funciones delegadas con refrendo limitado, o de superministros orientadores de alguna rama (económica, militar, social, etc...) del Gobierno. De esta manera, y en relación con la ampliación y multiplicación de las voluntades concertadas en el acto refrendatario, se podría decir con el Consejo de Estado francés que, en ocasiones, la institución del refrendo resulta de la necesidad de asegurar la coherencia o coordinación de las tareas ministeriales (17).

De este modo, el refrendo alcanza una rica y variada gama de posibilidades (18). Ya se comprende que todas estas funciones no se dan de forma independiente y excluyente, siendo más cierto que se han generado históricamente de forma progresiva y aditiva. Así, la antigua función certificante no ha desaparecido totalmente, pues es claro que figura en nuestro constitucionalismo contemporáneo de forma yuxtapuesta y coordinada con las restantes (19). La tesis responsabilista continúa siendo hoy motivo básico, y principal justificación, del refrendo en los sistemas monárquicos y en los regímenes parlamentarios, monárquicos o republicanos. En cuanto a la función coordinadora anunciada en último lugar, alumbraba un nuevo camino, de algún modo atípico, que hoy está aún en periodo de fundación y expansión.

(17) CROSHENS cita la resolución del Consejo del Estado francés de 6 de noviembre de 1947 (*Etudes et Documents*, 1948, pág. 32) en su estudio «Les secrétaires d'Etat de la Quatrième République» (*Revue du Droit Public et de la Science Politique*, número 2 de 1955, pág. 373). Asimismo puede resultar de interés, en punto a la estructura de gobierno belga y el papel asignado a los secretarios de Estado, la lectura del trabajo de ROBERT SENELLE «La revisión de la constitución, 1967-1971» (*Noticias de Bélgica*, enero-febrero 1972, págs. 62 y sigs.).

(18) Con todo, es preciso dar cabida también a la actitud crítica y negadora de la justificación del refrendo. Para CÁCERES CROSA, por ejemplo, llevado tal vez de un optimismo que los acontecimientos posteriores a los inicios de los años treinta no han confirmado, el refrendo no tiene razón de ser. La evolución del constitucionalismo lleva, en opinión de Cáceres, a un progresivo eclipsamiento del jefe del Estado irresponsable o a su ascensión convertido en sujeto activo, temporalmente limitado y responsable. Allí donde el jefe del Estado «se transforma en un sujeto pasivo, en órgano inerte, sin ningún poder efectivo», el refrendo se convierte en pura formalidad superficial que se conserva por inercia histórica (*op. cit.*, págs. 156 y sigs.).

(19) Así, TEDESCHI advierte que, «allí donde el refrendo ha conservado, en todo o en parte, su antiguo carácter de formalidad de cancillería, la responsabilidad ministerial garantiza la autenticidad del acto y la exactitud de su contenido, conforme al texto original» (*op. cit.*, pág. 491).

2. *Sujetos intervinientes en la relación refrendataria*

A pesar del amplio abanico de formas de organización del poder del Estado, y contando con tan variadas significaciones del hecho refrendatario, cabe decir, en términos generales, que el acto del refrendo tiene dos protagonistas básicos: el jefe del Estado y un ministro. Sobre tal base se advierten otras variantes que enriquecen la institución acomodándola a cada régimen político y a las necesidades de funcionamiento del ejecutivo en cada época (20). En ocasiones, como veremos, puede venir llamado a refrendar un órgano que por su naturaleza está fuera del ejecutivo.

Veamos a quiénes puede corresponder el refrendo.

a) *La refrendata se difiere en función de la materia del acto.*—La razón de las cosas parece aconsejar a tratadistas y legisladores el establecimiento de un principio general, según el cual el refrendo debe corresponder a quien, en virtud de las competencias que tiene atribuidas y de la materia sobre la que ejerce tales competencias, es el principal responsable y, por tanto, el más directamente interesado en los acuerdos contenidos en el documento que se somete al jefe del Estado. Por tanto, parece una medida sabia que la competencia se difiera en razón de la materia del acto, de modo que faltar a esta regla sea causa de nulidad de la resolución de que se trate, en razón de que el sujeto refrendante debe ser el responsable del departamento afectado por la decisión.

Aun cuando el principio no es proclamado de manera uniforme por los textos constitucionales, puede decirse que por la vía de hecho sí se aplica

(20) En opinión de CÁCERES, «los únicos sujetos jurídicamente capacitados para refrendar los actos emanados del jefe del Estado son los ministros. Esta regla es válida en general para todos los regímenes, cualquiera sean la forma de su organización política y el momento del proceso constituyente en que se las considere» (*op. cit.*, página 55). Por su parte, TEDESCHI intenta una tipología que, como veremos más adelante, resulta incompleta. Para este autor, las variantes en cuanto al órgano refrendante podrían ser:

a) uno o varios ministros, ordinariamente el o los ministros interesados en la medida tomada;

b) el jefe del Gobierno (presidente del Consejo, primer ministro, canciller) o el ministro competente, o, algunas veces, el Consejo de Ministros entero;

c) el jefe del Gobierno y los ministros competentes;

d) algunas veces, obligatoriamente y para ciertos actos, el Consejo de Ministros (Yugoslavia) (*op. cit.*, pág. 491).

con gran asiduidad (21). En ocasiones, incluso se aprecia tal regla en algunos por ser como una convención constitucional que es preciso salvaguardar, acudiendo a la nulidad del acto producido irregularmente a tenor de lo dicho (22). Pero, aun cuando el principio es seguido con bastante generalidad, no se debe olvidar que en la gestión ministerial hay otras facetas y aspectos implicados que deben ser tenidos en cuenta. La necesidad de una coordinación de la labor de gobierno, su complejidad en la época actual y los aspectos políticos conexos en cada resolución del ejecutivo, pueden multiplicar la casuística y poner en tensión el pacífico ejercicio de una norma, o convención constitucional, razonable. De algunos de estos elementos perturbadores nos haremos eco después.

b) *Refrendo atribuido a un solo órgano refrendante.*—En ocasiones, la propia Constitución fija el sujeto refrendante, individualizándole, con exclusión de cualquier otro. Puede decirse de esta fórmula, a más de que corresponde a un estadio algo primitivo de la institución refrendataria, que se encuentra muy en conexión con la idea de señalar un órgano especialmente responsable de la gestión gubernamental y, naturalmente, una forma de centrar la coordinación y dirección del equipo ministerial. Es típica de regímenes en los que predomina el principio cancelleral, como en la Constitución alemana imperial de 1871; aunque a través de la delegación, y de supuestos especiales previstos constitucionalmente, la refrendata se fue extendiendo a otros miembros del gabinete. En el caso de Noruega aparece, asimismo, la

(21) En lo que hace concretamente a las Constituciones españolas, ha sido usual este principio. Desde la Constitución de Cádiz (art. 225) se habla de que la firma corresponderá al «secretario del ramo a que el asunto corresponda», si bien la fórmula más reiterada desde la Constitución de 1837 fue la de «el ministro a quien corresponda». La larga tradición se corta con la Constitución de 1876, y tanto ésta como la republicana de 1931 hablan de nulidad de los actos del jefe del Estado que no estén refrendados «por un ministro», sin especificar más. La vigente L. O. E. ha vuelto a poner en vigor la vieja expresión («el ministro a quien corresponda»), aunque multiplica los sujetos llamados a refrendar. No obstante, durante la Restauración se vino a respetar de hecho la tradición que encomendaba al ministro principalmente interesado la refrendata. Por lo que respecta a la Constitución de 1931, se puede decir otro tanto (véase en relación con esta última los razonamientos de CÁCERES, *op. cit.*, págs. 65 y sigs.).

(22) Esta ha sido la actitud del Consejo de Estado francés. CÁCERES refiere la sentencia de 22 de enero de 1892 por la que se declaraba anulada una resolución refrendada por personas incompetentes en función de la materia. Más recientemente, el mismo alto órgano francés exige tan sólo que el ministro refrendante tenga un interés «especial» en la medida, aun cuando ésta pudiera afectar a varios departamentos (*Revue de Droit Public et de la Science Politique*, tomo LXXIV, 1958, pág. 782).

posición hegemónica del primer ministro (art. 31), al que se atribuye el refrendo de todos los asuntos no militares (23).

Resultado de la intención política contenida en esta regla del refrendo es la moderna convención constitucional consistente en hacer depender la refrendata del jefe del Gobierno en los casos en que la resolución adoptada contenga una proclamación de la línea directriz que el colectivo gubernamental seguirá o sea una materia que afecta a varios departamentos ministeriales. Cuando la Constitución dispone que la cabeza del Gobierno (presidente, primer ministro) dirige la política general del país, y representa al Gobierno, la asignación del refrendo a aquél debe entenderse como exigencia necesaria para la validez del acuerdo. Cuando las Constituciones no hacen tal proclamación específica, cabe entender que tal uso es producto de una convención constitucional nacida de los principios de jerarquización y coordinación del equipo ministerial, demandados por el funcionamiento del aparato gubernamental en la época actual.

c) *Refrendo plural o colectivo.*—El principio de coherencia en el seno del Gobierno ha tenido, por su parte, una fórmula bien delimitada con la exigencia del refrendo plural, o incluso de todo el colectivo ministerial, en algunos países. Aun cuando cabe alegar algunas Constituciones del siglo XIX en que se admitía la posibilidad de un refrendo colectivo, de forma facultativa, el mayor uso de esta forma de refrendo se aprecia en época más reciente, bien por exigencia constitucional, bien por uso esporádico y espontáneo (puesto que nada impide que si el mínimo exigible es una firma, puedan darse, a mayor abundamiento, varias, o las de todo el Gobierno, máxime cuando el principio de la responsabilidad colectiva se admite por el actual constitucionalismo de modo casi general), cuando la resolución de que se trate tenga especial trascendencia, o interese dar una imagen de solidaridad del gabinete con la medida en cuestión (24). El recurso al refrendo colectivo, o simplemente plural, puede estar especialmente indicado en los casos en que el pluripartidismo haga necesarias coaliciones gubernamentales poco estables.

Con todo, puede apreciarse en las Constituciones recientes una tendencia generalizada a conjugar los principios de jerarquía y coordinación con el de coherencia interna de los equipos gubernamentales. No es extraño el fenóme-

(23) Por lo que respecta a España, el Estatuto de Bayona disponía que «un secretario de Estado, con calidad de ministro, refrendará todos los decretos» (art. 28).

(24) CÁCERES cita como ejemplo de esta última posibilidad en nuestro país, el Real Decreto de 11 de marzo de 1919 relativo al retiro obrero, suscrito por todos los ministros.

no. Se pretende reforzar la figura del cabeza del Gobierno, sin centrar en él la total responsabilidad ni, tampoco, la refrendata. En muchos casos se exige constitucionalmente la presencia de dos firmas junto a la del jefe del Estado: la del primer ministro o presidente del Gobierno y la del ministro del ramo. En unos casos se establece sin demasiada precisión y como opción disyuntiva que puede resolverse, bien en función de la materia del acto, o de su trascendencia, bien como uso continuado o habitual de ambas contrafirmas. El refrendo de varios dignatarios ministeriales, o de todo el Gobierno, en ocasiones, aparecen, por tanto, como fórmulas usadas en la época reciente, y entre las formas republicanas con preferencia (25).

(25) El artículo 58 de la Constitución alemana de 1949 exige que los actos del presidente federal, para su validez, sean refrendados «por el canciller federal o por el ministro federal competente en cada caso». Si se pone en relación dicho artículo con los artículos 64 y 65 del mismo texto, se aprecia con claridad la posición preeminente y directiva del canciller sobre los ministros, que son nombrados a propuesta suya, fija las directrices del Gobierno y, «dentro de tales directrices, cada ministro federal dirige por sí y bajo su propia responsabilidad las materias que le corresponden».

La Constitución francesa de 1958 dispone asimismo que los actos del presidente de la República no dispensados de refrendo «son refrendados por el primer ministro y, en su caso, por los ministros responsables» (art. 19). El artículo 21 dispone que el primer ministro «dirige la acción del Gobierno», «es responsable de la defensa nacional», «asegura la ejecución de las leyes» y tiene amplias facultades para ejercer el poder reglamentario y nombrar cargos civiles y militares. Curiosamente, ante tales facultades se exige también refrendo de los actos del primer ministro por los propios ministros «encargados de su ejecución» (art. 22). A nadie se escapa que con la reforma de 1962 se ha afianzado un tipo de régimen político que los tratadistas han calificado de semipresidencialista. Los poderes de un presidente respaldados por las urnas deben ser considerados de modo particular, pero, como ha escrito DUVERGER, muchos de los poderes del presidente del Gobierno «no pueden ser ejercidos más que por acuerdo de uno y otro, y son en realidad comunes», pese a la distinción constitucional de una «dualidad de poderes» (MAURICE DUVERGER: *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 2, *Le système politique français*, P. U. F., París, 1973, pág. 202). La posición del primer ministro resulta realizada por los muchos medios con que cuenta para la dirección del Gobierno. Negando su firma a los decretos concernientes a tal o cual departamento ministerial, puede doblegar a los ministros a sus directrices (DUVERGER, *op. cit.*, págs. 215 y sigs.), como asimismo puede el ministro negarse a seguir las directrices generales recibidas (*ibid.*, pág. 218), con el desenlace lógico del cese o la dimisión. El primer ministro ha heredado poderes anteriormente atribuidos al presidente (poder reglamentario, nombramiento de funcionarios, etc), de forma que se puede hablar de decretos del presidente de la República refrendados por el primer ministro. Asimismo hay decretos firmados por todos los ministros, tras deliberación en Consejo, a más de otras categorías formales de decretos por la intervención del Consejo de Estado (DUVERGER, pág. 228).

Otras manifestaciones de las tendencias apuntadas pueden verse en el artícu-

d) *Refrendo de otros miembros del poder ejecutivo sin departamento a su cargo.*—Hasta ahora, al referirnos a los sujetos refrendantes hemos tenido como común denominador al ministro o al cabeza del Gobierno, en la doble proyección de estos órganos de entes políticos de decisión, pertenecientes a un equipo frecuente institucionalizado como Gobierno, y órganos administrativos, jefes de un ramo de la Administración del Estado, con cometidos específicos en virtud de las tareas o funciones que de éste atienden. Sin embargo, es cada vez más frecuente, en orden a la organización operativa del ejecutivo, instaurar otras categorías en las que no se dan totalmente los rasgos indicados. En ocasiones, esas categorías llevan la denominación específica de ministros, pero en otras figuran como órganos de colaboración inmediata de los titulares de un departamento ministerial, gozando de algunas de las facultades de éste.

Vayan por delante dos cuestiones previas. De un lado, como es sabido, el refrendo constituye hoy, por lo común, una forma de asunción de responsabilidad que, por tanto, sólo debe ser encajada por quien es constitucionalmente responsable, bien ante las Cámaras, bien ante el jefe del Estado, según lo requiera el régimen político. De este modo, y si la Constitución no dispone expresamente otra cosa, debe entenderse que el refrendo corresponde siempre a aquel al que específicamente se le encomienda por el texto fundamental, o a aquel que se dice responsable de las decisiones que, en razón de la materia, por el rango del acuerdo, o por exigir la intervención del jefe del Estado, requieran tal formalidad.

De otra parte, y en atención al principio de la competencia por razón

lo 28, 4, 2.º, de la Constitución de Irlanda de 1937, en el texto registrado en 1942. Se dispone en ella que «el Gobierno se reunirá y actuará con autoridad colectiva, y será responsable colectivamente de los departamentos de la administración estatal regidos por miembros del Gobierno». El art. 89 de la Constitución italiana de 1947 exige con el refrendo ministerial el del presidente del Consejo en determinados supuestos. El artículo 33,3 de la Constitución de Polonia concede al Consejo de Ministros la potestad de «abrogar los decretos o las instrucciones públicas publicadas por un ministro». La Constitución portuguesa precedente disponía en su artículo 82 el refrendo obligatorio de los actos del presidente de la República por el presidente del Consejo de Ministros y los ministros implicados, conjuntamente. De igual modo, la Constitución turca dispone que todos los actos del presidente de la República sean «firmados conjuntamente por el primer ministro y por los ministros del ramo». El doble refrendo ministerial y del cabeza del Gobierno es también exigido por el artículo 74 de la Constitución de Japón.

Por último, el refrendo colectivo, de todo el Gobierno, ha sido exigido para determinadas decisiones, a tenor de concretos artículos de antiguas Constituciones de Albania, Yugoslavia, Grecia y Polonia, según refiere e interpreta CÁCERES en la página 70 de la obra reseñada.

de la materia, conviene distinguir entre los aspectos políticos y administrativos implicados en una decisión gubernamental, toda vez que es frecuente la coexistencia en un mismo gabinete de ministros llamados con cartera y ministros sin cartera. Por lo que hace a esta segunda cuestión, que trataremos previamente, el refrendo de un ministro sin cartera es naturalmente una posibilidad técnicamente irrechazable. El ministro sin cartera forma parte del Gobierno, en plano de igualdad, en orden a las facultades de tipo político y decisorio, con el resto del Gobierno. Por tanto, si el texto constitucional se limita a exigir el requisito del refrendo de un ministro, sin más, la contrafirma de un ministro sin cartera es correcta.

Ahora bien, la afirmación precedente debe verse siempre en función del contenido material del acto. Tras examinar las tendencias del Derecho constitucional y las directrices de la doctrina, cabe concluir que, si no por disposición expresa, sí al menos por convención constitucional, al aplicar los criterios de la hermenéutica, en especial la interpretación lógica e histórica, la competencia del refrendo debe diferirse por razón de la materia del acto. De esta forma corresponderá a cada ministro lo relacionado con su departamento, y al cabeza del Gobierno las que competan a varios de ellos y aquellas que impliquen directrices generales de la política del gabinete y, en ocasiones, las decisiones manifestadas a través del jefe del Estado no relacionadas directamente con la función ejecutiva.

De aquí que, salvando específicas y no comunes circunstancias de organización de algunos ejecutivos, resultaría contraproducente, atendidos los principios generales estudiados con anterioridad, que un ministro sin cartera refrendara resoluciones que, por razón de la materia, se corresponden con competencias administrativas y políticas del titular de un departamento; de las administrativas, porque no las tiene, y de las políticas, porque, aunque las tiene y es miembro del Consejo con voz y voto, la tendencia crecientemente colegial de este órgano, o la función aglutinante de coordinación encomendada a su presidente o primer ministro, comportaría roces y tensiones motivados por conflictos de competencia (26).

De otro lado, es cada día más usual la estructuración de los equipos de gobierno de modo que en vez de multiplicar las carteras ministeriales, como consecuencia de la proliferación de tareas asumidas por el Estado en nues-

(26) La presencia de un ministro sin cartera cuando, como es frecuente en las formas monárquicas y se da a veces en las republicanas, pende de la voluntad del jefe del Estado, puede resultar a veces útil a los efectos de facilitar a éste el recurso supremo de dar estado jurídico a una crisis total, obviando los contrasentidos que, en orden al cese y nuevo nombramiento del gabinete, parecen producirse sin este hombre-puente, como veremos más adelante.

tros días, se dote de una jerarquía interna al ejecutivo por la que las instancias decisorias se concentran en grandes núcleos de decisión comprensivos de tareas afines; una suerte de superdepartamentos a los que se dota de ministros adjuntos, o viceministros, secretarios de Estado, o subsecretarios. La repercusión de esta tendencia, en orden al tema que nos ocupa, es inmediata.

Es sabido que la refrendata se confiere con generalidad a los ministros. Asimismo, son conocidas las facultades del propio ejecutivo para reordenar reglamentariamente las competencias por debajo de la línea ministerial. La delegación de atribuciones es la forma habitual de descongestión y coordinación de las tareas ministeriales, toda vez que el ministro conserva la firma de las más importantes decisiones y, asimismo, el refrendo de las cuestiones que pasan por el Consejo o van camino de la firma del jefe del Estado.

La posición tradicional ante este tema podría ser la representada por Cáceres Crosa. «Es notorio que las delegaciones de facultades ministeriales encuentran un límite infranqueable en la Constitución, y disponiéndose en ésta que los actos del jefe del Estado deben ser refrendados por un ministro, el único órgano refrendatario con legítima competencia es el órgano ministerial, y cualquier sustitución del mismo por sujeto distinto implicaría una indudable violación del ordenamiento constitucional» (27).

La institución de las secretarías de Estado ha tenido un relativo auge en algunos países. El problema se plantea, no obstante, en parecidos términos a como hemos visto razonar a Cáceres para los subsecretarios. Al analizar Groshens la figura del secretario de Estado en la IV República Francesa lo hace sobre las bases anteriormente expuestas. En su opinión, «la subordinación del secretario de Estado a su ministro aparece a través del refrendo» (28). Naturalmente, la cuestión se plantea en el terreno reglamentario, pues «los secretarios de Estado no son llamados jamás a refrendar leyes». Con todo, la acción refrendataria corresponde siempre al ministro. La firma de un secretario de Estado sería, pues, insuficiente. «Es impensable —dice Groshens— que un decreto pueda en efecto modificar una disposición constitucional explícita y que los ministros puedan delegar una prerrogativa que les confiere la Constitución» (29).

(27) *Op. cit.*, pág. 60.

(28) J. C. GROSHENS: «Les secrétaires d'Etat de la Quatrieme Republique», *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1955, pág. 373.

(29) La firma del secretario de Estado, desde el punto de vista refrendatario, no es más que una suerte de ampliación o complemento. «El presidente del Consejo dirige y coordina, el ministro define la política de su ministerio, el secretario de Estado ejecuta estas directrices» (*ibid.*, pág. 375).

El panorama varía cuando, en época bien reciente, se pretende dar asiento constitucional a las secretarías del Estado atribuyéndoles cometidos específicos, incluso refrendatarios, pero de manera limitada y subordinada al ministro. En las conclusiones de la comisión para la reforma constitucional de Bélgica se confía en potenciar este órgano en el ejecutivo, con vistas a «garantizar un mejor reparto de tareas y competencias» en su seno, y con la idea de que «el número de ministros debe ser restringido» (30). Pues bien, el artículo 91 bis propuesto por la comisión se refiere a los secretarios de Estado, disponiendo que «son miembros del Gobierno. No forman parte del Consejo de Ministros. Son los adjuntos de un ministro. El rey determina sus atribuciones y los límites en que puede recibir la refrendata» (31).

e) *El refrendo de un órgano ajeno al ejecutivo.*—De cuanto llevamos expuesto se deduce que hay un llamamiento genérico y casi excluyente a favor de los ministros del Gobierno como sujetos refrendantes. La institución refrendataria se desenvuelve, por tanto, dentro del ámbito del poder ejecutivo del Estado y en relación con la cúspide de la organización estatal, esto es, con el jefe del Estado. Y sin embargo, ¿cabría la posibilidad de una atribución del refrendo para determinados actos del jefe del Estado, a favor de un órgano no encuadrable en dicho ámbito?

Algunos estudiosos del tema, como Cáceres, ven tal posibilidad como una anomalía (32), que entra en abierta contradicción con los textos constitucionales y no sólo contra un principio general del Derecho constitucional, dado que los casos que registra son supuestos de legalidad discutible, a tenor de las disposiciones constitucionales en vigor en los lugares en que tales supuestos se dan (33). Pero cabe el supuesto, familiar entre nosotros, de un llamamiento

(30) ROBERT SENELLE: «La revisión de la Constitución, 1967-1971», *Noticias de Bélgica*, enero-febrero 1972, pág. 62. Con todo, «la utilización de los secretarios de Estado debe poder efectuarse con la máxima suavidad. El fin principal de la institución sería fallido si ésta condujese, en resumidas cuentas, a una inflación del Ejecutivo. Hipotéticamente, la suplencia sistemática de los ministros por secretarios de Estado debe ser categóricamente descartada» (Conclusiones de la «Comisión para la reforma de las instituciones», *ibid.*, pág. 63).

(31) R. SENELLE, *op. cit.*, pág. 150. En opinión de Senelle, los secretarios de Estado quedan en una doble posición: «Con respecto a las Cámaras y al exterior, los secretarios de Estado son ministros: en el interior son subministros» (*ibid.*, pág. 151).

(32) *Op. cit.*, pág. 55. Otra variante menos concreta de la tendencia apuntada la representa el artículo 76 de la Constitución griega de 1952.

(33) En efecto, en el caso de la Constitución austríaca de 1920, revisada por ley constitucional de 1925, es claro, a nuestro juicio, que se hace llamamiento constitucional por separado, y en razón de la materia, a favor «del canciller o del ministro federal competente» (art. 67), de forma genérica, y del presidente del Tribunal de Cuentas (ar-

al refrendo a favor de persona ajena al ejecutivo estatal, hecha por la Constitución, y sobre materias no propias del Gobierno o la Administración al decir del texto constitucional. Un modelo muy definido de esta orientación lo representa el artículo 8.º de nuestra vigente L. O. E. Pero sobre esta cuestión tendremos ocasión de reflexionar con mayor detenimiento más adelante.

3. *Actos sujetos a refrendo*

Aun contando con las significaciones que puede alcanzar el refrendo en los últimos tiempos, de los que nos hemos hecho eco más arriba, el refrendo *stricto sensu* es un acto formal que se ha de ver en relación inmediata con la actividad funcional del jefe del Estado. De aquí que, al preguntarnos qué tipo de asuntos requieren para su validez jurídica el trámite del refrendo, debemos apuntar en primer término a las facultades constitucionales o, más genéricamente, a las manifestaciones de voluntad de la más alta magistratura.

En estas coordenadas se ha movido tradicionalmente la institución refrendataria. En los regímenes que adoptan la forma monárquica ha habido una incesante lucha por colocar a la Corona la limitación formal y material de otro órgano a través de la contrafirma de éste. Si, dentro ya del movimiento constitucional, cabía en algunas monarquías limitados actos del monarca exceptuados de refrendo, tales posibilidades se han ido negando progresivamente. Con el parlamentarismo, tales posibilidades han quedado prácticamente anuladas en las monarquías, en tanto que, con carácter muy excepcional, se pueden hallar actos del jefe del Estado exceptuados de refrendo en las formas republicanas.

Las circunstancias o razones justificativas de la exigencia o dispensa de refrendo varían, naturalmente, en función del sistema jurídico-político. Pero, además, los textos constitucionales se muestran con frecuencia poco proclives a hacer precisiones al respecto. Lo frecuente es establecer la exigencia general del refrendo, y añadir, en algunos casos, contadas excepciones. De aquí que sea frecuente que la casuística desborde las escuetas previsiones, produciéndose indeterminaciones que se suelen resolver según los principios generales con arreglo a los cuales se ha estructurado cada régimen político.

tículo 125), en materia específica. Por lo que respecta a la Ley Orgánica del Ejército español, de 1899, en cambio, sí parece clara su inconstitucionalidad, por cuanto atribuye capacidad de refrendo a favor de quien desempeñe las funciones de general en jefe cuando el Ejército estuviese en campaña, y el rey estuviese al frente de las operaciones. Los mandatos del rey tendrían que ser refrendados por el general en jefe, que actuaría en funciones de jefe del Estado Mayor.

Por nuestra parte, creemos oportuno hacer un examen de las funciones más comunes del jefe del Estado, atendiendo al tiempo a las modalidades más frecuentes en el constitucionalismo moderno respecto de la presencia de otra voluntad concurrente con la de aquél, manifestada a través de la contrafirma.

a) *Nombramiento del Gobierno y de altos cargos del Estado.*—Fruto de la tendencia hacia la coordinación y jerarquización interna del órgano gubernamental es la preocupación por la forma de nombramiento del cabeza del Gobierno. La provisión de los ministros que forman el colectivo institucional o funcional del aparato gubernamental viene a ser, con generalidad, una proyección o el resultado de la previa nominación del presidente o primer ministro, con mayor o menor influencia del jefe del Estado o de los bloques políticos en que el elegido se apoye; depende del sistema.

Por otra parte, el conjunto de órganos estatales va más allá de lo que en sentido estricto corresponde al ejecutivo. Si las asambleas legislativas responden a unos condicionamientos electorales, en virtud de los cuales su constitución eminentemente representativa viene dada por las urnas, otro tipo de órganos superiores, como los tribunales, consejos, o los presidentes de altos organismos similares, pueden depender, tras procedimientos de selección más o menos rigurosos, de la designación última del jefe del Estado, que da estado jurídico a la provisión del cargo.

Ahora bien, si como venimos sosteniendo, a la luz de la doctrina y de los textos constitucionales, todo lo que dispone el jefe del Estado en el ejercicio de su autoridad debe ser refrendado, los problemas que se pueden suscitar, derivados de un estricto cumplimiento de tales premisas, son importantes, caso de seguir aferrados a las soluciones tradicionales y a una concepción en exceso formalista de la significación del refrendo. Veamos:

1.º *Nombramiento del jefe del Gobierno.*—Cuando en un régimen constitucional evolucionado, y más particularmente dentro de la forma parlamentaria, se produce una crisis total de gobierno, la necesidad de dar estado oficial al cambio de gabinete presenta algunas dificultades derivadas, como apunta Tedeschi, de la exigencia tan generalizada de que tanto el nuevo nombramiento como el cese del equipo anterior sean refrendados por un ministro en funciones (34). En efecto y según el sentido más usual de la institución refrendataria, alguien que ha perdido la confianza del jefe del Estado, de la Asamblea, del país, o quizá de todos ellos, debe hacerse responsable no solo de su caída, sino del ascenso de otros (incluso de sus enemigos políticos); o, lo

(34) *Op. cit.*, pág. 469.

que es jurídicamente más chocante, que el no investido de las atribuciones ministeriales haga válida la separación del poder del Ministerio que fenece, refrendando la solución de una crisis de la que él va a ser parte o presunta solución. Estas son las dos variantes más conocidas, y ambas son insatisfactorias por igual.

Por lo que hace a la primera, que Cáceres menciona como la fórmula tradicional, de inspiración inglesa (35), los autores se muestran muy inclinados a calificarla de ilógica. ¿Cómo el jefe o un miembro del Gabinete anterior va a aconsejar y asumir la responsabilidad de su sustitución por quien va a desarrollar una política distinta y presumiblemente contraria a la suya? ¿Acaso un referendo concebido en estos términos puede ser otra cosa que pura formalidad, de la que no es exigible responsabilidad alguna? (36).

La segunda opción, consistente en que los nuevos ministros elegidos por el jefe del Estado refrenden el cese del anterior y su propio nombramiento, es aún menos defendible, de seguir dentro de las formulaciones del constitucionalismo clásico. Hay una cierta repugnancia por parte del jurista al vacío, y por este camino se vendría a producir la anomalía de que un poder no constituido desplazara, por un acto de decisión política, a quien es jurídicamente competente para ejercitar el acto de que se trata.

Sobre estos dos raíles han circulado, por lo común, las constituciones o las convenciones constitucionales en torno al referendo del nombramiento y cese del Gobierno. Si viene siendo usual que los ministros, aun cuando se consideren dimitidos con su presidente, continúen en funciones hasta tanto haya nuevo gobierno, en algunos países se prevé en ocasiones como solución alternativa, caso de que los salientes nieguen el referendo a los nuevos nombramientos, la contrafirma del presidente del nuevo gabinete (37). Y la fórmula española de confirmar el referendo del cese y nuevo nombramiento al ministro de Justicia del Gobierno dimisionario (38) es, asimismo, un intento de armo-

(35) *Op. cit.*, pág. 106.

(36) No creemos necesario profundizar en los razonamientos y perplejidades de BARTHELEMY, ESMEIN o VALENTÍN, resumidas por CÁCERES (págs. 106 y sigs.), dado que se evidencia a simple vista la sinrazón de esta fórmula. El presidente dimisionario, miembro del Parlamento las más de las veces, se ve impulsado por la dialéctica partidista a votar contra el equipo que él ha entronizado en el Gobierno, y si no lo hace en el momento de la presentación del gabinete a la Asamblea, y se abstiene, es por no incurrir en un gesto incorrecto (TEDESCHI, pág. 472).

(37) Artículo 72 de la Constitución helénica de 2 de junio de 1927.

(38) CÁCERES (pág. 109) hace observar que este procedimiento usual durante la Monarquía fue utilizado también en la II República. En nuestros días, la presencia del ministro de Justicia en los juramentos de los nuevos altos cargos no debe entenderse sino en su calidad de «notario mayor del Reino» y con carácter certificante, bien dife-

nización, un puente algo forzado en el momento de la transición, que no resuelve con total satisfacción los defectos de que ambas fórmulas adolecen. Así, el anterior ministro refrenda el cese y nombramiento de los presidentes saliente y entrante y el nuevo presidente es quien refrenda los nombramientos de sus colaboradores.

Mas, junto a estas dos fórmulas clásicas de refrendo y las diversas variantes que pudieran aducirse, existen otras dos posibilidades en orden al refrendo del nombramiento y cese del presidente del Gobierno hecho por el jefe del Estado. Cabe, de una parte, dispensarle de refrendo en este menester; de otro lado, cabe, asimismo, encomendar la refrendata a un órgano que figure fuera de la órbita del ejecutivo; un órgano con misión de asistencia general al jefe del Estado en las resoluciones importantes que afecten en general a las instituciones básicas del país o a las relaciones interorgánicas de sus órganos fundamentales.

Por lo que hace al primer supuesto, no faltan ejemplos, y se debe resaltar que proliferan más en los regímenes tendentes a acentuar la separación de poderes (39). La Constitución francesa de 1958, aun antes del viraje de 1962, perseguía un reforzamiento de la Presidencia de la República, estableciendo un parlamentarismo atenuado. En este contexto, el artículo 19 excluye de refrendo ministerial, con otras decisiones importantes, el nombramiento del primer ministro, al tiempo que la decisión por la que «pone fin a sus funciones al presentar éste la dimisión» (artículo 8.º) (40).

Pero si cabe pensar en alguna dispensa de refrendo para estas decisiones en las formas republicanas de gobierno, el riesgo de esta solución se agudiza por lo que toca a las monarquías. La cuestión no estriba tanto en nuestra época en el peligro de las tentaciones absolutistas, cuanto en el desgaste a que

rente, por tanto, de la función refrendataria que, como es sabido, tiene hoy entre nosotros una formulación muy distinta de la tradicional.

(39) La Constitución de Colombia de 1886 exceptúa al presidente de la República del requisito refrendatario en el nombramiento y cese de los ministros. De igual modo lo hace la boliviana de 1880, la de Ecuador, Haití y Panamá. La Constitución lituana de 1920 hace excepción de la exigencia de refrendo para los actos del presidente de la República en el caso del cese total del gabinete.

(40) En relación con la vigente Constitución francesa ha escrito DUVERGER que «en el régimen establecido por la reforma constitucional de 1962, el presidente de la República ejerce por sí mismo los poderes que le otorga la Constitución; forma por sí mismo las decisiones, pero no puede tomarlas solo, salvo en algunos raros casos en que el refrendo ministerial no es necesario. El refrendo significa que la decisión presidencial no puede ser llevada a efecto más que si el Gobierno está conforme», *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 2, *Le système politique français*, P. U. F., París, 1973, pág. 242.

se somete a una institución vitalicia como la Corona en trance de frecuentes decisiones, máxime si el juego de las fuerzas políticas es confuso y muy fragmentario. Cubrir la responsabilidad de la decisión (en este caso el nombramiento del presidente del Gobierno) mediante un asesoramiento institucionalizado, que plasma en el concurso de un órgano que presta el refrendo y filtra las decisiones, manteniéndose a la Corona al margen de los hechos políticos, parece entonces aconsejable. Y si en un régimen parlamentario el problema no reviste mayor trascendencia, por lo común, que la incoherencia doctrinal con unos principios tradicionales, —siempre y cuando el Parlamento funcione y las mayorías sean estables y claras—, el recurso al órgano de asesoramiento y refrendo puede resultar de mayor valor en las monarquías limitadas. Pero esto lo veremos con mayor detenimiento después.

2.º Nombramiento de altos cargos y de los funcionarios de rango superior de la Administración.—Concretada la persona del presidente del Gobierno, el nombramiento de los ministros se produce con cierto automatismo y el refrendo queda a cargo del cabeza del Gobierno entrante, que, en razón directa a su fuerza política, hará su gabinete. A veces se puede producir un acomodo entre el presidente del Gobierno y el jefe del Estado en orden a la confección de la lista ministerial. Las transacciones en los altos niveles de decisión política son siempre difíciles de precisar, pero se comprende sin dificultad que este tipo de mediación se dará con preferencia en unos regímenes sobre otros, y con más frecuencia en circunstancias de excesivo fraccionamiento de las fuerzas políticas, o de crisis, de coaliciones inestables, o de hábitos no superados de épocas monárquicas.

Junto a los titulares de los distintos Ministerios existe una buena porción de cargos de diversa naturaleza cuya provisión se realiza por disposición de rango inferior a ley, pero que se sustancia con intervención del jefe del Estado. Estos altos cargos que llenan el ejecutivo en el nivel intermedio entre los órganos superiores de decisión política (ministros) y los órganos de ejecución (administrativos) —subsecretarios, directores generales, embajadores, altos mandos militares, etc.—, en cuanto que requieren la intervención del jefe del Estado, tienen inmediata repercusión en el refrendo. El procedimiento clásico de designación hace depender de la voluntad del ministro a cuyo Departamento se vincula el cargo tanto la propuesta como el refrendo del nombramiento del jefe del Estado. Dentro de esta modalidad es usual que vaya a la firma de la más alta magistratura del país previo acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento (41).

(41) En el nivel de los cargos políticos inferiores o de los superiores de la Administración pública, particularmente en el apartado del ejecutivo, puede apreciarse en

Los problemas más agudos en este apartado no los dan, sin embargo, los casos expuestos. Como ha escrito Cáceres, «el verdadero problema que puede suscitar la aplicación del refrendo en esta materia preséntase con ocasión del nombramiento de ciertos funcionarios que, por la especial naturaleza de la función que cumplen, interesa singularmente conserven una total independencia frente al ejecutivo» (42). Y aun cuando cabe señalar otros supuestos, tal problema se manifiesta con especial énfasis en la necesidad de independencia de los altos cargos de naturaleza judicial.

Especial preocupación han experimentado siempre los constituyentes por lograr la no ingerencia del ejecutivo en los nombramientos de los magistrados y de la presidencia de los tribunales superiores de justicia, tribunales de garantías constitucionales, censores de cuentas o tribunales de cuentas, etc... La mediación del ejecutivo en estos casos, de ser exigido refrendo ministerial, se produce inevitablemente. Naturalmente, existen procedimientos de proclamación de candidatos que filtran según la legislación vigente los individuos aptos para tales puestos, pero la designación definitiva queda siempre confiada frecuentemente a un acto de decisión del jefe del Estado, que en la mayoría de los casos ha de contar con otro órgano proponente, sea o no un órgano externo al ejecutivo (la Asamblea, o una sección especial de ella, un órgano híbrido de competencia específica, el mismo organismo o cuerpo al que el candidato va destinado, etc...). No cabe duda de que si se pretende una independencia absoluta de algunos organismos respecto del ejecutivo, y se quiere al propio tiempo que el refrendo tenga sentido y se pueda imputar responsabilidad al

algunos países de nuestra área una cierta tendencia a concentrar en el cabeza del Gobierno el control y, por delegación del jefe del Estado, el nombramiento mismo de los titulares de tales funciones públicas, con previa intervención, o no, del Consejo. La profesionalización de los servidores públicos, incluso en altos niveles, su desvinculación de los vaivenes políticos, como medio de estabilizar, dar continuidad y tecnificar la vida pública, es una propensión que se defiende en algunos países avanzados de nuestra época.

El ejemplo francés es bien patente por lo que respecta a las amplias facultades de que dispone el primer ministro, actuando por delegación del presidente de la República, en el nombramiento de este tipo de cargos intermedios. En esta misma línea se halla la importancia creciente de la E. N. A. francesa como centro de formación y reclutamiento de altos cargos, y no sólo de altos funcionarios. En España, en los anteproyectos de leyes constitucionales de 1929, en la época primorriverista, se disponía en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que los «reales decretos sobre nombramientos y reparación de funcionarios llevarán el refrendo del presidente del Consejo de Ministros». Y en la actualidad, sabido es el reflejo del modelo francés sobre nuestra E. N. A. P. y su dependencia de Presidencia del Gobierno, aunque su función y sus frutos estén aún por debajo del punto de referencia francés.

(42) *Op. cit.*, pág. 118.

órgano refrendante, el refrendo no se debe confiar indiscriminadamente a los ministros, y sí, en cambio, al órgano que actúa de asesor o filtro de la decisión del jefe del Estado en este menester; máxime si se pretende la no ingerencia gubernamental.

b) *Convocatoria y disolución del legislativo.—Sanción de las leyes.*—La intervención del jefe del Estado en la vida de la Cámara resulta en muchas Constituciones un paso obligado; sobre todo allí donde no existe una rígida separación de poderes. Si la iniciativa legal la ejercen de ordinario los parlamentarios y el Gobierno, la apertura no automática y la disolución de la Cámara suelen venir de una disposición del jefe del Estado. La apertura y cierre de las sesiones, cuando no se producen por imperativo legal (plazos o fechas previstas), son decisiones políticas de envergadura, y en ellas el jefe del Estado va acompañado por lo común del refrendo ministerial (43). La idea básica es el mantenimiento del equilibrio entre legislativo y ejecutivo, o la resolución de un enfrentamiento que puede causar un *impasse* en la marcha normal del Estado, con posterior llamamiento al arbitraje del cuerpo electoral.

Por lo que respecta a la sanción de las leyes, el dato previo a tener en cuenta es dónde radica el poder legislativo. Es irrelevante que se trate de monarquías o de repúblicas, de regímenes parlamentarios o presidencialistas; la tendencia más universalmente admitida es la de hacer depender las leyes de la elaboración y aprobación de una Asamblea representativa. Por supuesto que en los regímenes presidencialistas hay una evidente propensión al automatismo entre aprobación y vigencia de las leyes, con desplazamiento de la influencia y mediatización del ejecutivo. Pero ni aun en estos regímenes se consigue eliminar el paso por la suprema magistratura, donde, a excepción

(43) El refrendo ministerial es el requisito más común, si bien caben algunas variantes en su plasmación e incluso se da la ausencia de refrendo en algunas constituciones para tales decisiones. En la Constitución alemana de 1949, cuando una moción de confianza no prospera, el presidente federal puede disolver el Parlamento, con el concurso del canciller federal, si no ha surgido del propio Parlamento el nombramiento de otro canciller (art. 58). La Constitución de Irlanda de 1937 dispone que el presidente convoca y disuelve la Asamblea siempre de conformidad con el cabeza del Gobierno (art. 13). En cambio, la Constitución francesa, aunque exige del presidente la previa «consulta del primer ministro y de los presidentes de las Asambleas», exceptúa de refrendo la disolución (art. 12 en relación con el art. 19). Otro modelo es el de la Constitución italiana de 1947, que exige refrendo ministerial a todos los actos del presidente de la República, pero en los actos con valor legislativo exige también el del presidente del Consejo. en punto a la disolución, la consulta previa a los presidentes de las Cámaras.

de contados casos de regímenes convencionales y de asamblea, radica la potestad de dar fuerza de obligar al mandato legal.

No es éste el momento, seguramente, de detenernos más en consideraciones generales y en distinciones técnicas entre sanción, promulgación y publicación (44). A nuestra preocupación y al enfoque de este trabajo importa fundamentalmente el momento en que lo que será cuerpo normativo revestido de imperio y fuerza de obligar depende de la firma del jefe del Estado, o de su veto, para entrar en vigor. Esta disyuntiva es la que esencialmente nos importa. Pese a las diferentes formas de reparto del poder, y contando con la diversidad de regímenes políticos, hay un dato permanente: la generalidad con que se admite el derecho al veto del jefe del Estado.

Tratándose como se trata de una decisión grave e importante, aun a pesar del desuso en que tal derecho ha caído, debemos ocuparnos del refrendo de estos actos de la suprema magistratura.

La atribución del refrendo de tales atribuciones a un ministro o al jefe del Gobierno no deja de plantear problemas. En efecto, y aun partiendo del supuesto teórico de que la firma del jefe del Estado sólo implica la decisión de obligatoriedad a la disposición emanada del legislativo —ya que es el ejecutivo quien tiene el poder de mando y la facultad de hacer cumplir las leyes—, persistiendo la posibilidad del veto, el ministro refrendante parece llamado a ocupar una posición de algún modo paradójica. Se le puede considerar como ejecutor de un mandato del órgano legislativo, y su intervención significará un compromiso de dar cumplimiento al contenido material del mismo, en cuyo caso su firma no puede endosarle responsabilidad por el acto

(44) Con todo, la significación de este último paso del *inter legis* o proceso legislativo ordinario varía con cada régimen político. Si en las formas monárquicas, sobre todo por influencia de la corriente doctrinaria, se entendía que el acto de la sanción implicaba una coparticipación en el poder legislativo entre el rey y los representantes de la nación —Asamblea o Parlamento—, la corriente democrática ha reducido la intervención del jefe del Estado a simple acto de perfección del proceso legislativo, que, de algún modo —en tanto conserve el derecho de veto—, aunque sea suspensivo o temporal— garantiza la constitucionalidad e incluso la oportunidad de la disposición, sirviendo de filtro y propiciando la armonía entre los altos órganos del Estado, dando a tal disposición la perfección última y la fuerza de obligar. En las repúblicas democráticas, son los representantes del pueblo quienes elaboran, aprueban, decretan y sancionan las leyes, quedando éstas, por tanto, perfeccionadas por voluntad de la asamblea. Y, sin embargo, continúa en el ejecutivo y el jefe del Estado la última función de darle carácter imperativo y fuera de obligar y darla a conocer; promulga y publica la ley.

En orden a estas reflexiones, y por lo que hace a nuestro derecho histórico, CÁCERES hace un estudio técnico de la Constitución española de 1931 sobre las distinciones y conceptos utilizados, vistos desde el ángulo que nos preocupa en este trabajo.

en sí que refrenda. Además, desde otro ángulo, si se entiende que el refrendo tiene carácter certificante, no parece el más indicado para autenticar que la disposición que se le presenta contiene la voluntad real de la Asamblea legislativa, o de que se ha seguido el procedimiento adecuado para llegar a una resolución válida por ésta. Por otra parte, ¿le compete acaso la acción legisladora? Como miembro que es del Gobierno, ¿puede aspirar a servir de freno o filtro de las decisiones del órgano legislativo? Por tanto, y finalmente, ¿le cabe la posibilidad de negar el refrendo? (45).

La acción del órgano refrendante, de ser éste parte del Gobierno, parece que en buena lógica sería un acto obligado, pura formalidad que se ejerce por imperativo constitucional, y entonces el valor del refrendo es bien escaso. Cuando la Constitución encomienda a la más alta Magistratura la sanción, la simple promulgación, y como alternativa, el veto, hace pronunciamiento de atribuciones a su favor en virtud de su función genérica de relación y suprema representación del Estado, cuando no de centro impulsor o de suprema coordinación de los órganos del mismo. La decisión es, pues, del jefe del Estado, si bien la exigencia de refrendo supone de hecho una condición para su ejercicio. La cuestión más llamativa podría producirse si el jefe del Estado decide vetar una ley aprobada, cuando tiene un Gobierno de mayoría. ¿Qué hace el Gobierno en este caso? Si no hay refrendo, ¿en qué queda la atribución que la Constitución reconoce al primer magistrado del país? (46).

Por uno u otro camino venimos a tropezar con situaciones en las que el refrendo, entendido en la forma clásica de refrendo ministerial indiferenciado y exigido genéricamente, resulta una institución en exceso rígida que es causa de situaciones paradójicas, enfrentadas con la lógica política o la naturaleza jurídica de las relaciones interorgánicas definidas por la Constitución. Y, sin

(45) Dificilmente cabe esperar tal negativa de quienes han podido ser impulsores o iniciadores del proceso legislativo (proyecto del gobierno) cuando, como ocurre en el régimen parlamentario, han obtenido de la mayoría que les respalda aquiescencia a sus propósitos. Pero en un régimen no parlamentario, el planteamiento sería distinto y el enfrentamiento entre legislativo y ejecutivo tendría cabida si la directriz de la disposición obstruyera la política gubernamental. En una postura enfrentada, el jefe del Estado tendría que optar, lo que significa decisión sin punto de apoyo, pues éste está, de ser el órgano refrendante único el Ministerio, en el gabinete. Si en una República presidencialista el asunto no tendría otra trascendencia que cargar sobre las espaldas del presidente, magistrado temporal, una decisión más, de la que el electorado sería juez, en una Monarquía la cuestión se vería con otros ojos.

(46) De nuevo volveremos a lo mismo. ¿Es el refrendo en estos casos un acto obligado y simplemente formulario? ¿Qué quedaría entonces de la institución refrendataria? Y si no lo es, cómo va a refrendar un Gobierno de mayoría la paralización de un proyecto legislativo de quienes le sostienen, de su grupo político?

embargo, si la utilización del referendo es aconsejable y exigible para todos los actos de trascendencia constitucional del jefe del Estado, particularmente en las monarquías, la solución habrá de hallarse en una concepción más flexible de la institución refrendataria que, en función del régimen político y la forma de gobierno, dispense en unos casos de la exigencia de referendo, o encomiende éste a órganos distintos del Gabinete, según corresponda por la naturaleza del acto. El ejemplo español de atribuir el referendo de los actos del jefe del Estado a distintas instancias, y no sólo al ejecutivo gubernamental, no deja de tener cierta lógica. Pero, como veremos en su momento, es un sistema que cuadra bien en la monarquía limitada, y que, en todo caso, sería defendible en general, siempre y cuando no obstaculizara la función básica del referendo de dejar a cubierto las decisiones del jefe del Estado mediante una asunción de la responsabilidad efectiva y no ficticia por parte del refrendante.

c) *Mando del ejército*.—La atribución al jefe del Estado del mando supremo de las fuerzas armadas es, sin duda, una atribución de gran trascendencia y con larga tradición en la gran mayoría de los sistemas y regímenes, particularmente bajo las formas monárquicas. La última «ratio» del recurso a la fuerza es aún un espectro no deseado con el que las sociedades humanas han de seguir contando. En los momentos críticos y de confusión el ejército es el punto en el que confluyen todas las miradas, sea con temor o con esperanza. El control de la fuerza ha sido siempre indicio para detectar dónde reside el poder efectivo del grupo social, y este dato fáctico llevó a los detentadores del poder político a asumir la dirección de la organización militar hasta llegar a controlarla (predominio del «poder civil») y ponerla al servicio de una política general del país; durante mucho tiempo, y aun en nuestros días en muchos países, al servicio del poder establecido, sin que nos sea dado en este momento, y para este trabajo, poder detenernos en consideraciones críticas respecto del grupo social beneficiario de la permanencia de tal orden en cada caso.

Pese a los esfuerzos hechos por clarificar y deslindar la función y naturaleza del instinto militar, pocos ejemplos pueden aducirse hoy en los que el poder político y la titularidad del supremo mando del ejército no confluyan en las más altas magistraturas del país. La monarquía ha tenido siempre proclividad hacia la confusión de los poderes civiles y militares (y a veces también religiosos) en la Corona (47). La imagen del rey guerrero o caudillo mi-

(47) No es difícil hacer recuento de las Constituciones monárquicas que atribuyen al rey el mando del Ejército o que dejen a su cuidado la defensa de la comunidad. La titularidad suprema de la defensa del país o de la jefatura de las fuerzas armadas

litar se ha cultivado con cierta asiduidad a través de la historia de nuestro continente, y tal tendencia se muestra entre los monarcas españoles de modo muy perceptible (48).

Pero también en las Constituciones republicanas modernas se experimenta el mismo principio de unificación de las decisiones políticas y del control de las fuerzas armadas, en la más alta magistratura, lo que «lejos de ser un contrasentido, realiza el esencial postulado democrático de subordinación de la autoridad militar al poder civil» (49). Y, en efecto, numerosas repúblicas siguen hoy el criterio común y tradicional de atribuir el mando supremo del ejército al presidente, ya se trate de repúblicas parlamentarias, o de régimen de parlamentarismo mitigado, o de repúblicas presidencialistas, siendo asimismo el caso de algunas repúblicas populares (50).

Las regulaciones no tradicionales han nacido fundamentalmente tras la segunda guerra mundial, y con comprensible preocupación de poner traba a las aventuras belicistas (51). El caso de Alemania es el más claro ejemplo. En la República Federal, la apreciación de «si existe caso de defensa» co-

es generalmente reconocida centrada en la corona, aunque el ejercicio de la potestad es siempre controlado por los órganos responsables que refrendan las decisiones o tienen a su cuidado el ejercicio efectivo de las funciones de las que es titular el monarca.

(48) La concreción institucional del Ejército y su reiteradamente proclamado perfil instrumental al servicio de la comunidad han reducido el peligro de una utilización parcial de las fuerzas armadas a favor de una política personal, dinástica o de grupo; peligro que no queda conjurado, pese a todo, allí donde no existe una bien probada capacidad de vida democrática con una integración social muy mayoritariamente sentida y aceptada.

(49) CÁCERES, pág. 120.

(50) La Constitución francesa de 1958 proclama que «el presidente de la República es el jefe de los Ejércitos» (art. 15). La de Irlanda de 1927 dispone, por su parte, que «el mando supremo de las fuerzas de defensa corresponde al presidente» (art. 13,4) y que todos los mandos militares de las fuerzas de defensa dependerán del presidente (art. 13,5). El presidente de la República italiana «tiene el mando de las fuerzas armadas» (art. 87 de la Constitución de 1947). Por lo que toca a los regímenes presidencialistas se experimenta, con mayor razón, una uniformidad en orden a esta tendencia. Así se puede apreciar en el artículo 2.º de la Constitución de Estados Unidos; el artículo 83,15 de la Constitución de la República Argentina; el artículo 88,5.6 de la de Méjico, etc. Junto a estos dos grandes grupos se pueden situar también la solución yugoslava (art. 73 de la Constitución de 1953), la de China (art. 42 de la Constitución de 1954) y la de Checoslovaquia (art. 62,11).

(51) La regulación constitucional dada en Austria por la Constitución de 1920, por ejemplo, supone una solución no tradicional, toda vez que proclama que el «Consejo Nacional dispone del Ejército», y sólo aquéllo no reservado al mando inmediato de dicho Consejo es competencia del Gobierno o del ministro (art. 80).

rresponde al Parlamento federal (artículo 53, a); reforma de 1956), y sólo cuando obstáculos insuperables impidan la reunión del Parlamento, podrá el presidente federal, con el refrendo del canciller, y una vez oídos los presidentes del Parlamento y Consejo federal, decidir y proclamar tal situación de guerra. Pero en cuanto a la jefatura de las fuerzas armadas, si bien el artículo 65 encomienda al canciller las directrices políticas generales del Gobierno, el artículo 65, a) (reforma de 1956) dispone que «el ministro federal de Defensa ejerce la jefatura y el mando de las fuerzas armadas» (52).

La atribución al jefe del Estado de la jefatura suprema de las fuerzas armadas, o de la defensa del país, no debe llevarnos a pensar que es a este supremo órgano al que corresponde el mando efectivo. Una cosa es la titularidad jurídica y formal de la función, y otra su ejercicio. Con frecuencia, y muy particularmente dentro del ámbito de los regímenes parlamentarios, la distinción es sustancial y decisiva. Las posibilidades de acción del jefe del Estado se reducen considerablemente y es lo más común que sea el Gobierno, a través del titular de Guerra o del Ejército, quien tenga en sus manos la organización militar, ejerciendo el mando según las leyes.

De otra parte, es también lo más frecuente que la acción suprema de beligerancia activa pase por la intervención parlamentaria, si las circunstancias lo consienten. De esta forma, la acción del jefe del Estado se halla totalmente enfrenada, y si para todos sus actos es preciso el refrendo, en este punto del mando del ejército se ha puesto especial cuidado.

Pero, sin duda, aquella propensión monárquica al control de las fuerzas armadas ha resaltado entre otras actitudes de manera apreciable. Con profundidad de siglos ha venido arraigando en los reyes el sentido de ser los defensores de la comunidad y, por traslación, los cabezas del orden militar. Tal creencia ha llevado a los monarcas, incluso en épocas recientes, a cuidar con mucho esmero la imagen exterior de su país y su fuerza. Y junto a esta preocupación, han cuidado también de mantener una comunicación directa, casi de superior jerárquico, con los mandos militares. Quizá se encuentren tras estas actitudes vestigios de la concepción de la política como política di-

(52) Una solución intermedia, y tampoco tradicional, parece la adoptada por la Constitución turca que siguió a la revolución de 1960. Su artículo 110 dispone que «el mando supremo es inseparable de la personalidad moral de la Gran Asamblea Nacional turca y se halla representado por el presidente de la República». Sin embargo, el comandante de las fuerzas armadas es el jefe del Estado Mayor General. La Constitución rusa de 1936 encomienda al Consejo de Ministros la dirección general de las fuerzas armadas (art. 68). La polaca de 1952 hace una proclamación semejante en su artículo 32, junto a manifestaciones pacíficas de no agresión y subordinación al criterio de la Asamblea representativa y del Consejo de Estado (art. 28).

nástica antes que como política nacional, o quizá haya en estas actitudes un inconsciente empeño como de salvaguarda y garantía de la permanencia en el trono. Pero son actitudes bien generalizadas y de aquí que haya podido decir Fusilier que ha sido «la Defensa nacional el sector en el cual la influencia de los monarcas es más importante, en particular en los períodos turbulentos» (53). También, añadimos nosotros, la causa más importante de inestabilidad del Trono, por el riesgo que entraña la responsabilidad de una acción militar desafortunada (54).

d) *Derecho de gracia*.—El tradicional derecho de gracia, también derecho de indulto, ha sido concebido desde época inmemorial como una potestad privativa, excepcional y discrecional, de quien figura al frente de la comunidad política. Se trata, en su concepción originaria, de «un acto personal del jefe del Estado y no de un acto de gobierno» (55). De este hecho deriva la

(53) *Les Pays Nordiques*, vol. XII de la colección «Comment ils sont gouvernés», página 288.

(54) Se pueden aducir muchos ejemplos, pues se trata de un error histórico muy común. En nuestro país es notoria la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Ejército de 1889. Se trata de un esfuerzo por buscar el protagonismo militar del rey. Saltando por encima del artículo 49 de la Constitución de 1876, se daba cabida a mandatos del rey, estando éste en las operaciones, y el Ejército en campaña, sin el correspondiente refrendo ministerial. De todos es conocida la desgraciada historia de la derrota o «desastre» de Annual, en la campaña marroquí, a comienzos de los años veinte, y no menos aireadas y conocidas fueron las consecuencias para la corona del polémico y desafortunado telegrama de Alfonso XIII al general Silvestre.

Más recientemente, durante la segunda guerra mundial, Leopoldo III de Bélgica protagoniza una suerte de personalismo en orden a la política exterior y a la acción militar (VAN IMPE: *Le régime parlementaire en Belgique*, Bruselas, 1968, págs. 36 y siguientes). Leopoldo III no abandona su país con su gobierno y permanece al frente de sus tropas, de modo que ha de firmar la capitulación sin refrendo ministerial. Desde el exterior su gobierno declara que el jefe del Estado está incapacitado para reinar y se crea la llamada «cuestión real», que arrastrará la problemática del trono años después (hostilidad parlamentaria hacia el rey Leopoldo tras la guerra, príncipe regente, plebiscito de 1950 y vuelta de Leopoldo III y abdicación definitiva de éste en 1951).

Muy al contrario, el prestigio de la realeza sube considerablemente con el comportamiento de Cristian X de Dinamarca, que, en parecidas circunstancias, y a diferencia del rey noruego, que se exilia en Londres, o del impetuoso y activo Leopoldo de Bélgica, permanece en su país y adopta una actitud de resistencia pasiva frente a los invasores y frente incluso a las críticas del gobierno proalemán que se forma en esa circunstancia en su país (FUSILIER: *Les monarchies parlementaires*, París, 1960, página 336).

El último grave suceso de este orden lo protagonizó Constantino de Grecia en época tan reciente que puede estar en el recuerdo de todos.

(55) CÁCERES, pág. 153.

creencia general, fundada en signos externos frecuentemente, de hacer depender de una decisión de la suprema magistratura la concesión del perdón o la conmutación de la pena, por dirigirse a ella la opinión pública, los representantes o familias de los condenados, o los grupos sociales o institucionales.

Sin embargo, el principio de irresponsabilidad del jefe del Estado y el recurso técnico del refrendo han hecho que tal prerrogativa se convierta, en los regímenes parlamentarios y en los que proclaman la irresponsabilidad del cabeza del Estado de modo preferente, en un acto compartido, decisivamente influido por la opinión gubernamental. Criterios de oportunidad política vienen a unirse a las razones tradicionalmente alegadas de atemperar el rigor de la ley al caso concreto.

La regulación más común entre las Constituciones es atribuir al jefe del Estado la prerrogativa de gracia, con la correlativa necesidad del refrendo. Incluso en Constituciones en que se proclama la responsabilidad del jefe del Estado, la necesidad del refrendo se deriva de cláusulas generales de las que no cabe excluir esta prerrogativa. También parece tendencia actual reducir el alcance de la prerrogativa a delitos de extrema gravedad, o a la aplicación de la pena capital, con exclusión en casos de los indultos generales. En ocasiones también se hace preceptivo el previo informe de los órganos judiciales superiores.

e) *Mensajes y manifestaciones públicas del jefe del Estado.*—Con este apartado entramos en un terreno movedido y difícil de precisar. Los actos del jefe del Estado revisten, por lo común, formas solemnes, conocidas dentro del mundo de las normas jurídicas por ser frecuente fuente de derecho. Sin embargo, no todos los actos con trascendencia pública del jefe del Estado revisten estos caracteres de solemnidad y trascendencia normativa. En muchos otros supuestos la acción pública del jefe del Estado se mueve dentro de los ámbitos puramente políticos de relación interorgánica, sirviendo de medio de comunicación o promoción de la actividad de los órganos fundamentales del Estado. A veces, incluso, se trata simplemente de manifestaciones de opinión que no revisten la forma solemne de mensajes a la nación o a las Cámaras, pero que, dada la proliferación e influencia de los medios de difusión actuales, pueden tener una trascendencia política considerable.

Atenderemos, en primer lugar, a los actos solemnes no normativos que implican realización de la función del jefe del Estado y tienen trascendencia jurídica. Se trata, pues, de actos que requieren la colaboración necesaria de los ministros con el jefe del Estado. Dentro de este primer grupo podríamos englobar los mensajes, las resoluciones no normativas que implican una toma de posición motivada, las comunicaciones escritas con los altos órganos del

Estado y las comunicaciones que tienen carácter personal y oficial al propio tiempo, en actuaciones como jefe de Estado, con otras personas del país o del extranjero.

Partamos de la consideración, nunca ociosa, de que las facultades del jefe del Estado tienen distinto carácter según el régimen político en que se desenvuelven. En un régimen presidencialista o en una monarquía con separación clara de poderes, la acción del jefe del Estado conlleva un mando efectivo del ejecutivo en donde el refrendo no tiene en realidad más función que el carácter autenticador y certificante de la decisión del jefe del Estado, una limitación formal o, como mucho, indicar un acomodo de voluntades de las que, no obstante, resulta prevalente la del jefe del Estado. Los mensajes a las Cámaras del presidente son, en muchos casos, una forma de programación de la legislación que el ejecutivo precisa. Los frecuentes contactos del presidente con los medios de difusión son tratados lógicamente con la atención que corresponde a personaje de tanta relevancia política, pero no llegan a tener el carisma y la apariencia cuasirreligiosa que suelen revestir la de un monarca o, en menor medida, un presidente parlamentario, que permanecen alejados y árbitros de la lucha política.

Las manifestaciones públicas del jefe del Estado parlamentario son menos pródigas por lo común, y suelen revestir mayores formalidades. El peso de la decisión política de los problemas diarios no residen en la más alta magistratura, que se limita como mucho a coordinar la acción de los altos órganos del Estado y dar respaldo formal a las decisiones de mayor trascendencia, que han de revestir carácter normativo de nivel superior. Sin embargo, sus intervenciones de carácter normativo se dan con menos frecuencia y de forma más pautada cuando la Constitución lo previene (inicio de la legislatura, discurso de la Corona, vetos legislativos, abdicaciones y renunciaciones, etc...), o se han introducido por la costumbre (discurso anual al país en solemnidades y conmemoraciones nacionales, salutación a jefes de Estado extranjero, recepciones, audiencias colectivas y significativas, etc...). Por lo común, dichas intervenciones suelen ser escritas y leídas, bien por el jefe del Estado, o por un ministro en su nombre, siendo previamente refrendadas, o simplemente visadas, por un ministro.

Los mensajes a las Cámaras suelen revestir especial solemnidad. En tanto en el inicio de la legislatura es tradicional que asista el jefe del Estado y lea personalmente a las Cámaras reunidas un programa de acción general (también programa legislativo) que constituye en realidad el plan del nuevo Gobierno, sobre la base de un documento previamente visado por el Gobierno y refrendado por su presidente, otros tipos de mensajes (vetos legislativos, disolución de las Cámaras, renunciaciones y abdicaciones, etc...) suelen ser leídos

por un ministro, con lo que el contenido del documento, previamente refrendado, recibe un segundo respaldo ministerial. Por tanto, el medio normal de comunicación del jefe del Estado con el Parlamento es el Gobierno (56).

Con todo, los actos que el jefe del Estado puede realizar en el ejercicio de su cargo no se limitan a los antedichos, ni revisten siempre forma solemne y escrita. A veces no se materializan en actos con trascendencia jurídica, ni documental, sino que quedan en la esfera del protocolo, o de la mera presencia física que da significación política al acto, o incluso alcanzan el grado de verdaderas manifestaciones de opinión. Y aquí entramos en el terreno sinuoso y movedizo más abiertamente. Cabría plantear la constitucionalidad de muchas de las acciones y manifestaciones de este orden llevadas a cabo por algunos jefes de Estado parlamentarios, como cabría hablar de las dificultades, en el orden práctico, a la hora de encuadrar la responsabilidad ministerial de las omisiones y retrasos o negligencias en la gestión pública del primer magistrado, constitucionalmente irresponsable.

Lo que ocurre es que se ha extendido sobre este espacioso e inconcreto

(56) En un régimen parlamentario, el refrendo es el medio formal mediante el cual se expresa la necesaria colaboración y limitación material recíproca de voluntades del jefe del Estado y del Gobierno, con tendencia al predominio efectivo de éste (véase TEDESCHI, *op. cit.*, pág. 471). La iniciativa corresponde por término ordinario al Gobierno y la situación de la más alta magistratura suele ser de acomodación. Una negativa del jefe del Estado a secundar alguna de estas iniciativas supondría la dimisión del gabinete, con lo que se daría estado público a una disensión que, por otra parte, comprometería la situación del jefe del Estado, caso de no tener su opinión respaldo en la Asamblea y, en definitiva, en la opinión pública.

Pero también una iniciativa del jefe del Estado, o su opinión ante un tema de relieve, puede no tomar siquiera estado público si el Gobierno no le da cauce, pres-tándole el refrendo o siendo transmisor de dicha opinión ante la Cámara. CÁCERES recoge el ejemplo elocuente de un intento del presidente Poincaré, que trataba de hacer unas observaciones a las Cámaras respecto del Tratado de Versalles; intento frustrado por no haber logrado el refrendo del Gobierno a tal mensaje (*op. cit.*, pág. 151).

De cualquier forma, las disensiones entre el jefe del Estado y su gobierno en el régimen parlamentario han de producirse inevitablemente se manifiesten o no. Por razones fácilmente deducibles de lo expuesto anteriormente, es lo más común que la voluntad del cabeza del Estado se acomode a la de los responsables de las decisiones políticas, resignando su propio criterio. En algunos casos, esta discordancia sale a la luz pública, y acaso por propia manifestación del jefe del Estado. ORBAN cita el caso de desaprobación de Leopoldo I a la política de su ministro Haussi, expresada por medio de una carta dirigida a éste. Asimismo refiere la misiva dirigida al arzobispo de Malinas (22 mayo 1865) en la que el rey confesaba la repugnancia con que había tenido que ceder a la política anticlerical de su gobierno, sancionando una ley. En 1904, Leopoldo II escribe a su ministro de Guerra mostrándole su preferencia personal e invitándole a no dimitir (*Le Droit constitutionnel...*, págs. 229 y 230).

capítulo de asuntos la creencia generalizada, o la convención constitucional, en ocasiones, de entender que todo cuanto el jefe del Estado dice en su condición de primer mandatario del país, o escribe en sus cartas, mensajes, telegramas, etc..., es realizado, en principio, con la asistencia de persona responsable; por lo común el jefe del Gobierno o el ministro del ramo. Esta asistencia se asegura normalmente con la presencia física del órgano gubernamental responsable en dicho acto (57). En todo caso, toda manifestación no protestada por el ministro competente hay que entenderla aceptada o refrendada y, por tanto, al cuidado y responsabilidad del Gobierno (58).

La cuestión es grave. Un acto jurídico o una disposición del jefe del Estado no refrendada, es nula. Pero una opinión del cabeza del Estado es siempre materia política que queda flotando en el ambiente. Si no media protesta, «aclaración» o desmentido gubernamental, es opinión oficial del Gobierno. Pero si se da, se va camino del enfrentamiento y la crisis. Ciertamente que, como

(57) Es conocido el uso de hacer acompañar al rey o al presidente de la República del ministro o jefe del Gobierno, o de un «ministro de jornada», en las recepciones y discursos, presentación de cartas credenciales, giras y viajes, etc. Como ha escrito TEDESCHI refiriéndose al presidente de República parlamentaria, para los actos no escritos del primer mandatario «la colaboración ministerial se manifiesta por una asistencia personal o por una autorización expresa o tácita» (*op. cit.*, pág. 427).

(58) Las extralimitaciones de los jefes de Estado pueden resultar peligrosas y comprometedoras, pudiendo llegar a colocar a la más alta magistratura en una situación difícil si el ministro o el Gobierno, colectivamente, no hacen suyas sus palabras o iniciativas. Una magistratura irresponsable sufre un desgaste político de gran envergadura, y de imprevisibles consecuencias, al quedar desnuda con su opinión e iniciativa ante la opinión pública, si le falla el concurso del órgano gubernamental, responsable constitucional y sostén político por la confianza del Parlamento.

Ciertamente que, como han expresado algunos autores, y frecuentemente los defensores del principio monárquico, es duro decir que quien ostenta la representación más alta del país no tiene el derecho de opinión, o de manifestación de sus opiniones, cuando tiene constitucionalmente bajo su custodia tanto la Constitución como la vida próspera de su pueblo. (Recuérdese la significativa pregunta del adolescente Alfonso XIII a su profesor Santamaría de Parcdes: «¿Y qué he de hacer cuando, en conciencia, la observancia de la Constitución se oponga a mis deberes para con España?».) Hoy es generalmente admitido que razones de salvaguarda de la más alta institución del país, y derivadas de su irresponsabilidad e inviolabilidad, como de la garantía de los ciudadanos administrados, aconsejan esta aparente paradoja.

Por contra, TEDESCHI razona haciendo ver que en un posible enfrentamiento entre el presidente parlamentario y el Gobierno, queda aquél paralizado y convertido en un «marco constitucional». Por esta razón, y ya que no tiene capacidad de acción, ¿por qué no respetarle el derecho de poder hablar al menos? Como el propio TEDESCHI apunta, tal libertad debe estar estrechamente limitada para permitir el juego del sistema parlamentario, y no queda salvaguardada más que por el silencio aprobador del presidente del Consejo y de otros ministros (*op. cit.*, págs. 473 y 474).

ha escrito Orbán, se pueden producir «diferencias en los puntos de vista entre la Corona y sus ministros o el Parlamento: estas divergencias pueden manifestarse públicamente, sin por ello implicar o provocar un verdadero desacuerdo, una ruptura» (59). Pero, hecha pública la disensión, la opinión pública se polariza necesariamente y toma partido. El desgaste lo pueden sufrir ambas instancias por separado, y, desde luego, la Corona (60).

Finalmente cabe preguntarse si no existen decisiones de naturaleza constitucional del jefe del Estado en las que no quepa intervención de otro órgano, por pertenecer a la categoría de actos personalísimos de libre voluntad. En efecto, parece defendible la opinión, bastante compartida por la doctrina, y avalada por los hechos, de que las renunciaciones, abdicaciones y dimisiones de reyes y presidentes entrarían en este supuesto, no precisando, por ende, de refrendo para surtir efectos jurídicos (61). Las abdicaciones de Amadeo de Saboya, dirigida a las Cortes, y el mensaje de Alfonso XIII, dirigido al país el 14 de abril de 1931, estaban suscritos con la sola firma real.

f) *Esfera privada del jefe del Estado y servicios adscritos a la suprema Magistratura.*—No se puede pretender una completa absorción de la actividad

(59) *Op. cit.*, pág. 230.

(60) El significativo y discutido discurso de Alfonso XIII en Córdoba (23 mayo 1921), aunque en opinión de FERNÁNDEZ ALMAGRO «le valió más aplausos que críticas» (*Historia del reinado de Alfonso XIII*, Barcelona, 1934, pág. 381), comprometió seriamente al ministro La Cierva, que, sorprendido por las palabras del rey (previamente le había dicho: «¿Me dejas hablar?»), a juicio del ministro «se había dejado ganar por el ambiente» y pedía a las provincias «un movimiento de apoyo a su rey», censurando al propio tiempo la política partidista y obstruccionista realizada en el Parlamento. (El discurso se reproduce íntegro en el núm. 56, año V, de la colección «Historia y vida», pág. 54, en el trabajo de GARCÍA ESCUDERO titulado «¿Rey autoritario o rey constitucional?».) El ministro La Cierva hubo de dar órdenes al gobernador civil para que prohibiera toda comunicación telegráfica o telefónica del discurso del rey, entre tanto él escribía la «versión oficial» en el menú (*Notas de mi vida*, Madrid, Reus, 1955, página 233).

Por su parte, VAN IMPE refiere diversos ejemplos de tomas de posición personal de los reyes belgas, aun después de la famosa «cuestión real» provocada por Leopoldo III. Concreamente el rey Balduino fue fuertemente criticado por la prensa cuando optó por no asistir al entierro del rey de Inglaterra Jorge VI, por su negativa a recibir a un ministro de Estado reconocidamente hostil a su padre, por sus discursos radiofónicos favorables a la secesión de Katanga y por otros hechos que hicieron a muchos hablar de una reapertura de la «cuestión real» (*Le régime parlementaire en Belgique*, pág. 40).

Para el caso del presidente parlamentario, puede verse TEDESCHI, *op. cit.*, pág. 474.

(61) Para TEDESCHI, la dimisión del presidente de la República es un acto que excepcionalmente no precisa refrendo, ya que es «un acto de la persona y no un acto de la función» (*op. cit.*, pág. 471).

y manifestaciones de la voluntad de quien figura al frente del Estado, por la vertiente eminentemente pública que encarna. Ello equivaldría a la negación de toda forma de vida individual y privada, de todo rasgo humano, con la conversión en mero sujeto público del titular de las funciones centrales del Estado. Evidentemente son sus actos de trascendencia política y constitucional los que merecen especial atención de los tratadistas y estudiosos de los temas que nos ocupan, pero no cabe olvidar que aquella esfera privada existe y, sobre todo, que es imperioso tener claro que debe diferenciarse entre ambos campos.

Una afirmación fácil y útil, aunque muy general, es decir que sólo los actos que encierran un contenido público y político, dimanantes del ejercicio de las atribuciones legales, deben ser objeto de refrendo. Como ha escrito Cáceres, «no cabe olvidar la dificultad, siempre presente, de distinguir y separar lo público de lo privado, especialmente en las monarquías donde la esfera de las relaciones civiles o privadas del soberano están intervenidas y como invadidas constantemente por normas del Derecho público» (62). Ciertamente que se ha adelantado mucho en la tarea de deslindar las esferas pública y privada del jefe del Estado y que, particularmente en los regímenes monárquicos, fuera de las cuestiones directamente conectadas con el orden sucesorio (matrimonios, tutelas, abdicaciones, declaraciones de indignidad, etc...) y la proyección pública de la familia real, se ha llegado a un estatuto privado, común, del resto de las materias (63).

Mayor trascendencia puede alcanzar la actividad de los servicios adscritos a la Jefatura del Estado. Se trata de una vieja concepción monárquica, de evocación cortesana o palatina, actualizada hoy con criterios funcionales y de competencia técnica, pensados para la asistencia a la magistratura central del

(62) *Op. cit.*, pág. 84.

(63) En el plano económico, los bienes nacionales o del Estado, la Hacienda Pública, están bastante claramente delimitados. Se distingue entre la dotación y bienes de la corona, entendida como institución, de los bienes privados de la casa real o del monarca. Todas estas matizaciones se ven aún más claras y diferenciadas en las formas republicanas.

De todas formas, los bienes privados, o los negocios jurídicos realizados en base a la esfera privada, pueden dar ocasión a controversia y ser sometidos a decisión judicial. Pero de la frecuente declaración de inviolabilidad e irresponsabilidad del jefe del Estado se deduce que éste no puede comparecer en juicio ni ser demandado. De aquí que se haya alumbrado la solución generalizada de instituir un *alter ego* que sustituye en la acción jurídica privada al monarca o presidente. Las «casas civiles», el «intendente de la lista civil», etc., cubren en muchos casos funciones de este orden, aunque se dan también instituciones de derecho privado de menor rareza y carácter menos excepcional, emparentables con la gestión y administración de negocios ajenos.

país. La estructura general de estos servicios es muy similar en todos los sistemas, si bien es por lo común notoriamente menos complicada en las repúblicas. La distinción entre ayudantes o «casas» civiles y militares, responde a criterios y justificaciones históricas y técnicas ya conocidas. En algunos casos hay un jefe de la casa del rey, o de la mansión presidencial, que coordina todos los servicios. Los más comunes son los de mayordomía, protocolo, gabinete de prensa, secretaría, gabinete técnico, etc...

No estaría justificado en nuestro trabajo un detenido análisis de todos los servicios de la Jefatura del Estado, sobre todo por las diferencias que pueden apreciarse en su constitución, funcionamiento e independencia en los distintos países. Pero también por la diferente relevancia que pueden alcanzar con vistas al punto que nos ocupa. Desde esta perspectiva cabe hacer públicos, e incluso «funcionarizar», a buena parte de los cargos y servidores a que nos venimos refiriendo. La tendencia es particularmente apreciable en los regímenes republicanos. Sólo las funciones más relacionadas con la actividad política (consejeros, secretarios, jefes de la «casa» o del «gabinete real», etc...), por la importancia y grado de confianza que suponen para el jefe del Estado, se defienden como de libre designación de éste, aunque se da también el uso de la notificación al Gobierno por si hay alguna circunstancia notable que desaconseje tal nombramiento (64).

Dentro de este ámbito reducido de personas y cargos del entorno del cabeza del Estado, llamados a conformar el conocimiento de los problemas políticos y constitucionales que puedan plantearse y, por ende, a influir de alguna manera en la formación de la voluntad y decisión del jefe del Estado. al margen, por otra parte, de los grupos políticos y sindicales (65) y de los ór-

(64) Por las razones aludidas al inicio de este trabajo, nos fijaremos particularmente en los sistemas monárquicos. No es frecuente encontrar hoy una disposición constitucional que regule estos extremos, pero tenemos el artículo 24 de la Constitución noruega, que dispone que «el rey escoge y destituye a su propio albedrío la servidumbre de la Real Casa y los cargos palatinos». En Bélgica, por ejemplo, el «gabinete del rey» es costumbre que sea de libre designación del monarca. El rey nombra sus colaboradores privados mediante un *arrêté de maison*, esto es, un documento sin refrendo ministerial, aunque firmado por el gran mariscal de la corte o por el jefe del gabinete. Pese a que no hay refrendo, los ministros son discretamente consultados antes del nombramiento por si hay alguna objeción (FUSILIER: *Les monarchies...*, pág. 449).

(65) VAN IMPE razona la existencia de tales consejeros privados sobre la base de que si los ministros, que son los únicos consejeros responsables, son las más de las veces representantes de una facción política, difícilmente tendría el jefe del Estado posibilidad de «desempeñar su misión de conciliador de los partidos. Por esta razón debe tener el derecho de recabar información y consejo de colaboradores privados elegidos fuera de los partidos políticos» (*op. cit.*, pág. 131).

ganos constitucionalmente previstos, caben múltiples modalidades con diversa trascendencia práctica. Prescindiendo de los consejos privados (más o menos secretos) de las primeras magistraturas en los regímenes con separación estricta de poderes, que encierran otra problemática, nos centraremos en los parlamentarios y, fundamentalmente, en los que viven bajo forma monárquica.

El proceso de clarificación y progresiva publicidad de las decisiones políticas ha traído una progresiva reducción de las instancias privadas, siempre perturbadoras, y particularmente frecuentes en las monarquías. De aquí que la trascendencia actual de este problema sea, en general, escasa. Pero en tanto en Inglaterra o en Suecia los consejeros secretos parecen haber desaparecido y el peso político del entorno del monarca apenas es perceptible, en otras monarquías parlamentarias sigue teniendo relieve.

En Bélgica el «gabinete del rey», establecido consuetudinariamente, ha alcanzado un visible grado de institucionalización (66). Ello ha hecho posible, al propio tiempo, una concreción de las funciones y formas de relación con los órganos constitucionales previstos. Nos interesa esta faceta de sus funciones de forma primordial, antes que la problemática del engarce entre los diferentes órganos y servicios de lo que, en términos amplios, constituye el entorno palatino.

Los contactos entre el gabinete del rey y el Gobierno son constantes. Cualquier acción de gobierno que requiera la intervención del rey pasa por el conducto del gabinete privado de éste. A la inversa, la acción del gabinete real no alcanza a los órganos administrativos y a los funcionarios regulares del ejecutivo estatal. Son los ministros, y los colaboradores políticos de éstos, los que canalizan cualquier iniciativa procedente de las inmediateces del rey para con sus subordinados. Con todo, y siguiendo las instrucciones del Gobierno o del ministro interesado, altos funcionarios, especializados en tareas que requieren la atención del rey, pueden trabar contacto con el gabinete privado.

De otro lado, las relaciones y contactos con el Parlamento son menos frecuentes y se establecen a través de los presidentes y vicepresidentes de las

(66) La comisión encargada de emitir un informe razonado sobre la aplicación de los principios constitucionales relativos al ejercicio de las prerrogativas regias «subraya que es preciso aprobar sin reserva la costumbre que deja a los ministros, discretamente consultados, la posibilidad de hacer patentes las razones por las cuales tal nombramiento (de colaboradores privados del rey) les parece inoportuna». Se da el caso, además, de que no habiendo norma que establezca la elección del jefe del gabinete real se haya llegado al acuerdo, surgido en períodos críticos, de que tal jefatura sea confiada conjuntamente a dos personas de diferente opinión: un flamenco, católico, y un jefe adjunto más joven, valón y socialista.

Cámaras. Pese a que constitucionalmente el rey debía ignorar a los partidos políticos, y los contactos de esta naturaleza deben venir por medio de los ministros respaldados por la mayoría parlamentaria, dado el peso efectivo que tienen en la vida pública los grupos políticos y sindicales, no pueden ser ignorados de hecho, por lo que los dirigentes de aquéllos suelen ser recibidos por el monarca y las entrevistas pasan por el control y la preparación del «gabinete del rey».

Todas estas prácticas y fórmulas no dejan de acarrear ciertos riesgos, a más de la confusión en las iniciativas, en la conformación de la voluntad del rey, sin la contrapartida de la asunción de responsabilidad (67). En principio, el gabinete del rey debería ser un simple conducto para el buen entendimiento entre el rey y los ministros, un propiciador de un clima de trabajo y cooperación. La misión de este gabinete privado ha sido definida oficialmente: «El gabinete del rey tiene por misión informar al rey y facilitar, según sus órdenes, los contactos entre el rey y los ministros» (68). Aparte la discreción y delicadeza máxima requeridas, no cabe, en modo alguno, que los miembros de dicho gabinete privado traten de hacer política personal, o se tomen el derecho de interpretar la importancia de los asuntos, o la conveniencia de las solicitudes de audiencia dirigidas al rey, o defiendan opiniones personales de modo que pudieran interpretarse como del rey. En este conjunto de buenos deseos la comisión encargada de emitir un informe sobre el ejercicio de la prerrogativa regia recomendaba a los miembros del gabinete privado una total lealtad hacia el Gobierno, y claridad y transparencia en las relaciones con los miembros de la oposición.

En Dinamarca, por otro lado, el papel desempeñado por estas asistencias privadas al monarca tiene aún mayor peso. El Consejo de Ministros no es un órgano con la trascendencia para la vida del ejecutivo que es habitual en

(67) Como ha escrito FUSILIER en su estudio de la monarquía belga, al glosar estas formas de relación entre el rey y el ejecutivo, en ciertos dominios como el de la concesión de nobleza o de distinciones honoríficas, ciertos funcionarios parecen dirigir sus esfuerzos a captar la confianza de Palacio en detrimento de la influencia ministerial que debería ser la única constitucionalmente válida (*Les monarchies...*, pág. 451). El mismo autor cita un texto del político belga Pierlot, para quien «una de las desviaciones más graves sufridas por nuestras instituciones en los últimos años es la misión que se ha irrogado el gabinete del rey. Compuesto por colaboradores personales del rey que le asisten en su trabajo, el gabinete no es una institución, un órgano del Estado. Su interposición entre el rey y los ministros es una destrucción de la monarquía constitucional...» (*ibid.*, pág. 452).

(68) Dictamen de la comisión encargada de emitir un informe sobre la aplicación de los principios relativos al ejercicio de las prerrogativas del rey (FUSILIER: *Les monarchies...*, pág. 454).

las monarquías parlamentarias. Sus reuniones son más esporádicas, con lo que la acción ministerial se hace más autónoma y adquiere relieve más apreciable. La decisión de un ministro en materia administrativa es prácticamente inamovible. Sólo los asuntos muy importantes toman estado en el Consejo de Ministros. «Un gran número de problemas son resueltos en la práctica gracias a la colaboración de un ministro y del secretario del rey (69). Thermaenius ha escrito que «la propuesta de decisión, y la misma decisión redactada, son enviadas por el ministro interesado al secretario del rey; él es, en realidad, uno de los hombres más importantes del país, por cuyas manos pasan prácticamente todas las cuestiones gubernamentales. El resume al rey rápidamente todos los asuntos de la jornada y le presenta las actas refrendadas para que él ponga su firma» (70).

4. Efectos derivados de la exigencia de refrendo

Las razones de la institución refrendataria nos son conocidas. Su alcance y las formas que adopta en los diferentes regímenes han merecido nuestra atención en los números anteriores. Nos resta examinar ahora las consecuencias de su uso inadecuado, o de la ausencia de este requisito.

Tratándose de una exigencia constitucional, la validez de los actos del jefe del Estado queda supeditada al cumplimiento de la formalidad refrendataria. No nos interesa tanto en este momento el significado material del acto, o el proceso que determina la concurrencia de voluntades, cuanto el resultado fáctico de la presencia de las firmas que hagan válida la decisión y le den consecuencias jurídicas. Para mayor claridad, y *a sensu contrario*, nos importa señalar que la carencia de refrendo significa una irregularidad procedimental de tal naturaleza que compromete de forma esencial la eficacia de la decisión.

Detenerse a dilucidar si el acto no refrendado es nulo o simplemente no ejecutable no tiene hoy mucha justificación (71). La doctrina se manifiesta claramente por considerar el acto no refrendado como nulo e inexistente, aunque en las Constituciones se han dado ambas fórmulas; como dice Tedeschi,

(69) FUSILIER: *Les monarchies...*, pág. 338.

(70) Citado por FUSILIER, *ibíd.*, *id.*

(71) CÁCERES hace mención de esta pugna doctrinal. La defensa de la no ejecutoriedad del acto se ha venido realizando por quienes parten de la superioridad del monarca y consideran el refrendo como una simple limitación formal que no altera la naturaleza del poder real, aun cuando sea requisito indispensable para que la decisión sea obligatoria y exigible (*op. cit.*, pág. 50).

lo esencial es que el acto no refrendado del jefe del Estado, cuando se trata de un acto no expresamente dispensado de refrendo, «no tiene valor». La mayor parte de las Constituciones insisten en la ineficacia del acto privado del refrendo; los textos dicen que tal acto no tiene efecto, que es «nulo de pleno derecho», que «no puede ser ejecutado», que no se le debe «obediencia» (72).

Con todo, a los efectos prácticos, los distingos doctrinales no tienen gran trascendencia (73). Lo que importa es que la nulidad del acto procede del momento en que se hace pública la decisión por los medios usuales, o se le quiere dar cumplimiento, sin que medie ese requisito refrendatario. El momento de perfección del acto puede diferir según los usos establecidos, pero es en la hora de hacer pública oficialmente la decisión cuando debe aparecer regular y completo formalmente el acuerdo (74). Por tanto, la impugnación del acto no refrendado, o no refrendado por sujeto competente, debe paralizar, anular y dar por inexistente la decisión del jefe del Estado, sin que la subsanación posterior de tal irregularidad dé validez al documento recurrido, retro trayendo sus efectos al momento en que se hizo pública la decisión recurrida. En todo caso, habrá que entender que hay una nueva decisión (75).

La acción de nulidad tiene distinto procedimiento, dependiendo su sustanciación y trámites del sistema jurídico vigente en cada Estado. Los sujetos legitimados activamente para la interposición del correspondiente recurso, el carácter de la acción, el tribunal competente, etc., son datos que cada ordena-

(72) TEDESCHI, pág. 491.

(73) De hecho ambas posturas conducen «a idéntica conclusión: el acto sin refrendo es ineficaz, principio que se garantiza con la responsabilidad penal que se imputa al funcionario que lo ejecute» (CÁCERES, pág. 51).

(74) En ocasiones se presenta el documento ya firmado por el ministro, y transcurren varias fechas hasta que el jefe del Estado pone su firma. En otras puede suceder que la firma del primer mandatario preceda a la del ministro. Puede haber unidad de acto en los sistemas en que se realiza un despacho regular entre el jefe del Estado y los ministros, o cuando el cabeza del Estado preside los Consejos de Ministros.

(75) La jurisprudencia francesa ha insistido en los efectos de nulidad de los actos del jefe del Estado no refrendados o no refrendados por «los ministros interesados» o de los ministros con «interés especial» en la medida (*Revue de Droit Public et de la Science Politique*, tomo LXXIV, 1958; Conseil d'Etat, Ass. 9-V y 23-V de 1958). Por otra parte, CÁCERES aporta la sentencia del Consejo de Estado francés de 13 de mayo de 1881, mediante la cual se declaró inexistente una decisión presidencial que no había sido oportunamente refrendada. Con relación a España, el mismo autor recuerda el curioso caso de la anulación de un acuerdo de Fernando VII designando a un capitán general. Ante la enérgica protesta de la Diputación permanente de las Cortes, tal decisión se declaró nula, pese a que el monarca manifestara su propósito de contar posteriormente con el refrendo ministerial (*op. cit.*, pág. 51).

miento jurídico debe proporcionar, y sobre los que es difícil establecer unos rasgos comunes, a más de que sería un esfuerzo que excedería de los planteamientos de este trabajo.

M. GARCÍA CANALES

R É S U M É

L'institution référendaire adopte une signification différente selon le régime politique dans lequel il s'inscrit. Son importance croît là où le Chef de l'Etat est déclaré irresponsable. Dans la première partie de ce travail sont étudiés les organes référendaires, les actes sujets à la légalisation et les effets juridiques de la non-utilisation, ou d'une utilisation irrégulière, de l'institution.

L'étude s'inscrit dans le cadre de la tradition juridique occidentale, et dans une perspective très ample dans laquelle la polyvalence de l'institut référendaire peut développer toute son utilité potentielle. Son usage dans les formes monarchiques d'Etat est étudié avec un intérêt spécial. Il en découle que les exemples et modèles historiques sont particulièrement importants à l'heure de délimiter la fonction actuelle du contreseing.

S U M M A R Y

The legalization institution acquires a diverse significance, always in function with the political regime in which it is inscribed. Its importance grows when it declares itself not responsible to the Chief of State. In the first part of this study, the legalizing organs, the acts subject to legalization, and the legal effects of the institutions not being used or being used irregularly, are studied.

The study is inscribed within Western legal tradition, and in a wide perspective in which the polyvalence of the legalization institution can acquire all its potencial usefulness, although with special attention to its use in the Monarchy forms. Hence, the historical examples and models have importance at a time of delimiting the legalizing function in our time.